

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 9-8-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 9-7-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1370/9-7-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 30-6-2021 κοινοποιηθείσας Απόφασης της 14ης τακτική συνεδρίασης του ΔΣ της αναθέτουσας της 25/6/2021 (Θέμα 17ο), καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή για το είδος ΑΞΟΝΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ επιμέρους εκτιμώμενης αξίας 282.258,06 ευρώ, την προσφορά του παρεμβαίνοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για την κάλυψη άμεσων αναγκών διαφόρων τμημάτων του Γενικού Νοσοκομείου ...», αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 651.612,90 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 17-12-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...την 21-12-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 19-7-2021 Απόψεις της και ο παρεμβαίνων το από 20-7-2021 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 1.415,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 9-7-2021 προσφυγή εκ του δεύτερου αποδεκτού μειοδότη προσφεύγοντα, κατά της από 30-6-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός και προσωρινός ανάδοχος ο πρώτος μειοδότης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος από 15-7-2021, κατόπιν της από 12-7-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνων. Αβασίμως ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι η προσφυγή συνιστά δεύτερο διοικητικό βοήθημα, αφού το ενώπιον της αναθέτουσας υποβληθέν υπόμνημα του προσφεύγοντος, δεν προβλέπεται στο νόμο και δεν έχει χαρακτήρα προδικαστικής προσφυγής και άρα, δεν συντρέχει ζήτημα επαναληπτικής άσκησης τέτοιας προσφυγής. Άλλωστε, το άρ. 360 παρ. 3 Ν. 4412/2016 καθιστά μη νόμιμη την άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής, εκτός της προδικαστικής και όχι μη νόμιμη την προδικαστική, αν προηγουμένως έχει τυχόν μη νομίμως ασκηθεί άλλη διοικητική προσφυγή ούτε στερεί το δικαίωμα άπαξ άσκησης προδικαστικής προσφυγής και τούτο, ακόμη και αν υποτεθεί ως «διοικητική προσφυγή», το προηγούμενο ενώπιον της αναθέτουσας υπόμνημα, ενώ η αναθέτουσα ούτως ή άλλως στο πλαίσιο της αρμοδιότητας δύναται να εκτιμά ελεύθερα κάθε είδους και από κάθε προέλευση γνωστοποίηση πιθανών σφαλμάτων των αποφάσεων της και να τις τροποποιεί ή να μην τις τροποποιεί, αναλόγως. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 6.4 της διακήρυξης όρισε ότι «Ο προμηθευτής υποχρεούται να εγγυηθεί την καλή λειτουργία των υπό προμήθεια ειδών από την οριστική παραλαβή τους και για την χρονική περίοδο που έχει δηλώσει στην τεχνική του προσφορά, κατά τους όρους της διακήρυξης και τις ισχύουσες διατάξεις. Η δέσμευση αυτή θα γίνεται με κατάθεση σχετικής έγγραφης βεβαίωσης, η οποία θα αναφέρεται κατά τρόπο σαφή στα προσφερόμενα είδη. Η προσφερόμενη εγγύηση καλής λειτουργίας θα δίνεται σε ακέραιο αριθμό ετών. Για την καλή λειτουργία του προσφερόμενου μηχανήματος κατά την περίοδο της εγγύησης καλής λειτουργίας που θα προτείνει με την προσφορά του, ο προμηθευτής υποχρεούται με την οριστική παραλαβή, να καταθέσει Εγγυητική Επιστολή Καλής Λειτουργίας το ύψος της οποίας θα ανέρχεται στο 3% της συμβατικής αξίας της προμήθειας χωρίς ΦΠΑ . Ο χρόνος ισχύος της Εγγυητικής Επιστολής Καλής Λειτουργίας πρέπει να είναι μεγαλύτερος από τον συμβατικό χρόνο της περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας κατά τρεις (3) μήνες. Κατά τη διάρκεια ισχύος της εγγύησης, το Νοσοκομείο δεν θα ευθύνεται για οποιαδήποτε βλάβη του μηχανήματος ή μέρους αυτού προερχόμενη από