

Η

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 9-8-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος,.

Για να εξετάσει την από 15-7-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 998/18-7-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτοντος φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 5-7-2022, με' αριθμ. 98/28.6.2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος επέβαλε κυρώσεις στον προσφεύγοντα, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Προμήθεια 220.000 lt υδατώδους διαλύματος ουρίας "ADBLUE ή AUS 32", εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 66.000,00 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-5-2021 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .... Ο αναθέτων κοινοποίησε στον προσφεύγοντα την 1-8-2022 τις Απόψεις του.

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 600 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο της ανωτέρω διαδικασίας, ο κριθείς ως έκπτωτος προσφεύγων, στρέφεται κατά της εκτελεστής πράξης επιβολής κυρώσεων εις βάρος του, δια της οποίας αποφασίσθηκε η ολική κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του και ο καταλογισμός διαφέροντος, ως και κάθε άλλη βλαπτική συνέπεια. Ειδικότερα, το Δ.Σ. της ....., με την υπ' αριθμ. 180/30.09.2021 απόφασή του, κατόπιν της υπ' αριθμ. πρωτ. 41820/22.09.2021 εισηγητικής πρότασης της ....., όρισε προσωρινό ανάδοχο τον μόνο

διαγωνιζόμενο προσφεύγοντα, καλώντας τον να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία αυτός υπέβαλε την 11-10-2021, μαζί με επιστολή του, όπου αναφέρει μεταξύ άλλων, ότι «...κάτω από τις τρέχουσες συνθήκες που επικρατούν στην αγορά της ουρίας και αυτών που επηρεάζονται άμεσα από την τιμή του φυσικού αερίου, δεν είμαστε σε θέση να υπογράψουμε σύμβαση με το τίμημα της προσφοράς μας αφού δεν μπορούμε να έχουμε ούτε καν εξασφαλισμένη την απαραίτητη ποσότητα AMU προϊόντος μέχρι και σήμερα με το αίτημα μας για αγορά να βρίσκεται σε εκκρεμότητα σχεδόν από τα μέσα Σεπτεμβρίου 2021, μολονότι είχαμε αποδεχτεί από τότε τους όρους των γνωστών προμηθευτών Οίκων στην Ε.Ε., αλλά και των πολύ λίγων εκτός, που διαθέτουν πιστοποιητικό καταχώρησης στο σύστημα της ΕΕ REACH απαραίτητο για εισαγωγή στις χώρες της Ε.Ε. Αξιότιμοι Κύριοι και Κυρίες προτιθέμεθα να σας ενημερώσουμε άμεσα μόλις υπάρξει επίλυση του προβλήματος διάθεση της απαραίτητης ποσότητας ουρίας και ταυτόχρονα να επικαιροποιήσουμε την τιμή της προσφοράς μας παραπάνω αναφορικά με την ραγδαία διαφοροποίηση της τιμής διάθεσης της ουρίας από τα λιμάνια της Βαλτικής». Τονίζεται δε, πάντως, ότι δεν απέσυρε την προσφορά του και συγχρόνως υπέβαλε και εμπρόθεσμα δικαιολογητικά κατακύρωσης, επί τω τέλει αναδειξέως του ως αναδόχου. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθμ. 212/19.11.2021 απόφασή του Δ.Σ. της ....., κατόπιν της υπ' αριθμ. πρωτ. 51805/12.11.21 εισηγητικής πρότασης της ..., εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσφεύγοντα, κατακυρώθηκε οριστικά ο διαγωνισμός σε αυτόν και ορίστηκε (οριστικός) ανάδοχος, κοινοποιήθηκε δε η ως άνω κατακυρωτική απόφαση μέσω ΕΣΗΔΗΣ σε αυτόν, την 14-12-2021, καλώντας τον να προσέλθει στις 24-12-2021 να υπογράψει τη σχετική σύμβαση. Ο προσφεύγων δεν προσήλθε, κοινοποίησε δε στον αναθέτοντα την 24-12-2021 επιστολή του με την οποία εξηγεί ότι «1. Δεν κατανοούμε γιατί το έγγραφο μας από 11.10.2021 που υποβλήθηκε μέσω του συστήματος, και το περιεχόμενό του αγνοήθηκε από την επιτροπή του διαγωνισμού σαν και η προσαύξηση που μας ζητήθηκε από τον προμηθευτή μας >51,9% και οι πραγματικοί λόγοι που την επέβαλαν θα ήταν παντελώς άσχετα προς τον διαγωνισμό γεγονός και δεν αποτελούν "ανωτέρα

βία” που επηρεάζει την εξέλιξή του και συνακόλουθα την υπογραφή / αποδοχή της σύμβασης. 2. Πέρα από το έγγραφο αυτό και τις τηλεφωνικές επαφές με τον κ.ο Τραφαλή απευθύναμε στον ίδιο, όπως μας ζητήθηκε, και επιστολή με την οποία του γνωστοποιήσαμε την παρεμφερή περίπτωση του διαγωνισμού του ..., στο οποίο ήμασταν μειοδότες για το ίδιο διάλυμα, μαζί με αντίγραφο της σχετικής απόφασης. Η επιστολή αυτή διαβιβάζεται τώρα μέσω του συστήματος ηλεκτρονικά. 3. Αξιότιμοι κύριοι από μία απλή έρευνα στην αγορά θα μπορούσε να διαπιστωθεί η χονδρική τιμή πώλησης (αγοράς) του διαλύματος ουρίας 32% σήμερα βρίσκεται σε τιμή μεγαλύτερη από 600€/lt και γίνεται νομίζουμε Ψηφιακή Βεβαίωση Εγγράφου Μπορείτε να ελέγξετε την ισχύ του εγγράφου σκανάροντας το QR code ή εισάγοντας τον κωδικό στο ... Κωδικός εγγράφου: ... Σελίδα: 8/17 Σελίδα 9 από 17 ...,... Τ.Κ. ... αντιληπτό ότι είναι ανέφικτο να παραδίδουμε το ίδιο διάλυμα προς 310€/lt, όταν και μόνο η τιμή της πρώτης ύλης ξεπερνά τα 1.000€/lt (έως και 1.200€/lt) Για τους λόγους πραγματικού, που αναφέρονται παραπάνω, δηλώνουμε ότι αδυνατούμε να υπογράψουμε την σύμβαση που μας προτείνεται γιατί στην ουσία θα έπρεπε να δεχτούμε να “επιδοτούμε” την πώληση του διαλύματος στον ... σε ποσοστό κατάτι μεγαλύτερο του 75%, θα δεχόμασταν όμως διαπραγμάτευση για την όποια ενδεχόμενη ρεαλιστική πρόταση θα είχατε ώστε να επιλυθεί το πρόβλημα με κοινή αποδοχή. Παραμένουμε στην άμεση διάθεσή σας για την εξεύρεση λύσης.». Σημειωτέον, ότι ο προσφεύγων δεν προσέβαλε την κατακυρωτική σε αυτόν πράξη ούτε τυχόν συντελεσθείσα δια της προόδου της διαδικασίας, κατακυρώσεως σε αυτόν και πρόσκλησής του προς υπογραφή της σύμβασης, επικαλούμενη παράλειψη του αναθέτοντος περί ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ένεκα τυχόν επικαλούμενης απόσυρσης προσφοράς του, τυχόν συναγομένης εκ του από 11-10-2021 εγγράφου του ούτε ένεκα τυχόν συνδρομής των περιπτώσεων β’ και γ’ της παρ. 2 του άρ. 106 Ν. 4412/2016 περί ουσιώδους μεταβολής των οικονομοτεχνικών παραμέτρων του αντικειμένου ή λόγω ανωτέρας βίας που καθιστά αδύνατη την κανονική εκτέλεση της σύμβασης, ως προκηρύχθηκε. Παρά ταύτα, ο αναθέτων εκ νέου κάλεσε αυτόν την 17-3-2022 επιστολή περί προειδοποιήσεως του για τις

έννομες συνέπειες της μη προσέλευσής του προς υπογραφή της σύμβασης, ο δε προσφεύγων την 22-3-2022 απάντησε με νέα επιστολή, ζητώντας συνάντηση με τη διοίκηση του ... και λήψη υπόψη εκ του ...των προμνημονευθέντων ενημερώσεων και εξηγήσεών του, ως και αιτημάτων λύσης συμβιβασμού. Κατόπιν των ανωτέρω, την 16-5-2022 κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στον προσφεύγοντα, η Απόφαση ΔΣ ... 65/9.5.2022 με την οποία αποφασίστηκε η κήρυξή του ως εκπτώτου λόγω μη προσέλευσής του προς υπογραφή της σύμβασης και η ματαίωση του διαγωνισμού συνεπεία τούτου, περαιτέρω δε και η κλήση του προσφεύγοντα για παροχή εξηγήσεων σχετικά με την επιβολή κυρώσεων του άρ. 203 παρ. 4 Ν. 4412/2016. Σημειωτέον, ουδόλως ο προσφεύγων προσέβαλε την ανωτέρω εκτελεστή πράξη. Την 17-5-2022, ο προσφεύγων με μήνυμά του μέσω της λειτουργίας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ γνωστοποίησε στον αναθέτοντα τα εξής «Απαντώντας στο αναρτητέο στο ΕΣΗΔΗΣ έγγραφο της υπηρεσίας σας και σε συνέχεια της ως άνω απόφασης του Δ.Σ., την οποία μας κοινοποιήσατε, αποδεχόμαστε την πρόσκληση του ... για την παροχή σχετικών εξηγήσεων, ενώπιον της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, προ της λήψης απόφασης για την επιβολή των κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 203 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Εν αναμονή της πρόσκλησής σας από την Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού». Περαιτέρω, δε κλήθηκε την 31-5-2022 προς ακρόαση παροχής εξηγήσεων προ επιβολής των ανωτέρω κυρώσεων, η οποία αναβλήθηκε για την 6-6-2022 κατόπιν αιτήματος του προσφεύγοντος, τη δε 8-6-2022 υπέβαλε ο προσφεύγων και συμπληρωματικό έγγραφο παροχής πρόσθετων εξηγήσεων. Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η νυν προσβαλλομένη, η οποία ουδόλως αποφαίνεται επί τυχόν ανάκλησης της κατακύρωσης, η οποία ουδέποτε ανακλήθηκε ή τροποποιήθηκε ή το πρώτον εκπτώσεως του προσφεύγοντα, η οποία έκπτωση είχε ήδη από 16-5-2022 κοινοποιηθεί σε αυτόν, χωρίς να την προσβάλει, αλλά και αποδεχόμενος αυτήν, δεδομένου ότι με την από 17-5-2022 επιστολή του, ο προσφεύγων εν γνώσει της ήδη εκπτώσεώς του, αποδέχθηκε πρόσκληση προς υποβολή εξηγήσεων ειδικώς σχετικά με την υποβολή κυρώσεων επί της ιδιότητας του ως ήδη

εκπτώτου. Η δε νυν προσβαλλομένη ορίζει αποκλειστικά σειρά κυρώσεων, ερειδομένων στην ήδη ιδιότητά του ως εκπτώτου αναδόχου.

3. Επειδή, η διαγωνιστική διαδικασία που προηγείται της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών ή έργων αποτελεί σύνθετη διοικητική ενέργεια, η οποία αρχίζει με τη δημοσίευση περίληψης διακήρυξης ή διακήρυξης (αναλόγως αν η σύμβαση υπάγεται στην κατηγορία άνω ή κάτω των ορίων εφαρμογής της οικείας ενωσιακής Οδηγίας) και ολοκληρώνεται με την έκδοση της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κατακυρώνεται το αποτέλεσμα του διεξαχθέντος διαγωνισμού στον ανακηρυχθέντα μειοδότη. Εκ τούτου παρέπεται ότι πράξεις της αναθέτουσας αρχής, που αφορούν τη διαγωνιστική διαδικασία και εκδίδονται μετά την απόφαση περί κατακύρωσεως του διαγωνισμού, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα, εκτός εάν ενέχουν ανάκληση ή τροποποίηση της κατακυρωτικής αποφάσεως οπότε αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις και δύνανται να προσβληθούν παραδεκτώς από οποιονδήποτε έχει έννομο συμφέρον, κατά τεκμήριο δε από τον υπέρ ου η κατακύρωση (ΣτΕ 3932/2012, 2002/2011, 505, 506/2008) και εφόσον, τέτοια ολική ή μερική ανάκληση της κατακυρωτικής πράξεως του δημοσίου διαγωνισμού, επιχειρείται βάσει διατάξεως διοικητικού νόμου και των γενικών αρχών περί ανακλήσεως των διοικητικών πράξεων και όχι βάσει όρου της διοικητικής συμβάσεως ή νομοθετικής διάταξης που έχει περιληφθεί στην σύμβαση, (ΣτΕ 2751/2013, 4044/2012, 3384, 817/2011). Συνεπώς, τυχόν διαφορές που ανακύπτουν λόγω της μη προσέλευσης του αναδόχου για την υπογραφή της σύμβασης και της συνακόλουθης κήρυξης αυτού ως εκπτώτου, αποτελούν διαφορές εκ συμβάσεως, οι οποίες επιλύονται κατά τις περί εκτελέσεως διατάξεις διοικητικής και δικαστικής προστασίας της οικείας νομοθεσίας και όχι δια των προβλεπομένων στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και άρα ούτε δια προδικαστικής προσφυγής. Τούτο διότι το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016, τα εξ αυτού προβλεπόμενα βοηθήματα και το δικαίωμα προδικαστικής προστασίας κατοχυρώνονται και αφορούν, κατ' άρ. 345-346 και 360 Ν. 4412/2016, αποκλειστικά το προσυμβατικό στάδιο, ήτοι αυτό έως και την κοινοποίηση και οριστικοποίηση της κατακύρωσης της σύμβασης και διαφορές

