

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ειρήνη Αψοκάρδου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1596/27.12.2019 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., επί του οδού ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμόν 386/18.12.2019 απόφασης περί έγκρισης : α) του με αριθμ. πρωτ. 43731/10.12.2019 πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, β) του με αριθμ. πρωτ. 44050/12.12.2019 πρακτικού περί αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής του προσφεύγοντος έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 5.049,75 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

κωδικό ..., την από 24.12.2019 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης για την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή εκτιμωμένης αξίας 1.009.950,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ

2. Επειδή με την υπ' αριθμόν ...Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια φυσικού αερίου για χρονική περίοδο δύο ετών», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 1.070.547,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 21.10.2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2019/...), το δε το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 25.10.2019 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 27.12.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 20.12.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

6. Επειδή ο προσφεύγων έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και, επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του.

7. Επειδή την 27.12.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμό 1991/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 2.1.2020, απέστειλε τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή στις 28.1.2020 ο προσφεύγων ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Ωστόσο, το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εκπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 31.1.2020 και, ως εκ τούτου, δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό, συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμό συστήματος 156744 προσφορά. Όπως δε αναφέρεται στο με αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

πρωτ. 43731/10.12.2019 πρακτικό η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίπτεται διότι «[...]B.1.1. Στο άρθρο 12.A.2.3 της υπ. αριθμ. 19/2019 Διακήρυξης απαιτείται να υποβληθεί ηλεκτρονικά επί ποινή αποκλεισμού το ακόλουθο δικαιολογητικό «A.2.3. Άδεια προμήθειας φυσικού αερίου.» Η εταιρεία «...Α.Ε.» με δ.τ. «...» δεν κατέθεσε στην προσφορά της την Άδεια προμήθειας φυσικού αερίου με αποτέλεσμα να μην πληρούνται οι επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις του άρθρου 12.A.2.3. της υπ. αριθμ. 19/2019 Διακήρυξης. B.2.1. Πέρα των ανωτέρω θα πρέπει να αναφέρουμε ότι η εταιρεία «...Α.Ε.» με δ.τ. «...» κατέθεσε στην προσφορά της το νόμο 4336/15 (ΦΕΚ 94 Α/14-08-2015). Στο άρθρο 8 παρ. 4 του ανωτέρω νόμου αναγράφεται «4. Κατόπιν του λειτουργικού διαχωρισμού που λαμβάνει χώρα κατά τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011 χορηγείται στις νέες ΕΠΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 81 του ν. 4001/2011, Άδεια Προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής στις ΕΔΑ που προκύπτουν σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011. Μέχρι την έκδοση Άδειας Προμήθειας του προηγούμενου εδαφίου στις νέες ΕΠΑ, αυτές, είτε πρόκειται για τις Υφιστάμενες ΕΠΑ που έχουν συσταθεί κατά τις διατάξεις του ν. 2364/1995 και εισέφεραν τον κλάδο διανομής σε νέα εταιρεία, είτε για τις νέες εταιρίες προμήθειας που συνιστώνται με απόσχιση του κλάδου προμήθειας από τις Υφιστάμενες ΕΠΑ, μπορούν να ασκούν τη δραστηριότητα προμήθειας φυσικού αερίου σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες κατά τις διατάξεις του παρόντος.» B.2.2 Μετά από έρευνα στο διαδίκτυο διαπιστώσαμε ότι με την «Αριθμ. απόφ. 1314/2018/18 (ΦΕΚ 5922 Β/31-12-2018) : Για τη χορήγηση Άδειας Διανομής Φυσικού Αερίου στην εταιρεία με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «...»». Με την οποία αποφασίζει «1. Τη χορήγηση Άδειας Διανομής Φυσικού Αερίου στην εταιρεία «... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και με δ.τ. «...», σύμφωνα με τον νόμο, τον Κανονισμό Αδειών, και τους όρους που παρατίθενται κατωτέρω για την γεωγραφική περιοχή που ορίζεται με τις υπ' αριθμ. Δ1/Γ/Φ7/11819/29.8.2000 (ΦΕΚ Β' 1086) και Δ1/Γ/ Φ7/11818/29.8.2000 (ΦΕΚ Β' 1087) υπουργικές αποφάσεις, και περιγράφεται αναλυτικότερα στο

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

Παράρτημα II της παρούσας, το οποίο και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής.» B.2.3. Από τις δύο παραπάνω σκέψεις προκύπτει ότι εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής θα έπρεπε να χορηγηθεί η Άδεια Προμήθειας. Επειδή η άδεια διανομής εκδόθηκε στις 31.12.2018 άρα μέχρι της 31.06.2019 θα έπρεπε βάσει νόμου να εκδοθεί η άδεια προμήθειας». Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το προαναφερθέν πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προσφυγή του υποστηρίζει ότι :« [...] Το σκεπτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού βάσει του οποίου αποκλείστηκε η εταιρεία με την επωνυμία «... Α.Ε.» δ.τ. «...» από τον παρόντα διαγωνισμό είναι όλως εσφαλμένο και ως εκ τούτο μη νόμιμο, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα διαθέτει εν ισχύ Άδεια Προμήθειας Φυσικού Αερίου δυνάμει του ως άνω νομοθετικού πλαισίου, ως σήμερα ισχύει.

Πιο συγκεκριμένα, λόγω του λειτουργικού διαχωρισμού της δραστηριότητας διανομής Φυσικού Αερίου από τη δραστηριότητα προμήθειας αυτού, ο νομοθέτης αρχικώς προέβλεψε (βλ. ν. 4336/2015 άρθρο 8 παρ. 4-πρώτη έκδοση) ότι «Κατόπιν του λειτουργικού διαχωρισμού που λαμβάνει χώρα κατά τις διατάξεις του άρθρου 80Α και εισφοράς του κλάδου Διανομής στις ΕΔΑ, χορηγείται στις ΕΠΑ, σύμφωνα τις διατάξεις του άρθρου 81 του ν. 4001/2011, άδεια Προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής στις ΕΔΑ που συστήνονται δια του παρόντος. Μέχρι την έκδοση της Άδειας Προμήθειας του προηγούμενου εδαφίου στις ΕΠΑ, οι υφιστάμενες ΕΠΑ που συστήθηκαν κατά τις διατάξεις του ν. 2364/1995 δύνανται να ασκούν δραστηριότητα προμήθειας φυσικού αερίου σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες κατά τις διατάξεις του παρόντος».

Ωστόσο, προς αποφυγή παρερμηνειών της ως άνω αρχικής διάταξης και κυρίως, δοθέντος του γεγονότος ότι, ο τυπικός νομοθέτης γνώριζε τις αρρυθμίες της Διοίκησης και προκειμένου να μετακυλισθεί το διοικητικό βάρος που αφορά την έκδοση των αδειών προμήθειας σε συνέχεια του λειτουργικού διαχωρισμού των δραστηριοτήτων διανομής και προμήθειας φυσικού αερίου, τροποποίησε την επίμαχη διάταξη έτσι ώστε να καταστήσει σαφές ότι οι εταιρείες προμήθειας Φυσικού Αερίου εξακολουθούν να ασκούν την λόγω

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

δραστηριότητά τους (προμήθεια Φυσικού Αερίου) βάσει των αδειών που ήδη διαθέτουν.

Ειδικότερα, ο τυπικός νομοθέτης ρητώς όρισε στις παραγράφους 3 και 4 του ν. 4336/2015, ως αυτός τροποποιήθηκε από το άρθρο 33 του ν. 4414/2016 ότι «3. Με την έκδοση των Αδειών Διανομής που προβλέπονται στο άρθρο 80Γ του ν. 4001/2011, καταργούνται αυτοδικαίως οι ρυθμίσεις των Αδειών Διανομής που έχουν χορηγηθεί στις Υφιστάμενες ΕΠΑ δυνάμει των διατάξεων του ν. 2364/1995 κατά το μέρος που αφορούν διαχείριση Δικτύου Διανομής. Οι ως άνω άδειες συνεχίζουν να ισχύουν για Προμήθεια Φυσικού Αερίου μέχρι την έκδοση των νέων Αδειών Προμήθειας στις ΕΠΑ, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις της Παρ. 4.

4. Κατόπιν του λειτουργικού διαχωρισμού που λαμβάνει χώρα κατά τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011 χορηγείται στις ΕΠΑ, σύμφωνα τις διατάξεις του άρθρου 81 ν. 4001/2011, Άδεια Προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής στις ΕΔΑ που προκύπτουν σύμφωνα τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011. Μέχρι την έκδοση Άδειας Προμήθειας του προηγούμενου εδαφίου στις ΕΠΑ, αυτές, είτε πρόκειται για τις Υφιστάμενες ΕΠΑ που έχουν συσταθεί κατά τις διατάξεις ν. 2364/1995 και εισέφεραν κλάδο διανομής στη νέα εταιρεία είτε για τις εταιρίες προμήθειας που συνιστώνται με απόσχιση του κλάδου προμήθειας από τις Υφιστάμενες ΕΠΑ, μπορούν να ασκούν δραστηριότητα προμήθειας φυσικού αερίου σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες κατά τις διατάξεις του παρόντος. Από τις ως άνω διατάξεις εναργέστατα προκύπτει, χωρίς να αφήνεται ουδέν περιθώριο αμφιβολίας, ότι οι Άδειες Προμήθειας των ΕΠΑ, μετά τον λειτουργικό διαχωρισμό, εξακολουθούν να ισχύουν. Με άλλα λόγια, ο νομοθέτης με τις ως άνω ρυθμίσεις παρέτεινε την ισχύ των αδειών ως προς το τμήμα αυτών που αφορά δραστηριότητα προμήθειας με σκοπό, ως γίνεται αντιληπτό, να μην τεθεί εν κινδύνω η προμήθεια Φυσικού Αερίου σε Πελάτες. Η βούληση αυτή του νομοθέτη διατυπώνεται ρητά αιτιολογική έκθεση του ν. 4414/2016, σύμφωνα με την οποία “δεδομένου ότι η υφιστάμενη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 8 υποπαραγράφου ΒΙ παραγράφου του άρθρου 2 του ν.

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

4336/2015 (ήτοι, αρχική διάταξη), ως είναι διατυπωμένη, δημιουργεί κίνδυνο απώλειας της δυνατότητας των νέων ΕΠΑ για την προμήθεια Φυσικού Αερίου στους πελάτες τους, καθίσταται αναγκαία η τροποποίηση αυτής". Συνεπώς, καθίσταται σαφές ότι οι Άδειες Προμήθειας Φυσικού Αερίου εκ του νόμου εξακολουθούν να ισχύουν. Η αναφορά της Επιτροπής Διαγωνισμού σε μη ύπαρξη άδειας προμήθειας Φυσικού Αερίου βάσει ότι δήθεν παρήλθε το εξάμηνο από την έκδοση της Άδειας Διανομής των ΕΔΑ, του οποίου θα εκδίδονταν οι Άδειες Προμήθειας, είναι όλως εσφαλμένο καθόσον, η εν λόγω προθεσμία είναι ενδεικτική και όχι αποκλειστική, υπό την έννοια ότι ο νομοθέτης έχει πλήρη αντίληψη των δυσλειτουργιών της Διοίκησης, τις οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να μετακυλήσει στο διοικούμενο, ήτοι στις ΕΠΑ. Ως εκ τούτου, δεν είναι δυνατό να εξαρτήσει την έκδοση νέων αδειών προμήθειας φυσικού αερίου από την έκδοση των αδειών διανομής εντός συγκεκριμένης αποκλειστικής προθεσμίας, η τήρηση οποίας δεν έγκειται στο διοικούμενο αλλά στη Διοίκηση και κατ' αυτό τον τρόπο ο νομοθέτης επιτυγχάνει να διασφαλίσει τη συνεχή προμήθεια φυσικού αερίου σε Πελάτες, ανεξαρτήτως της τήρησης των ως άνω προθεσμιών από Διοίκηση.

Άλλωστε, ακόμα και αν ετίθετο εν αμφιβόλω η φύση της ανωτέρω εξάμηνης προθεσμίας, το μείζον ζήτημα της εξασφάλισης του φυσικού αερίου σε Πελάτες δεν καταλείπει ουδέν περιθώριο άλλης ερμηνείας.

Προς επίρρωση των ανωτέρω, παραθέτουμε όλως ενδεικτικώς αντίστοιχους διαγωνισμούς, στους οποίους μετείχε η ...χωρίς ουδέποτε να τεθεί ζήτημα αμφισβήτησης Άδειας Προμήθειας Φυσικού Αερίου που Κατέχει: 17/2019 (ΕΚΑΒ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ, 5/2019 Γ.Ν. ΚΙΛΚΙΣ, Β/30901/2018 Γ.Ν. ΛΑΜΙΑΣ, 16.1/19 251 Γ.Ν.Α., 20992/2018 ΔΗΜΟΣ ΤΡΙΚΚΑΙΩΝ, 791/2018 Ε.Α.Β. Α.Ε.

Κατά συνέπεια, δεδομένου ότι η ...διαθέτει κατά τα ανωτέρω εν ισχύ Άδεια Προμήθειας Φυσικού Αερίου, όλως εσφαλμένως η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε το αντίθετο και απέρριψε την προσφορά της εταιρείας κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και κατά τούτο η Προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα ως νόμω και ουσία αβάσιμη».

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: « [...] Στο άρθρο 12.Α.2.3 της υπ. αριθμ. 19/2019 Διακήρυξης απαιτείται να υποβληθεί ηλεκτρονικά επί ποινή αποκλεισμού το ακόλουθο δικαιολογητικό «Α.2.3. Άδεια προμήθειας φυσικού αερίου.»

2. Η εταιρεία «... Α.Ε.» με δ.τ. «...» δεν κατέθεσε στην προσφορά της την Άδεια προμήθειας φυσικού αερίου με αποτέλεσμα να μην πληρούνται οι επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις του άρθρου 12.Α.2.3. της υπ. αριθμ. 19/2019 Διακήρυξης.

3. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). 1 0000482186

4. Επειδή δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construcrtion Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά το δε άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι "Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105.", σε συνδυασμό με το άρ. 91 παρ. 1 εδ. α' που ορίζει ότι "Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης" και το άρ. 94 παρ. 4 που προβλέπει ότι "Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.", τα οποία και διέπουν και τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων κάτω των ορίων, προκύπτει ότι ειδικώς η συμμόρφωση των περιλαμβανόμενων στην τεχνική προσφορά προϊόντων των υποψηφίων αναδόχων με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, οφείλει να συντρέχει, μεταξύ άλλων, ήδη και κατά την υποβολή της προσφοράς σε κάθε δε περίπτωση κατά τον χρόνο λήξης υποβολής προσφορών, η αξιολόγηση των

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

οποίων από την αναθέτουσα περιλαμβάνει και τον έλεγχο συμμόρφωσής τους με τους όρους της, οφείλοντας σε αρνητική περίπτωση να τις απορρίψει.

5. Επειδή η εταιρεία «...Α.Ε.» με δ.τ. «...» στην προσφυγή της αναφέρει ότι «οι άδειες Προμήθειας των ΕΠΑ μετά τον λειτουργικό διαχωρισμό εξακολουθούν να ισχύουν» δηλαδή η ανωτέρω εταιρεία δεν κατέθεσε ούτε την άδεια προμήθειας φυσικού αερίου την οποία επικαλείται ότι διαθέτει και πάνω στην οποία προσπαθεί να τεκμηριώσει το σκεπτικό της.

6. Επειδή για το συγκεκριμένο δικαιολογητικό δεν ζητήθηκε κάποια διευκρίνιση ούτε κατατέθηκε καμία προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης.

7. Επειδή με την «Αριθμ. απόφ. 1314/2018/18 4336/15 (ΦΕΚ 5922 Β/31-12-2018) : Για τη χορήγηση Άδειας Διανομής Φυσικού Αερίου στην εταιρεία με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «ΕΔΑ ΘΕΣΣ»» αποφασίστηκε «1. Τη χορήγηση Άδειας Διανομής Φυσικού Αερίου στην εταιρεία «... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και με δ.τ. «...», σύμφωνα με τον νόμο, τον Κανονισμό Αδειών, και τους όρους που παρατίθενται κατωτέρω για την γεωγραφική περιοχή που ορίζεται με τις υπ'αριθμ. Δ1/Γ/Φ7/11819/29.8.2000 (ΦΕΚ Β' 1086) και Δ1/Γ/ Φ7/11818/29.8.2000 (ΦΕΚ Β' 1087) υπουργικές αποφάσεις, και περιγράφεται αναλυτικότερα στο Παράρτημα ΙΙ της παρούσας, το οποίο και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής.» σε συνδυασμό με το άρθρο 8 παρ. 4 του νόμου 4336/15 (ΦΕΚ 94 Α/14-08-2015) που αναφέρει ότι «4. Κατόπιν του λειτουργικού διαχωρισμού που λαμβάνει χώρα κατά τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011 χορηγείται στις νέες ΕΠΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 81 του ν. 4001/2011, Άδεια Προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής στις ΕΔΑ που προκύπτουν σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011. Μέχρι την έκδοση Άδειας Προμήθειας του προηγούμενου εδαφίου 2 στις νέες ΕΠΑ, αυτές, είτε πρόκειται για τις Υφιστάμενες ΕΠΑ που έχουν συσταθεί κατά τις διατάξεις του ν. 2364/1995 και εισέφεραν τον κλάδο διανομής σε νέα εταιρεία, είτε για τις νέες εταιρίες προμήθειας που συνιστώνται με απόσχιση του κλάδου προμήθειας από τις Υφιστάμενες ΕΠΑ, μπορούν να ασκούν τη δραστηριότητα προμήθειας φυσικού

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

αερίου σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες κατά τις διατάξεις του παρόντος», τεκμαίρεται ότι: α) η ανωτέρω εταιρεία από τις 14.8.2015 (ημέρα έκδοσης του ν. 4336/15) μέχρι τις 31.12.2018 (ημέρα έκδοσης της απόφασης 1314/2018/18 με την οποία χορηγείται η άδεια διανομής στην «...») μπορούσε να ασκεί την δραστηριότητα προμήθειας του φυσικού αερίου χωρίς να χρειάζεται βάσει νόμου να εκδώσει άδεια προμήθειας, β) Η διάταξη του άρθρου 8 παρ. 4 ν. 4336/2015, ορίζει ρητώς ότι η άδεια προμήθειας χορηγείται εντός 6 μηνών από τη χορήγηση της αντίστοιχης Άδειας Διανομής. Μέχρι τη χορήγηση της άδειας προμήθειας, οι υφιστάμενες ΕΠΑ ασκούν κανονικά τη δραστηριότητα προμήθειας. γ) Η Άδεια Διανομής χορηγήθηκε στην ...στις 31.12.2018 (ημέρα έκδοσης της απόφασης 1314/2018/18 με την οποία χορηγείται η άδεια διανομής στην «...»), και δεδομένου αυτού, έως και σήμερα δεν έχει χορηγηθεί η εκ του νόμου προβλεπόμενη άδεια προμήθειας από τη ΡΑΕ. δ) Άρα τεκμαίρεται ότι η ανωτέρω εταιρεία ήταν υποχρεωμένη βάσει νόμου να εκδώσει και να διαθέτει άδεια προμήθειας φυσικού αερίου μέχρι της 31.06.2019 δηλαδή εντός έξι (6) μηνών από την ημέρα έκδοσης της Άδειας Διανομής στην «...» η οποία εκδόθηκε στις 31.12.2018. 8. Επειδή ο ισχυρισμός της ενιστάμενης εταιρείας ότι η αναφορά του νόμου για εξάμηνη προθεσμία είναι ενδεικτική και όχι αποκλειστική σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να ληφθεί σοβαρά υπόψη γιατί εάν η προθεσμία ήταν ενδεικτική, ο νομοθέτης θα ελάμβανε μέριμνα ώστε να ρυθμίσει ρητώς τυχόν περιπτώσεις καθυστέρησης έκδοσης των αδειών προμήθειας και των συναφών προβλημάτων που ανακύπτουν. Άλλωστε ακόμη κι αν ήθελε θεωρηθεί ενδεικτική, η πάροδος σχεδόν διπλάσιου του οριζόμενου στο νόμο χρονικού διαστήματος (12 περίπου μήνες) χωρίς να έχει χορηγηθεί η άδεια προμήθειας, καθιστά το εν λόγω χρονικό διάστημα μη εύλογο, αντιβαίνει στις αρχές της χρήστης διοίκησης καθώς και τις αρχές τήρησης ενός υγιούς ανταγωνισμού στην αγορά φυσικού αερίου.

9. Σε κάθε περίπτωση, ο ν. 4414/2016 ουδέν προσθέτει ή τροποποιεί σε σχέση με τα οριζόμενα στο ν. 4336/2015, δεδομένου ότι η επίμαχη διάταξη της παραγράφου 4 του άρθρου 8 ν. 4336/2015 διατηρείται ως ίσχυσε εξ αρχής.

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

10. Επειδή οι αξιολογήσεις διαγωνισμών άλλων φορέων σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη στην αξιολόγηση του παρόντος διαγωνισμού.

11. Επειδή οι δύο άλλες εταιρείες που μετείχαν στον παρόντα διαγωνισμό που είναι οι εταιρείες «...» και «Ε... Α.Ε.» είχαν μεριμνήσει να διαθέτουν και να καταθέσουν την Άδεια προμήθειας φυσικού αερίου στο φάκελο με τα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς τους».

15. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

16. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :, Ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]Ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς».

17. Επειδή το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61.[...].».

18. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102[...].

19. Επειδή, το άρθρο 94 του νόμου 4412/2016 ορίζει ότι: « [...] 4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

20. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

21. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

22. Επειδή στο άρθρο 4 του ν. 2364/1995 ορίζεται ότι : «1. Οι Εταιρείες Διανομής Αερίου (Ε.Δ.Α.), που έχουν συσταθεί από τη Δ.ΕΠ.Α. Α.Ε. και λειτουργούν με τη μορφή ανωνύμων εταιρειών, με γεωγραφικά όρια δραστηριότητας τις περιοχές Αττικής, ...και ...αντίστοιχα, διέπονται από τις διατάξεις του νόμου αυτού. Τα ανωτέρω όρια δραστηριότητας των Ε.Δ.Α., που προσδιορίζονται επακριβώς στο καταστατικό τους, μπορούν να επεκταθούν μόνο μετά από έγκριση του Υπουργού Ανάπτυξης. [...] 3. Στις Εταιρείες Διανομής Αερίου (Ε.Δ.Α.) ή στη Δ.ΕΠ.Α. Α.Ε. παρέχεται το αποκλειστικό και μεταβιβάσιμο κατά τα οριζόμενα στην επόμενη παράγραφο δικαίωμα [...] (α) Προγραμματισμού, μελέτης, σχεδιασμού, κατασκευής, κυριότητας και εκμετάλλευσης συστήματος Διανομής Φυσικού Αερίου στη γεωγραφική περιοχή δραστηριότητάς τους. (β) Πώλησης φυσικού αερίου σε καταναλωτές που καταναλώνουν ετησίως όγκο αερίου μέχρι και του αντίστοιχου των εκατό (100) γιγαβατωρών Ανώτερης Θερμογόνου Δύναμης. [...] 4. Από τα δικαιώματα των Ε.Δ.Α. ή της Δ.ΕΠ.Α. Α.Ε. κατά περίπτωση, της προηγούμενης παραγράφου, τα δικαιώματα: α) προγραμματισμού, β) μελέτης, γ) σχεδιασμού, δ) κατασκευής, ε) εκμετάλλευσης Συστήματος Διανομής Φυσικού Αερίου και στ) πώλησης φυσικού αερίου, προκειμένου για τις Ε.Δ.Α. εντός των γεωγραφικών ορίων δραστηριότητάς τους και προκειμένου για τη Δ.ΕΠ.Α. Α.Ε. εντός των γεωγραφικών ορίων που αυτή θεωρεί σκόπιμο, επιτρέπεται να εισφερθούν μόνο σε Ανώνυμη Εταιρία Παροχής Αερίου (Εταιρία Παροχής Αερίου - Ε.Π.Α. Α.Ε.) αποκαλούμενη εφεξής Ε.Π.Α., η οποία θα συσταθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 6 και 7 του άρθρου αυτού και θα έχει ως αποκλειστικό σκοπό τον προγραμματισμό, την άσκηση και την εκμετάλλευση των ανωτέρω δικαιωμάτων.[...] Η άσκηση των ανωτέρω δικαιωμάτων από τις Ε.Π.Α. επιτρέπεται μόνο μετά από προηγούμενη Άδεια Διανομής Φυσικού Αερίου, χρονικής ισχύος από είκοσι πέντε (25) μέχρι τριάντα πέντε (35) έτη, η οποία μπορεί να παρατείνεται ανά πενταετία με

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.[...]

23. Επειδή με την υπ' αριθμ. Αριθ.Δ1/Γ/Φ7/11819 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ Β`1086 31.8.2000) ορίζεται ότι : «Χορηγούμε άδεια διανομής φυσικού αερίου (εφεξής η "Άδεια") στην ... Α.Ε. που εδρεύει στην ... (εφεξής ο "Αδειούχος") δυνάμει της οποίας ο Αδειούχος ασκεί τα αποκλειστικά δικαιώματα (α) προγραμματισμού, (β) μελέτης, (γ) σχεδιασμού, (δ) κατασκευής, (ε) εκμετάλλευσης και (στ) πώλησης φυσικού αερίου στην γεωγραφική περιοχή (εφεξής η "Περιοχή Αδείας") που ορίζεται στο Παράρτημα 1, σύμφωνα με τους όρους και προϋποθέσεις της παρούσας».

24. Επειδή με την υπ' αριθμ.Δ1/Γ/Φ7/11818 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ Β`/1087 31-8-2000) ορίζεται ότι : «Χορηγούμε άδεια διανομής φυσικού αερίου (εφεξής η "Άδεια") στην ...Α.Ε. που εδρεύει στη Λάρισα (εφεξής ο "Αδειούχος") δυνάμει της οποίας ο Αδειούχος ασκεί τα αποκλειστικά δικαιώματα (α) προγραμματισμού, (β) μελέτης, (γ) σχεδιασμού, (δ) κατασκευής, (ε) εκμετάλλευσης και (στ) πώλησης φυσικού αερίου στην γεωγραφική περιοχή (εφεξής η "Περιοχή Αδείας") που ορίζεται στο Παράρτημα 1, σύμφωνα με τους όρους και προϋποθέσεις της παρούσας».

25. Επειδή με τις διατάξεις των άρθρων 4 και 8 της υποπαραγράφου Β1 της παρ. Β` του άρθρου 2 του ν. 4336/2015 ορίζεται ότι :« Άρθρο 4 [...] Έως την 30ή Μαΐου 2016, η ΔΕΠΑ ΑΕ και οι ΕΠΑ Αττικής, ...και ...υποχρεούνται να υποβάλουν προς έγκριση τις αρχές και τους κανόνες κατανομής για το λογιστικό διαχωρισμό των δραστηριοτήτων τους στη ΡΑΕ, η οποία οφείλει να αποφασίσει επ' αυτών εντός προθεσμίας τριών (3) μηνών από το χρόνο υποβολής [...]Έως την 1η Ιανουαρίου 2017 οι ΕΠΑ Αττικής, ...και ...υποχρεούνται να προβούν στο νομικό και λειτουργικό διαχωρισμό της δραστηριότητας Διαχείρισης των Δικτύων Διανομής Αττικής, ...και ...από τις λοιπές δραστηριότητές τους, με την εισφορά του κλάδου Διανομής έκαστης εξ αυτών, κατά το στάδιο ιδρύσεως νέας ΕΔΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος και του κ.ν. 2190/1920. Οι ΕΠΑ ...και ...δύνανται να εισφέρουν από κοινού τον κλάδο Διανομής έκαστης εξ αυτών, κατά το στάδιο ιδρύσεως μίας

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

κοινής ΕΔΑ, στο μετοχικό κεφάλαιο της οποίας μετέχουν οι δύο ΕΠΑ κατ' αναλογία της εισφοράς τους. Για τους σκοπούς του παρόντος, ως κλάδος Διανομής νοείται η ομώνυμη αυτόνομη οργανωμένη λειτουργική μονάδα της εκάστοτε υφιστάμενης ΕΠΑ, συμπεριλαμβανομένων των περιουσιακών στοιχείων έκαστης εκ των ανωτέρω ΕΠΑ και των συναφών με αυτά απαιτήσεων και υποχρεώσεων, που εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των ως άνω μονάδων.[...]

6. Οι ΕΔΑ υποκαθίστανται, ανεξαρτήτως του χρόνου γενέσεώς τους, σε όλα εν γένει τα δικαιώματα, τις υποχρεώσεις και τις έννομες σχέσεις της εισφέρουσας εταιρείας που αφορούν στον εισφερόμενο κλάδο, ιδίως όσον αφορά στα δικαιώματα χρήσης των παγίων, και απολαμβάνουν των φορολογικών προνομίων και ατελειών που είχαν θεσπιστεί υπέρ της εισφέρουσας τον κλάδο εταιρείας. Η μεταβίβαση αυτή εξομοιώνεται με καθολική διαδοχή και από την ημερομηνία της καταχώρισης στο Γ.Ε.ΜΗ. της σχετικής εγκριτικής απόφασης, η εισφέρουσα τον κλάδο εταιρεία απαλλάσσεται από κάθε υποχρέωση έναντι οποιουδήποτε τρίτου, περιλαμβανομένου του Δημοσίου και των ασφαλιστικών ταμείων, η οποία αφορά τον εισφερόμενο κλάδο Διανομής, ως προς τις οποίες υποκαθίσταται κατά τα ανωτέρω η αντίστοιχη ΕΔΑ. [...]

8. Κάθε μορφής διοικητικές άδειες, εγκρίσεις και παραχωρήσεις που έχουν χορηγηθεί στην εισφέρουσα εταιρεία, σχετικά με τον εισφερόμενο κλάδο Διανομής, μεταβιβάζονται αυτοδικαίως στην απορροφώσα τον κλάδο ΕΔΑ. [...]

Άρθρο 8. [...]

3. Με την έκδοση των Αδειών Διανομής που προβλέπονται στο άρθρο 80Γ του ν. 4001/2011, καταργούνται οι ρυθμίσεις των Αδειών Διανομής που έχουν χορηγηθεί δυνάμει των διατάξεων του ν. 2364/1995 (Α' 256)

4. Κατόπιν του λειτουργικού διαχωρισμού που λαμβάνει χώρα κατά τις διατάξεις του άρθρου 80Α και της εισφοράς του κλάδου Διανομής στις ΕΔΑ, χορηγείται στις ΕΠΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 81 του ν. 4001/2011, άδεια προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής στις ΕΔΑ που συστήνονται σύμφωνα δια του παρόντος. Μέχρι την έκδοση άδειας προμήθειας του προηγούμενου εδαφίου στις ΕΠΑ, οι υφιστάμενες ΕΠΑ που συστάθηκαν κατά τις διατάξεις του ν. 2364/1995

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

δύνανται να ασκούν τη δραστηριότητα προμήθειας φυσικού αερίου σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες κατά τις διατάξεις του παρόντος. Η ΡΑΕ, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της κατά τα άρθρα 23 και 83 του ν. 4001/2011, δύναται να επιβάλει στις ΕΠΑ μέτρα και όρους, οι οποίοι κρίνονται αναγκαίοι προκειμένου να διασφαλίζεται η προστασία των Πελατών και η εύρυθμη λειτουργία της αγοράς, μέχρι την έκδοση των αδειών προμήθειας. Τα μέτρα αυτά δεν δύνανται να περιορίζουν τη γεωγραφική επέκταση των δραστηριοτήτων προμήθειας των ΕΠΑ σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες δυνάμει του άρθρου 82 και βρίσκονται εκτός των γεωγραφικών ορίων των αδειών που είχαν χορηγηθεί στις ΕΠΑ δυνάμει των διατάξεων του ν. 2364/1995».

26. Επειδή με το άρθρο 33 του ν. 4414/2016 αντικαταστάθηκαν οι παρ. 3 και 4 του άρθρου 8 της υποπαραγράφου Β1 της παρ. Β` του [άρθρου 2](#) του ν. [4336/2015](#) ως ακολούθως: «3. Με την έκδοση των Αδειών Διανομής που προβλέπονται στο άρθρο 80Γ του ν. 4001/2011, καταργούνται αυτοδικαίως οι ρυθμίσεις των Αδειών Διανομής που έχουν χορηγηθεί στις Υφιστάμενες ΕΠΑ δυνάμει των διατάξεων του ν. 2364/1995 μόνο κατά το μέρος που αφορούν τη διαχείριση του Δικτύου Διανομής. Οι ως άνω άδειες συνεχίζουν να ισχύουν για την Προμήθεια Φυσικού Αερίου μέχρι την έκδοση των νέων Αδειών Προμήθειας στις νέες ΕΠΑ, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις της παρ. 4. 4. Κατόπιν του λειτουργικού διαχωρισμού που λαμβάνει χώρα κατά τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011 χορηγείται στις νέες ΕΠΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 81 του ν. 4001/2011, Άδεια Προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της Άδειας Διανομής στις ΕΔΑ που προκύπτουν σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 80Α του ν. 4001/2011. Μέχρι την έκδοση Άδειας Προμήθειας του προηγούμενου εδαφίου στις νέες ΕΠΑ, αυτές, είτε πρόκειται για τις Υφιστάμενες ΕΠΑ που έχουν συσταθεί κατά τις διατάξεις του ν. 2364/1995 και εισέφεραν τον κλάδο διανομής σε νέα εταιρεία, είτε για τις νέες εταιρίες προμήθειας που συνιστώνται με απόσχιση του κλάδου προμήθειας από τις Υφιστάμενες ΕΠΑ, μπορούν να ασκούν τη

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

δραστηριότητα προμήθειας φυσικού αερίου σε Πελάτες που καθίστανται Επιλέγοντες κατά τις διατάξεις του παρόντος [...].»

27. Επειδή στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4414/2016 αναφέρεται ότι : «[...] Επίσης, δεδομένου ότι η υφιστάμενη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 8 της υποπαραγράφου Β1 της παραγράφου β' του άρθρου 2 του ν. 4336/2015, ως είναι διατυπωμένη, δημιουργεί κίνδυνο απώλειας της δυνατότητας των νέων ΕΠΑ για προμήθεια Φυσικού Αερίου στους πελάτες τους, καθίσταται αναγκαία η τροποποίηση αυτής».

28. Επειδή με την υπ' αριθμόν 1314/2018 (ΦΕΚ Β' 5922/31.12.2018) απόφαση, η Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας αποφάσισε «Τη χορήγηση Άδειας Διανομής Φυσικού Αερίου στην εταιρεία «...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και με δ.τ ...», σύμφωνα με τον νόμο, τον Κανονισμό Αδειών, και τους όρους που παρατίθενται κατωτέρω για την γεωγραφική περιοχή που ορίζεται με τις υπ' αριθμ. Δ1/Γ/Φ7/11819/29.8.2000 (ΦΕΚ Β` 1086) και Δ1/Γ/ Φ7/11818/29.8.2000 (ΦΕΚ Β` 1087) υπουργικές αποφάσεις, και περιγράφεται αναλυτικότερα στο Παράρτημα ΙΙ της παρούσας, το οποίο και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής».

29. Επειδή η παρ. 5 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ορίζει ότι : «Οι προθεσμίες για τη Διοίκηση είναι ενδεικτικές, εκτός αν από τις διατάξεις που τις προβλέπουν προκύπτει ότι είναι αποκλειστικές. Οι προθεσμίες για την έκδοση ατομικών διοικητικών πράξεων, δυσμενών για το πρόσωπο το οποίο αφορούν αμέσως, είναι αποκλειστικές [...].»

30. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι: « [...]

Άρθρο 2: Αντικείμενο του διαγωνισμού

2.1 Ο διαγωνισμός αφορά την προμήθεια «Φυσικού Αερίου για χρονική περίοδο δύο (2) ετών», για την κάλυψη των ενεργειακών αναγκών του Δήμου και των νομικών του προσώπων (ΚΕΚΠΑΠ, ΚΕΠΑΠ, Σχολική [7] Επιτροπή πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης), σύμφωνα με την νέα αριθ. πρωτ. 31471/17.09.2019 Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών. Το φυσικό αέριο θα παραδίδεται στις εγκαταστάσεις των παραπάνω φορέων.[...]

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

Άρθρο 12: Περιεχόμενο προσφορών

Οι ενδιαφερόμενοι υποβάλλουν την προσφορά τους στο σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ. Τα περιεχόμενα του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς ορίζονται ως εξής:

(Α) ένας (υπο)φάκελος* με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» και

(Β) ένας (υπο)φάκελος* με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά».

* (υπο)φάκελος: κατηγορία επισυναπτόμενων αρχείων στο σύστημα. [...]

A. (ΥΠΟ)ΦΑΚΕΛΟΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά»
Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται η εγγύηση συμμετοχής, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), καθώς και η τεχνική προσφορά.

Συγκεκριμένα, στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο περιλαμβάνονται:[...]

A.2 ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ

Στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται ηλεκτρονικά, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα έγγραφα και δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια των προσφερόντων για την αξιολόγηση των προσφορών:

A.2.1 Τεχνική Προσφορά (του Συστήματος), η οποία συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf.

A.2.2 Αποδεικτικό εγγραφής στο μητρώο χρηστών ΕΣΦΑ.

A.2.3 Άδεια προμήθειας φυσικού αερίου.

A.2.4 Υπεύθυνη Δήλωση του διαγωνιζόμενου στην οποία θα δηλώνεται:

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

- ότι η προσφορά συντάχθηκε σύμφωνα με τους όρους της νέας αριθ. πρωτ. 31471/17.09.2019 Μελέτης και της παρούσας διακήρυξης, των οποίων έλαβε γνώση και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα και ότι η προμήθεια θα εκτελεστεί σύμφωνα με την νέα αριθ. πρωτ. 31471/17.09.2019 Μελέτη
- ο χρόνος ισχύος της προσφοράς.[...]

Άρθρο 15: Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 7, 8, 12, 13, 16, 18 και 19 της παρούσας διακήρυξης ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στην παρούσα διακήρυξη. β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης. γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης. δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά. ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές. στ) η οποία είναι υπό αίρεση. ζ) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

31. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

32. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

33. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

34. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

35. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

36. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Απόφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ,

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

37. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

38. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

39. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

40. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*).

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

41. Επειδή, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία στη διακήρυξη των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκομίσεως διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 2723/2018, ΕΑ 382/2015 5μ., 53, 19/2011, πρβλ. ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008).

42. Επειδή ο προσφεύγων με το μοναδικό λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του κατά παράβαση του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου, δυνάμει του οποίου διαθέτει άδεια διανομής εν ισχύ.

43. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 12.Α.2.3 της διακήρυξης, στον υποφάκελο «δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά» απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβληθεί άδεια προμήθειας φυσικού αερίου εν ισχύ.

44. Επειδή από την επισκόπηση της προσφοράς του προσφεύγοντος προκύπτει ότι υπέβαλε τα υπ' αριθμ. 1086 & 1087/31.8.2000 ΦΕΚ (Τεύχος Β') στα οποία έχουν δημοσιευτεί οι υπ' αριθμόν Δ1/Γ/Φ7/11817 και Δ1/Γ/Φ7/11818 Υπουργικές Αποφάσεις περί χορήγησης άδειας διανομής στην ...Α.Ε. και την ...Α.Ε. αντιστοίχως, δυνάμει των οποίων, βάσει του κανονιστικού πλαισίου του ν. 2364/1995, οι εν λόγω εταιρείες ασκούσαν τα αποκλειστικά δικαιώματα προγραμματισμού, μελέτης, σχεδιασμού,

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

κατασκευής, εκμετάλλευσης και πώλησης, ήτοι προμήθειας φυσικού αερίου στη γεωγραφική περιοχή που έκαστη κάλυπτε.

45. Επειδή περαιτέρω, ο προσφεύγων υπέβαλε το υπ' αριθμόν 94/14.08.2015 ΦΕΚ (Τεύχος Α') στο οποίο δημοσιεύτηκε ο νόμος 4336/2015. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4 της υποπαραγράφου Β1 της παρ. Β' του άρθρου 2 του ν. 4336/2015, έως την 1η Ιανουαρίου 2017 οι ΕΠΑ ...και ...υποχρεώνονται να προβούν στο νομικό και λειτουργικό διαχωρισμό της δραστηριότητας της διαχείρισης των δικτύων διανομής ...και ...από τις λοιπές δραστηριότητές τους, οι δε νέες εταιρείες που θα συσταθούν υποκαθίστανται σε όλα εν γένει τα δικαιώματα, τις υποχρεώσεις και τις έννομες σχέσεις των προηγούμενων εταιρειών. Επίσης στο άρθρο 8 της υποπαραγράφου Β1 της παρ. Β' του άρθρου 2 του ν. 4336/2015 προβλέπεται ότι, κατόπιν του ως άνω λειτουργικού διαχωρισμού, χορηγείται στις νέες ΕΔΑ που θα συσταθούν άδεια διανομής, στις δε νέες ΕΠΑ που θα συσταθούν άδεια προμήθειας εντός έξι (6) μηνών από την έκδοση της άδειας διανομής στις νέες ΕΔΑ. Μέχρι δε την έκδοση της εν λόγω άδειας προμήθειας, οι υφιστάμενες ΕΠΑ δύνανται να ασκούν τη δραστηριότητα προμήθειας φυσικού αερίου.

46. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προσκόμισε με την προσφορά του και το υπ' αριθμόν 149/9.12.2016 ΦΕΚ (Τεύχος Α') στο οποίο δημοσιεύτηκε ο νόμος 4414/2016, ο οποίος τροποποίησε τον προγενέστερο νόμο 4336/2015. Ειδικότερα, με τις διατάξεις του άρθρου 33 του νόμου αυτού διευκρινίστηκε ότι οι υφιστάμενες άδειες διανομής συνεχίζουν να ισχύουν αναφορικά με την προμήθεια φυσικού αερίου μέχρι την έκδοση των νέων αδειών προμήθειας στις νέες ΕΠΑ.

47. Επειδή εξάλλου ο προσφεύγων προσκόμισε με την προσφορά του και την υπ' αριθμόν 15649/27.12.2019 απόφαση του Περιφερειάρχη Κεντρικής Ελλάδος, από την οποία προκύπτει ότι ο προσφεύγων συστάθηκε δια της απόσχισης του κλάδου προμήθειας των υφιστάμενων δυνάμει του ν. 2364/1996 ΕΠΑ ...και την από κοινού εισφοράς των κλάδων αυτών στη νέα εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

48. Επειδή, εκ των προαναφερθέντων και υποβληθέντων με την προσφορά του προσφεύγοντος εγγράφων προκύπτει ότι ο προσφεύγων, ο οποίος βάσει των διατάξεων του ν. 4336/2015 έχει υπεισέλθει στα δικαιώματα των ΕΠΑ ..., διαθέτει τις χορηγηθείσες στις εταιρείες αυτές, δυνάμει των υπ' αριθμόν Δ1/Γ/Φ7/11817 και Δ1/Γ/Φ7/11818 υπουργικών αποφάσεων, άδειες διανομής. Οι δε άδειες αυτές, όπως σαφώς προκύπτει από την παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 4336/2015 παρέχουν στον προσφεύγοντα το δικαίωμα να ασκεί τη δραστηριότητα της προμήθειας μέχρι τη χορήγηση σε αυτόν από την ΡΑΕ της νέας άδειας προμήθειας. Αβασίμως δε ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι εκ της εν λόγω διάταξης θεσπίζεται αποκλειστική προθεσμία έκδοσης άδειας προμήθειας για τον προσφεύγοντα εντός εξαμήνου από την έκδοση της άδειας διανομής της νέας ΕΔΑ και άρα, δεδομένου ότι έχει παρέλθει το εξάμηνο από την έκδοση της υπ' αριθμόν 1314/31.12.2018 απόφασης της ΡΑΕ περί χορήγησης στην ΕΔΑ ..., που συστάθηκε βάσει των διατάξεων του ν. 4336/2015, άδεια διανομής και ο προσφεύγων δεν έχει προβεί στην έκδοση άδειας προμήθειας, δεν διαθέτει εν ισχύ άδεια προμήθειας. Και τούτο διότι σύμφωνα με τον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας οι προθεσμίες που τάσσονται στη Διοίκηση είναι ενδεικτικές εκτός αν άλλως ορίζεται, ουδόλως δε προκύπτει από τις διατάξεις του ν. 4336/2015 ότι η εξάμηνη προθεσμία έκδοσης άδειας προμήθειας μετά την έκδοση άδειας διανομής είναι ενδεικτική. Τουναντίον, όπως προκύπτει και από την τροποποίηση του νόμου αυτού δια του άρθρου 33 του νεότερου 4414/2016, οι παλαιές άδειες διανομής συνεχίζουν να ισχύουν αναφορικά με τη δραστηριότητα της προμήθειας φυσικού αερίου μέχρι την έκδοση των νέων αδειών προμήθειας στις νέες ΕΠΑ. Όπως δε επισημαίνεται στην αιτιολογική έκθεση του νόμου 4414/2016, η εν λόγω τροποποίηση εισήχθη προκειμένου να αποτραπεί τυχόν κίνδυνος να απωλέσουν οι νέες ΕΠΑ τη δυνατότητα να προμηθεύουν φυσικό αέριο στους πελάτες τους.

49. Επειδή, θα πρέπει να επισημανθεί ότι ο προσφεύγων υπέβαλε την 29.01.2020 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την υπ' αριθμόν 1272/17.12.2019 απόφαση της ΡΑΕ περί χορήγησης σε αυτόν άδειας

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

προμήθειας φυσικού αερίου. Ωστόσο, η εν λόγω άδεια προσκομίζεται απαραδέκτως, καθώς έχει εκδοθεί μετά την 25.11.2019, ήτοι την ημερομηνία υποβολής προσφορών και σε κάθε περίπτωση καλύπτει το χρονικό διάστημα μετά την έκδοσή της. Πέραν τούτου, ο προσφεύγων αλυσιτελώς επικαλείται την αποδοχή της συμμετοχής του σε έτερους διαγωνισμούς με παρόμοιο αντικείμενο, βάσει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.).

50. Επειδή, εκ των προαναφερθέντων συνάγεται ότι ο προσφεύγων υπέβαλε με την προσφορά του άδεια προμήθειας εν ισχύ και άρα κατά παράβαση του όρου 12.Α.2.3 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε με την προσβαλλόμενη τον αποκλεισμό του, ο δε μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

51. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

52. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή .

53. Επειδή ύστερα από την σκέψη 52, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων ποσού 5.049,75 ευρώ (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμόν 386/18.12.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού ευρώ πέντε χιλιάδων σαράντα εννέα ευρώ και εβδομήντα πέντε λεπτών (5.049,75€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε την 12η Φεβρουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 166 / 2020

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

**ΓΕΡΑΣΙΜΟΥΛΑ-ΜΑΡΙΑ
ΔΡΑΚΟΝΤΑΕΙΔΗ**

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΒΙΚΤΩΡΙΑ ΠΙΣΜΙΡΗ