την συνήθη και ορθή χρήση του και δεν θα επιβαρύνεται με κανένα ποσόν για εργατικά, ανταλλακτικά, υλικά και λοιπά έξοδα αποκατάστασης της βλάβης. Στην παρεχόμενη εγγύηση περιλαμβάνεται και η υποχρέωση του προμηθευτή για προληπτικό έλεγχο συντήρησης, σε τακτά χρονικά διαστήματα, ώστε το μηχάνημα να διατηρείται σε κατάσταση ετοιμότητας. Η συχνότητα των προληπτικών ελέγχων πρέπει να καθορίζεται στην προσφορά και να είναι σύμφωνη με τις οδηγίες και προδιαγραφές του κατασκευαστικού οίκου. Η εγγύηση αυτή θα καλύπτει όλα τα μέρη του προσφερόμενου εξοπλισμού.... Μετά την λήξη του ως άνω χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, ο προμηθευτής υποχρεούται, εφόσον θα του έχει ανατεθεί η συντήρηση του μηχανήματος, να εξασφαλίζει την επιμελή συντήρηση και επισκευή του όλου συστήματος, έναντι ιδιαίτερης ετήσιας αμοιβής, την οποία θα έχει καθορίσει στην οικονομική του προσφορά και με την σύμφωνη έγγραφη δήλωση - εγγύηση του κατασκευαστικού οίκου, η οποία θα κατατεθεί μαζί με την προσφορά και θα αναφέρεται στην συγκεκριμένη διακήρυξη.». Άρα, προβλέπεται μια καταρχήν

εγγυημένη περίοδος καλής λειτουργίας, που θα καλύπτεται από τη νυν προσφορά του αναδόχου και αζημίως κατά τα λοιπά από την αναθέτουσα και κατόπιν αυτής, η δυνατότητα εκ της αναθέτουσας εξακολούθησης ανάθεσης στον πρώην, πλέον, ανάδοχο, της συντήρησης και επισκευής, με ιδιαίτερη ετήσια αμοιβή. Η αμοιβή αυτή κατά τα ανωτέρω θα προτείνεται δια της νυν προσφοράς, ως αυτοτελές μέρος αυτής και σε κάθε περίπτωση, χωρίς να επηρεάζει τη νυν ανάθεση συμβατικού αντικειμένου και την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, αφού τίποτα σχετικό δεν ορίζεται στον όρο 2.4.4 και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V της νυν διακήρυξης, που αφορούν αποκλειστικά την προσφερόμενη τιμή, αποκλειστικά για το αντικείμενο προμήθειας που ορίζεται στον όρο 1.3, μαζί και κάθε συνεχόμενης με αυτό, υπηρεσίας, όπως ορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης, όπως η συντήρηση για τον χρόνο εγγυημένης λειτουργίας. Όμως, η παραπάνω επιπλέον της τιμής προσφοράς, ιδιαίτερη ετήσια αμοιβή, ρητά δεν αφορά και τίθεται εκτός χρόνου εγγυημένης λειτουργίας και συντήρησης του νυν συμβατικού αντικειμένου και εν όλω, εκτός του νυν υπό ανάθεση συμβατικού αντικειμένου, αφορά δε ένα, ρητά εκ του όρου 6.4, διακριτό και επόμενο του αντικειμένου που αφορά η νυν διαδικασία και η στο πλαίσιο της οικονομική προσφορά, προς εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, έτερο συμβατικό αντικείμενο. Ούτε η ως άνω επιπλέον συντήρηση συνιστά προαίρεση ή παράταση στο πλαίσιο της νυν υπό ανάθεση σύμβασης. Και ναι μεν, δεν δύναται πλέον ανεπιπλέον να ελεγχθεί πλέον η νομιμότητα του όρου 6.4, καθ' ο μέρος ορίζει υποβολή στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας, προσφοράς τιμήματος για το ενδεχόμενο ανάθεσης, κατά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, άλλου πρόσθετου και διακριτού αντικειμένου, ενώ αλυσιτελώς προβάλλεται η υποχρέωση της αναθέτουσας στο μέλλον να διενεργήσει διαγωνισμό για την ανάθεση της συμπληρωματικής συντήρησης, αφού η νομιμότητα μελλοντικών ενεργειών και υποθετικών αποφάσεων της αναθέτουσας δεν επηρεάζουν το νυν κρινόμενο ζήτημα, που συνίσταται στην εκ του παρεμβαίνοντος, μη δήλωση τέτοιας ιδιαίτερης ετήσιας αμοιβής και τη νομιμότητα αποδοχής της προσφοράς του στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας. Σε κάθε όμως περίπτωση, ο ως άνω όρος 6.4 περί δήλωσης ιδιαίτερης ετήσιας

αμοιβής, δεν αφορά το προσφερόμενο για το μόνο αντικείμενο της νυν διαδικασίας, τίμημα ούτε συνέχεται με το κριτήριο ανάθεσης για το υπό ανάθεση αντικείμενο δια της νυν διαδικασίας ούτε αποτελεί μέρος του τιμήματος οικονομικής προσφοράς της νυν διαδικασίας και δήλωση βούλησης του μετέχοντος προς ανάληψη εκ μέρους του της νυν υπό ανάθεση σύμβασης. Αλλά, αντίθετα, αφορά και δη, όπως ορίστηκε στη διακήρυξη, ένα υποθετικό και μελλοντικό, διακριτό του νυν υπό ανάθεση, αντικείμενο και συγκεκριμένα, την εκ του προσφέροντος πρόταση ενώπιον της αναθέτουσας, σε περίπτωση και ενδεχόμενο, που κατά την πλήρη ευχέρεια της (σύμφωνα πάντα με τη διακήρυξη) η αναθέτουσα αποφασίσει σε μελλοντικό τέτοιο χρόνο, σχετική νέα και διακριτή με το νυν αντικείμενο, σύμβαση συντήρησης. Άρα, η παραπάνω δήλωση αμοιβής, δεν αφορά τη νυν διαδικασία και τις προϋποθέσεις της οικονομικής προσφοράς, η οποία εκ της διακήρυξης, του νόμου και της φύσης και του σκοπού της, συνέχεται και αντιστοιχεί στο νυν υπό ανάθεση φυσικό αντικείμενο και την προσφορά του προσφέροντος προς ανάληψή του και όχι με μελλοντικά, υποθετικά και ενδεχόμενα, αντικείμενα και άρα, η δήλωση αυτή δεν συνιστά προϋπόθεση παραδεκτού προσφοράς, όσον αφορά τη νυν διαδικασία. Αντίθετα, τυχόν μη δήλωση τέτοιου επιπλέον τιμήματος, όπως στην περίπτωση του παρεμβαίνοντος, απλά θέτει εκτός του ενδεχομένου η αναθέτουσα να του αναθέσει νέα σύμβαση, χωρίς τούτο το ενδεχόμενο να συνιστά προϋπόθεση παραδεκτού της νυν προσφοράς, αφού άλλωστε δεν είναι δυνατόν ούτε εκ της διακήρυξης προκύπτει, πως προϋπόθεση ανάληψης του νυν φυσικού αντικειμένου είναι η δυνατότητα ή πρόθεση μελλοντικής ανάληψης ενός νέου αντικειμένου, που δεν συνιστά παράταση ή προαίρεση του νυν υπό ανάθεση αντικειμένου. Άλλωστε, ουδόλως προκύπτει ότι οι προσφέροντες ήταν υποχρεωμένοι όντως να δηλώσουν ή να έχουν πρόθεση ανάληψης της επιπλέον αυτής συντήρησης ούτε ότι αποκλείονται αυτοί από το να μην σκοπούν σε τέτοια ανάληψη αντικειμένου, που άλλωστε εξέρχεται των υποχρεώσεων τους από την εκτέλεση της νυν υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, δεν υφίσταται ούτε εξάλλου, προκύπτει με σαφήνεια εκ των ως άνω όρων και δη, εκ του γεγονότος ότι τέτοιο επιπλέον αντικείμενο και τέτοιο

επιπλέον τίμημα δεν προβλέπονται στους όρους περί φυσικού και οικονομικού αντικειμένου, στους όρους περί οικονομικής προσφοράς και στο υπόδειγμα αυτής κατά τη διακήρυξη, ότι κάθε διαγωνιζόμενος όφειλε επί ποινή αποκλεισμού ως προς το νυν αντικείμενο, να δηλώσει πρόθεση ανάληψης μελλοντικής επιπλέον συντήρησης ή και συγκεκριμένο περί αυτής τίμημα, πράγμα που δύναται να ερμηνευθεί μόνο ως ευχέρεια των νυν διαγωνιζομένων και όχι πάντως, ως υποχρέωση επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους, η οποία αφορά το μόνο υπό ανάθεση δια της νυν διαδικασίας, αντικείμενο. Ακόμη δε και αν η αναθέτουσα σκοπούσε σε τέτοιο επί ποινή αποκλεισμού όρο, μόνη της η μη συμπερίληψη τέτοιου τιμήματος στους όρους περί οικονομικής προσφοράς, το σχετικό υπόδειγμα, τον προϋπολογισμό της νυν σύμβασης και την περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου αυτής, ως και η ρητή αναφορά στον ίδιο όρο 6.4 περί του ότι το επιπλέον τίμημα δεν αφορά την εκ της υπό ανάθεση νυν συμβάσεως, συντήρηση, αλλά αντικείμενο ρητά ξένο με την τελευταία, καθιστούν μια τέτοια υποτεθείσα επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση, όλως αόριστη, ασαφή και μη ευλόγως δυνάμενη να καταστεί κατανοητή και δη, ως αληθής απαίτηση και όχι ως ευχέρεια για τυχόν μελλοντική σχετική ανάθεση άλλης σύμβασης. Συνεπώς, οι περί μη νόμιμης αποδοχής του παρεμβαίνοντος, λόγω μη δήλωσης τέτοιας επιπλέον αμοιβής, ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 9-8-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**