υπαγόμενες στη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ουδόλως δε, οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, η αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ και το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής αφορούν και καταλαμβάνουν διαφορές περί της εκτέλεσης της σύμβασης, στην οποία όμως υπάγεται και διαφορά περί εκπτώσεως αναδόχου, ιδίως δε, περί ειδικώς κυρώσεων κατά ήδη εκπτώτου αναδόχου. Εξάλλου, ουδόλως έλαβε χώρα εν προκειμένω, ανάκληση μερική ή ολική της κατακυρώσεως στον προσφεύγοντα για οιονδήποτε λόγο ούτε η έκπτωσή του αφορά καθ' οιονδήποτε τρόπο λόγο σχετιζόμενο με οτιδήποτε που ενδεχομένως αφορά παράμετρο, όρο, διαδικασία, παράβαση ή πλημμέλεια εξ όσων λαμβάνονται υπόψη για την κατακύρωση. Παρά, η κατακύρωση ουδέποτε ανακλήθηκε και ο προσφεύγων εξακολουθούσε να θεωρείται ανάδοχος από τον αναθέτοντα, εξέπεσε δε αποκλειστικά λόγω μη προσέλευσής του προς υπογραφή της σύμβασης. Και αυτά, ενώ εν προκειμένω δεν προσβάλλεται καν τυχόν «έκπτωση», ενώ αποτελεί τυχόν ανάκληση κατακύρωσης, παρά αντίθετα, προσβάλλεται αποκλειστικά, η ύστερη και διακριτή της εκπτώσεως πράξη επιβολής κυρώσεων κατά εκπτώτου (με την έκπτωση ήδη συντελεσθείσα, τελούσα σε γνώση του προσφεύγοντος και ουδέποτε αμφισβητηθείσα και δη, εμπροθέσμως). Εξάλλου, απαραδέκτως θα προσβαλλόταν τυχόν και η μη εκτελεστή (ΣτΕ 2002/2011) πρόσκληση προς υπογραφή σύμβασης, αλλά και η ομοίως μη υπαγόμενη στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 ως προς τις εξ αυτής διαφορές, απόφαση εκπτώσεως του προσφεύγοντα. Πλην όμως, δεν προσβάλλονται αυτές, παρά η εισέτι περαιτέρω και επόμενη απόφαση περί επιμέρους κυρώσεων εις βάρος του, που έπεται της εκπτώσεώς του και διοικητικής διαδικασίας ακρόασής του, μετά την έκπτωσή του. Επομένως, η νυν διαφορά ουδόλως υπάγεται στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και κατ' αποτέλεσμα στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ ούτε η νυν προσβαλλόμενη είναι δεκτική ασκήσεως του διοικητικού βοηθήματος της προδικαστικής προσφυγής. Άλλωστε, ακόμη και αν υποθεθεί ότι δια της νυν προσφυγής του ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς και κατά της εκπτώσεώς του, καίτοι τούτο δεν προκύπτει εκ του δικογράφου του, τότε και πάλι απαραδέκτως θα προσέβαλε την έκπτωση, αφενός διότι αυτή γεννά

διαφορές του συμβατικού σταδίου και ούτως, αναρμοδίως και απαραδέκτως θα προσβαλλόταν ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ με προδικαστική προσφυγή, αφετέρου, διότι, ακόμη και αν υποθεθεί ότι αρμοδίως θα προσβαλλόταν τέτοια έκπτωση και πάλι, η προς τούτο προθεσμία έχει προ πολλού παρέλθει κατόπιν κοινοποίησής της και εν γνώσει του προσφεύγοντα (εκ της εν συνεχεία διαδικασίας και αλληλογραφίας του) και ο τελευταίος την έχει αποδεχθεί. Αν δε, υποθεθεί ότι εμμέσως αμφισβητείται δια της νυν προσφυγής η ίδια η εξαρχής κατακύρωση στον προσφεύγοντα και η τυχόν παράλειψη ματαίωσης της διαδικασίας, παρότι ουδόλως τούτο προκύπτει εκ του δικογράφου, αλλά και εκ των επί μακρόν ενεργειών του από τη (λαμβάνουσα χώρα μετά από εκ μέρους του υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης) κατακύρωση και εξής, τότε πάντως και πάλι απαραδέκτως θα προέβαλλε συναφείς ισχυρισμούς, δεδομένου ότι η προθεσμία προσβολής της κατακύρωσης ή και τυχόν δια αυτής συντελεσθείσας παράλειψης ματαίωσης της διαδικασίας ή εν γένει παραλείψεων της αναθέτουσας στο ολοκληρωθέν δια της κατακύρωσεως προσυμβατικό στάδιο, έχει προ πολλού ομοίως παρέλθει. Επομένως, υπό κάθε εκδοχή και για κάθε ανωτέρω λόγο, η νυν προσφυγή ασκείται απαραδέκτως και είναι συνεπώς, απορριπτέα.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

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

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 9-8-2022.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ**