

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 19 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη- Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.02.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 292/08.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... (διακριτικός τίτλος: ...) Διεύθυνση : ..., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να διαγραφούν τα υπ' αριθμ Πρωτοκόλλου ...και ...έγγραφα της αναθέτουσας αρχής από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού για την Ομάδα ...«Προμήθεια Λιπαντικών & Προσθέτων» που προκήρυξε η ..., ... με την Διακήρυξη υπ' αρ. Πρωτοκόλλου οικ. ...και να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία ως έχει.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. έγγραφο της ΓΓΠΣ με την ένδειξη στο πεδίο κατάσταση «Δεσμευμένο» στο με κωδικό ... παράβολο εκδοθέν υπέρ ΑΕΠΠ και απόδειξη ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου δια μέσου της ALPHA BANK).

Αριθμός απόφασης: 523/2021

2.Επειδή με την υπ' αριθμ. : οικ....Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ, ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ, ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΣΘΕΤΩΝ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΤΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ΚΑΙ ΚΙΝΗΣΗΣ ΤΩΝ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ...ΓΙΑ ΕΝΑ ΕΤΟΣ συνολικού προϋπολογισμού Εκατόν δώδεκα χιλιάδες ενενήντα έξι ευρώ και εβδομήντα επτά λεπτά (112.096,77 €) άνευ ΦΠΑ. Ειδικότερα, η προμήθεια υποδιαιρείται σε πλείονα τμήματα, όπου Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη στο σύνολο της αντίστοιχης προκηρυχθείσας ποσότητας αυτών. Το επίμαχο τμήμα ομάδα 3 ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ ΚΑΙ ΠΡΟΣΘΕΤΑ έχει εκτιμώμενη αξία ποσού 15.000,00€, πλέον ΦΠΑ. Κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 31.01.2021.

3. Επειδή η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. : ... 2021-01-11 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε στις 07.02.2021 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 και εμπροθέσμως δοθέντος ότι στρέφεται κατά εγγράφου παροχής διευκρινήσεων το οποίο κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 28.01.2021.

5. Επειδή η προσβαλλόμενη διακήρυξη, ως εκ του αντικειμένου της, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 προέβη στις 09.02.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προκειμένου να λάβει γνώση κάθε ενδιαφερόμενος τρίτος, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 18.02.2021

Αριθμός απόφασης: 523/2021

διαβιβαστικό με το οποίο ανακοίνωνε την χορήγηση πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στα μέλη του κρίνοντος κλιμακίου ομοίως και την κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, χωρίς ωστόσο να αποστέλλει απόψεις επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής κατά πάντα χρόνο έως την ορισθείσα ημερομηνία συζήτησης της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής καίτοι κλήθηκε προς τούτο με την με αρ. 343/08.02.2021 Πράξη της Προέδρου 7^{ου} κλιμακίου που της κοινοποιήθηκε αρμοδίως και έλαβε αποδεδειγμένα, προέβη άλλωστε στις ως άνω έτερες ενέργειες που ομοίως περιλαμβάνονταν στην πράξη προέδρου.

8. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕΦΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ)

Αριθμός απόφασης: 523/2021

314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά. και μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 25/2021 σκ. 6 του 7^{ου} Κλιμακίου). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων ο οποίος δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, προσδιορίζει με σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της επίμαχης παρασχεθείσας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής διευκρίνησης, η οποία τον αποκλείει, κατά τους ισχυρισμούς του, από τη λυσιτελή συμμετοχή στην υπό στοιχείο 2 της παρούσας διαδικασία ανάθεσης προμήθειας λιπαντικών.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατόπιν της με αρ.343/08.02.2021 Πράξης Προέδρου.

10. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. Πρωτοκόλλου ...έγγραφο παροχής διευκρινίσεων παραβιάζει τους όρους της μελέτης ως και τους κανόνες δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έτσι όπως αυτοί κατέστησαν εσωτερικό δίκαιο. Εν προκειμένω, ισχυρίζεται ότι η εν λόγω διευκρίνιση δια της οποίας εισάγεται από την αναθέτουσα αρχή νέο στοιχείο στην διαγωνιστική διαδικασία, της προσκόμισης από τους υποψήφιους ISO...το οποίο θα είναι πιστοποιημένο για τις δραστηριότητες: ΕΜΠΟΡΙΑ - ΑΠΟΘΗΚΕΥΣΗ - ΔΙΑΝΟΜΗ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ - ΛΙΠΑΝΤΗΡΙΟ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ – ΑΛΛΑΓΗ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ, ενώ ο αρχικός όρος της διακήρυξης ήταν σαφής και απαιτούσε για το συγκεκριμένο πεδίο προσκόμιση από τους οικονομικούς φορείς «υπεύθυνης δήλωσης ότι τα προσφερόμενα προϊόντα καλύπτονται από τα απαραίτητα πιστοποιητικά: ISO...της συμμετέχουσας εταιρείας, με αντικείμενο δραστηριοτήτων συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού, τα οποία θα κατατεθούν με την προσφορά», είναι παράνομη και καταχρηστική και οδηγεί αδικαιολόγητα σε αθέμιτη τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού και κατ' επέκταση της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 523/2021

ημών και όλων των λοιπών συμμετεχόντων προς εύνοια συγκεκριμένου υποψήφιου, παραβιάζοντας τόσο τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της απαγόρευσης των διακρίσεων μεταξύ τους, όσο και την συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας, αρχές τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να τηρούν. *Ισχυρίζεται επίσης ότι «η αναθέτουσα αρχή για τους ανωτέρω λόγους μας αποκλείει από την συνέχεια του διαγωνισμού. Επειδή κατά συνέπεια, η πράξη της αναθέτουσας αρχής περί παροχής διευκρινίσεων αντίκειται ευθέως στους κανόνες της αναλογικότητας και στο Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου είναι αναγκαίο να διαγραφεί από το κείμενο της διακήρυξης. Επειδή η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις, εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται (Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013)».*

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι απαιτήσεις της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015

Αριθμός απόφασης: 523/2021

(ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας, υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642' Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η διεΐσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» σελ. 381 ο.π).

13. Επειδή, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Περαιτέρω, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004).

Αριθμός απόφασης: 523/2021

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε απέστειλε τις κατά νόμο προβλεπόμενες απόψεις της επί των αιτιάσεων της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής μέχρι την ημερομηνία εξέτασης της, αν και εκλήθη να το πράξει τούτο νομίμως και εντός των νομίμων προθεσμιών με τη πράξη ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου (βλ. σκ. 7 της παρούσας).

15. Επειδή, το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασης του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η ΑΕΠΠ καταχωρίζει αυθημερόν την προσφυγή. Το αργότερο την επόμενη της καταχώρισης εργάσιμη ημέρα, η ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, κοινοποιεί την προσφυγή στην αναθέτουσα αρχή και την καλεί: (α) να κοινοποιήσει την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασης του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10)

Αριθμός απόφασης: 523/2021

ημερών από την ημέρα κοινοποίησης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 1, στους ενδιαφερομένους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Η παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής. 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. 3. Η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αποστολής των αναφερόμενων στην παράγραφο 1 στοιχείων ή η καθυστερημένη αποστολή τους είναι αδικαιολόγητη, καθιστά, δε, ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προδικαστικής προστασίας, μπορεί, με την απόφαση επί της προσφυγής, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Το ποσό της κύρωσης αυτής μπορεί να ανέρχεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων και αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης, και καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού

Αριθμός απόφασης: 523/2021

Προϋπολογισμού. Μνεία της κύρωσης αυτής γίνεται στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 ορίζεται ο τρόπος και χρόνος κατάθεσης και είσπραξης της χρηματικής κύρωσης, ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής της, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια...»

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η παράλειψη αποστολής εκ μέρους της των απόψεων της προκειμένου να τεκμηριώσει τις εκ μέρους της παρεχόμενες διευκρινήσεις επί όρων της διακήρυξης που αποτελούν φύσει αιτιολογητές πράξεις, πέραν του ότι επιτρέπει τη συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί τους πραγματικούς ισχυρισμούς του προσφεύγοντος κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 (βλ. ad hoc 1272/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ του 8^{ου} Κλιμακίου). Περαιτέρω, ναι μεν η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα θέσπισης τους, η οποία εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, ωστόσο οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας, ως εν προκειμένω οι όροι της διακήρυξης ως αυτοί διαμορφωθήκαν με την παρασχεθείσα διευκρίνιση, υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν. Επομένως, ο επίμαχος προσβαλλόμενος όρος ως αυτός διευκρινίσθηκε κρίνεται ακυρωτέος προεχόντως ως ανατιολόγητος, σημειώνεται δε ότι αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης αποτελεί η προμήθεια λιπαντικών και όχι και η αλλαγή λιπαντικών ώστε να παρίσταται αιτιολογημένη η πρόσθετη απαίτηση περί διάθεσης ISO...και για τις δραστηριότητες - ΛΙΠΑΝΤΗΡΙΟ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ – ΑΛΛΑΓΗ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ.

17. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

Αριθμός απόφασης: 523/2021

18. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, το αίτημα της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτό.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί (άρθρο363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει τον επίμαχο όρο ως αυτός διευκρινίσθηκε.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 19 Μαρτίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα