

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20 Απριλίου 2021, με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 525/11-03-2021 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη ..., επί της οδού ... αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής προσφεύγουσα) και

Κατά του ..., που εδρεύει στου ..., επί της οδού ... αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται η ακύρωση των όρων της με αριθ. ... διακήρυξης (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη») ανοικτής ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας άνω των ορίων που ο Δήμος διενεργεί μέσω ΕΣΗΔΗΣ (με α/α Συστήματος:105494) με σκοπό τη σύναψη σύμβασης προμήθειας φυσικού αερίου για τη χρονική περίοδο 2021-2022 προς κάλυψη των ενεργειακών αναγκών τόσο του ίδιου του Δήμου όσο και των νομικών του προσώπων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, (275.706,00 ευρώ, περιλαμβανομένου ΦΠΑ 6%- προϋπολογισμός, αξία μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ: 260.100,00 ευρώ), του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ 26-02-2021 με ΑΔΑΜ ... 2021-02-26) και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής (ΟΤΑ Α' βαθμού), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς καταλαμβάνεται και από τις διατάξεις του ν. 4412/2016, με τον οποίο η ως άνω οδηγία

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο και συγκεκριμένα από τις διατάξεις του Βιβλίου Ι του νόμου αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 1.300,50 €, το οποίο, συνοδεύεται από αποδεικτικό της ΓΓΠΣ με την ένδειξη δεσμευμένο και με το με αρ. ... παραστατικό πληρωμής της ....

3. Επειδή, κατά τα λοιπά, η προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί παραδεκτως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι έχει γίνει χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου, και εμπροθέσμως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, αφού συνομολογεί στην προσφυγή ότι έλαβε πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης την 5η Μαρτίου του 2021 και η πρώτη προσφυγή κατατέθηκε ηλεκτρονικά και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ την 11<sup>η</sup> Μαρτίου του ίδιου έτους.

4. Επειδή, ο ..., με την προσβαλλόμενη διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με σκοπό τη σύναψη σύμβασης προμήθειας φυσικού αερίου για την κάλυψη των αναγκών των σχολικών μονάδων ΝΠΔΔ Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης αυτού καθώς και των κτιρίων του Δήμου (Α' ΚΑΠΗ και παιδικός σταθμός επί των οδών ... και ...). Η εκτιμώμενη αξίας της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 275.706,00 ευρώ, περιλαμβανομένου ΦΠΑ 6% (προϋπολογισμός, μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ: 260.100,00 ευρώ). Η προμήθεια χωρίζεται στις ακόλουθες ομάδες: ΟΜΑΔΑ Α - ΝΠΔΔ Σχολική Επιτροπή πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης, ΟΜΑΔΑ Β - ΝΠΔΔ Σχολική Επιτροπή δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης και ΟΜΑΔΑ Γ- .... Προσφορές δύνανται να υποβάλλονται είτε για

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

κάθε ομάδα χωριστά είτε για όλες τις ομάδες και για τη συνολική ποσότητα κάθε ομάδας

5. Επειδή, η προσφεύγουσα λόγω του αντικειμένου της δραστηριότητάς της, της απασχόλησής της, δηλαδή, αποκλειστικώς με την προμήθεια ηλεκτρικού ρεύματος και φυσικού αερίου, κατά τα οριζόμενα στο ν. 4001/2011, και της πρόθεσής της να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά όρων της επίμαχης διακήρυξης, με την υπό εξέταση προσφυγή της. Και τούτο, διότι, μολονότι έχει πρόθεση να συμμετέχει στον διαγωνισμό, πληροί δε τα κριτήρια για την συμμετοχή της σε αυτόν, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς της, ένεκα των προσβαλλόμενων όρων αποκλείεται ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιαστικώς η συμμετοχή της σε αυτόν.

6. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής επάγεται τα κάτωθι. *«Κατά τα οριζόμενα στον όρο 2.2.7 της Διακήρυξης «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης», οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα πρότυπα: «...β) Σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2015 ή άλλο ισοδύναμο, γ) Σύστημα διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία σε συμμόρφωση με το πρότυπο OHSAS 18001:2007 ή άλλο ισοδύναμο.»*. Ωστόσο, τα υπό στοιχεία β) και γ) πιστοποιητικά όλως εσφαλμένως ζητούνται από την Αναθέτουσα Αρχή κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων του ν. 4412/2016, ως ισχύει. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 82 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς την προσκόμιση πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας ή πιστοποιητικών περιβαλλοντικής διαχείρισης, ενώ περαιτέρω κατά το άρθρο 80 παρ. 1 εδ. β του ανωτέρω νόμου, οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να απαιτούν αποδεικτικά μέσα πλην εκείνων που αναφέρονται στο εν λόγω άρθρο 80 (περιλαμβανομένου του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'), καθώς και στο άρθρο 82. Κατά συνέπεια, βάσει των ως άνω διατάξεων, θεσπίζεται ένα κλειστό σύστημα αποδεικτικών μέσων, τα οποία απαριθμούνται με τρόπο εξαντλητικό και βάσει αυτών και μόνον αξιολογείται ο φάκελος συμμετοχής εκάστου υποψηφίου. Εν προκειμένω, η υποχρέωση προσκόμισης από τον υποψήφιο πιστοποιητικού

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

υγιεινής και ασφάλειας προσωπικού OHSAS 18001:2007 ή άλλου ισοδυνάμου αντίκειται στις ως άνω διατάξεις, δεδομένου ότι το εν λόγω πιστοποιητικό ουδόλως προβλέπεται από το ως άνω αναφερόμενο νομοθετικό πλαίσιο. Αλλά ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι το ανωτέρω πιστοποιητικό θα μπορούσε να ζητηθεί σύμφωνα με το νόμο, σε κάθε περίπτωση, η συγκεκριμένη απαίτηση της επίμαχης διακήρυξης δεν συνάδει, άλλως ουδόλως σχετίζεται με την προκηρυχθείσα προμήθεια, θέτοντας κατ' αυτόν τον τρόπο αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή του οικείου οικονομικού φορέα, ο οποίος ενδέχεται να μην διαθέτει το σχετικό πιστοποιητικό, και εν τέλει οδηγείται στον αποκλεισμό του από τη διαγωνιστική διαδικασία, λαμβανομένου υπόψη ιδίως του γεγονότος ότι πρόκειται για πρότυπο που αφορά στην υγεία και ασφάλεια κατά την εργασία και όχι στην ασφάλεια του προϊόντος ή των διεργασιών. Με άλλα λόγια, το επίμαχο πιστοποιητικό δεν σχετίζεται με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας προμήθειας και κατά συνέπεια, η απαίτηση αυτού από την Αναθέτουσα Αρχή συντελεί στην άνιση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων στην περίπτωση που κάποιος εξ αυτών το διαθέτει για άλλους λόγους σχετιζομένους ίσως με την επιχείρησή του αλλά άσχετους με την επίμαχη προμήθεια του φυσικού αερίου. Εκ των ανωτέρω, καθίσταται πασιφανές ότι ουδεμία σχέση θα μπορούσε να έχει η απαίτηση προσκόμισης του πιστοποιητικού OHSAS 18001:2007 με το αντικείμενο του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Συνεπώς, όλως εσφαλμένως και αδικαιολογήτως ζητείται η υποβολή του και εξ αυτού του λόγου δέον όπως απαλειφθεί. Περαιτέρω, όλως εσφαλμένως ζητείται η υποβολή του πιστοποιητικού περιβαλλοντικής διαχείρισης EN ISO 14001:2015 ή άλλου ισοδυνάμου, υπό την έννοια ότι το εν λόγω πιστοποιητικό προδιαγράφει τις γενικές απαιτήσεις για τη δημιουργία συστήματος για την Περιβαλλοντική Διαχείριση σε μια επιχείρηση και εστιάζει στην αναγνώριση των περιβαλλοντικών επιπτώσεων των δραστηριοτήτων της με σκοπό την επιτυχή διαχείρισή τους και τελικά τη βελτίωση της επίδοσής της στον τομέα αυτό. Η αναγκαιότητα υποβολής του ανωτέρω πιστοποιητικού, ομοίως με το πιστοποιητικό υγιεινής και ασφάλειας ως άνω, ουδόλως σχετίζεται με την προκηρυχθείσα προμήθεια φυσικού αερίου. Ως εκ τούτου, όλως αδικαιολογήτως τίθενται εμπόδια στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, ο οποίος, εφόσον δεν το διαθέτει, μετά βεβαιότητα θα αποκλειστεί από τον

διαγωνισμό, σε αντίθεση με κάποιον άλλον, ο οποίος τυγχάνει να το διαθέτει για εξυπηρέτηση σκοπών άλλων, διάφορων προς την προμήθεια φυσικού αερίου και ο οποίος, εν τέλει, επωφελείται και κατ' αυτόν τον τρόπο του δίδεται η δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό. Τέλος, προς επίρρωση του ισχυρισμού μας περί εσφαλμένης απαίτησης υποβολής των ως άνω β) και γ) πιστοποιητικών και ιδίως, της αλυσιτέλειας της προσκόμισής τους, παραπέμπουμε σε πρόσφατους διαγωνισμούς προμήθειας φυσικού αερίου, στους οποίους ουδέποτε ζητήθηκε από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν παρόμοια πιστοποιητικά (ενδεικτικώς βλ. Διακήρυξη Νο ... του ... για Προμήθεια φυσικού αερίου του ... με ΑΔΑ: ..., Διακήρυξη Νο ... του ..., η οποία μάλιστα τροποποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους μας ενώπιον της ΑΕΠΠ). Περαιτέρω, επικαλούμαστε την υπ' αριθμ. 465/2019 απόφαση ΑΕΠΠ με την οποία σε αντίστοιχο διαγωνισμό προμήθειας Φυσικού Αερίου ακυρώθηκε όρος της Διακήρυξης που επέβαλλε την προσκόμιση από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς των αυτών πιστοποιητικών, ως με την Προσβαλλόμενη. Κρίθηκε συγκεκριμένα ότι τα επίμαχα πιστοποιητικά, ως εν προκειμένω, ζητούνται από την αναθέτουσα χωρίς αποχρώντα λόγο, χωρίς να συνδέονται καθ' οιονδήποτε τρόπο με την δημοπρατούμενη προμήθεια και ως εκ τούτου, περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό (βλ. ιδίως σκ. 7-13 της ΑΕΠΠ 465/2019). Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι τα υπό στοιχεία β) και γ) πιστοποιητικά της προσβαλλόμενης μη νόμιμα και όλως αδικαιολόγητα ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και κατ' άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και εξ αυτών των λόγων δέον όπως η Προσβαλλόμενη ακυρωθεί κατά τα ως άνω αναφερόμενα.

7. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Κατά τα οριζόμενα στον όρο 2.4.4 της Διακήρυξης «Περιεχόμενα Φακέλου Οικονομική Προσφορά/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», «...Μειοδότης θα αναδειχθεί ο οικονομικός φορέας που θα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή στο άθροισμα (Α) των δεικτών Χρέωσης Μεταφοράς (ΧΜ) και Περιθωρίου Κέρδους (ΠΚ) εκφραζόμενο σε €/kwh, το οποίο αναλύεται στον παρακάτω τύπο:  $(A\Theta)=(X\text{M})+(ΠΚ)$ , όπου: Η Χρέωση Μεταφοράς (ΧΜ) εκφράζεται σε €/kwh και είναι

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

σταθερή για όλη την διάρκεια της σύμβασης και την τυχόν παράτασης αυτής. Θα υπολογιστεί από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα σύμφωνα με το ενδεικτικό (μη δεσμευτικό) προφίλ κατανάλωσης της Αναθέτουσας Αρχής όπως αυτά αναφέρονται στην σχετική μελέτη της ανάθεσης και επισυνάπτονται στο Παράρτημα Ι της παρούσης. Το Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) εκφράζεται σε €/kwh και είναι σταθερό για όλη την διάρκεια της σύμβασης. Περιλαμβάνει το λειτουργικό, το διαχειριστικό και χρηματοοικονομικό κόστος άσκησης της δραστηριότητας εμπορίας, όπως επίσης και το καθαρό εμπορικό περιθώριο του αναδόχου και αποτελεί μια παράμετρο της Χρέωσης Προμήθειας (ΧΠ). Το συμβατικό τίμημα, ήτοι η μηνιαία τιμολόγηση, θα προκύπτει από την εφαρμογή του τύπου όπως αναφέρεται παρακάτω: Συμβατικό Τίμημα : Χρέωση της Προμήθειας (ΧΠ)\*Ποσότητα Κατανάλωσης (Q)+Χρέωση Μεταφοράς \*Ποσότητα Κατανάλωσης (Q)+Χρέωση Διανομής (ΧΔ) Όπου: Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ)=ΟΜΤΕ +ΜΧΕ +Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ). Η Χρέωση Προμήθειας εκφράζεται σε €/kwh, είναι πληρωτέα για κάθε kwh φυσικού αερίου που παραδίδεται και υπολογίζεται για κάθε Μήνα του Τριμήνου (πρώτο, δεύτερο, τρίτο, τέταρτο) του Συμβατικού Έτους. Το ΟΜΤΕ είναι η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας του συμβατικού έτους (σε USD/KWh) για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ... όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ... .... Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο 006 για ποσότητες ΦΑ για το 1ο τρίμηνο του 2020. Η ΜΧΕ είναι η Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας (σε USD/KWh) για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ... .... Από τα ως άνω οριζόμενα στη Διακήρυξη προκύπτει ότι, για την ανάδειξη του μειοδότη, η αναθέτουσα κάνει χρήση συγκεκριμένου μαθηματικού τύπου, ένας εκ των παραγόντων του οποίου είναι το Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ), το οποίο αποτελεί παράμετρο της Χρέωσης Προμήθειας (ΧΠ). Η ΧΠ, ως δίδεται από την Διακήρυξη, προκύπτει από το άθροισμα των ακόλουθων παραγόντων: α) της ΟΜΤΕ (Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο. 006), β) της ΜΧΕ (Μοναδιαίας Χρέωσης Ευελιξίας) και γ) του Περιθωρίου Κέρδους (ΠΚ). Ειδικά

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

δε ως προς την ΟΜΤΕ και την ΜΧΕ, ορίζεται στη Διακήρυξη ότι για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού, η ΟΜΤΕ είναι η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο 006 για ποσότητες φυσικού αερίου για το 1ο τρίμηνο του 2020, ομοίως δε και για την ΜΧΕ. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 723/20 ομόφωνη απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ) (βλ. συνημμένο από 21.12.2020 Δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού και υπ' αριθμ. 723/2020 απόφαση Επιτροπής Ανταγωνισμού - ΦΕΚ Β' 731/2021), η ... απαλλάσσεται από την υποχρέωσή της περί εφαρμογής προγράμματος διάθεσης ποσοτήτων φυσικού αερίου μέσω ηλεκτρονικών δημοπρασιών, κατά τα οριζόμενα και στην υπ' αριθ. 631/2016 απόφαση της ΕΑ. Τούτο σημαίνει ότι η ... δεν διενεργεί πλέον ηλεκτρονικές δημοπρασίες ούτε ανακοινώνει σχετικές τιμές εκκίνησης. Αντιθέτως, θα διαθέτει Φυσικό Αέριο με ανταγωνιστικούς όρους προμήθειας στους ενδιαφερόμενους αγοραστές μέσω διμερών συμβάσεων πώλησης μετά από εμπορικές διαπραγματεύσεις. Στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι η ..., προς τον σκοπό της παύσης πιθανολογούμενων παραβάσεων στην αγορά προμήθειας φυσικού αερίου και στην δευτερογενή αγορά πρόσβασης στο δίκτυο φυσικού αερίου, ανέλαβε, μεταξύ άλλων, τη διεξαγωγή προγράμματος διάθεσης ποσοτήτων φυσικού αερίου μέσω ηλεκτρονικών δημοπρασιών στις οποίες θα συμμετείχαν τόσο βιομηχανικοί πελάτες όσο και Προμηθευτές Φυσικού Αερίου. Με το νόμο δε 4549/2018 η διεξαγωγή ηλεκτρονικών δημοπρασιών προς τον ως άνω σκοπό κατέστη υποχρεωτική μέχρι τις 31.12.2020. Οι προς δημοπράτηση ποσότητες καθορίζονταν με απόφαση της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (ΡΑΕ), ύστερα από συνεργασία με την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Το γεγονός, ωστόσο, ότι πλέον δεν υφίσταται νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο για τη διεξαγωγή δημοπρασιών για την διάθεση ποσοτήτων Φυσικού Αερίου ανατρέπει ριζικά τους κανόνες της αγοράς ενέργειας και ιδίως, ως προς τη Χρέωση Προμήθειας, η οποία, ως περιλαμβάνουσα το Περιθώριο Κέρδους, δεν θα αποτελεί πλέον συνάρτηση της ΟΜΤΕ και της ΜΧΕ (αφού δεν υφίστανται ηλεκτρονικές δημοπρασίες) αλλά θα αποτελεί αποτέλεσμα διμερών διαπραγματεύσεων με τη ... ή με άλλους εισαγωγείς φυσικού αερίου. Τα ανωτέρω ουδόλως λαμβάνονται υπόψη από την αναθέτουσα, η οποία εφαρμόζει πρακτική που υιοθετούσαν οι

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

αναθέτουσες κατά το χρόνο εφαρμογής του συστήματος ηλεκτρονικών δημοπρασιών και η οποία εκ του νόμου έχει πάψει να ισχύει. Επομένως, δεδομένου ότι μεταβάλλονται πλέον οι συνθήκες βάσει των οποίων καθορίζεται, μεταξύ άλλων, η Χρέωση Προμήθειας, η οποία αποτελεί αναγκαίο συστατικό στοιχείο της υποβαλλόμενης οικονομικής προσφοράς των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, καθίσταται δυσχερής, όπως γίνεται αντιληπτό, αν όχι αδύνατη η σύνταξη οικονομικής προσφοράς εκ μέρους των υποψηφίων. Επιπλέον, και η εκτέλεση της σύμβασης καθίσταται αδύνατη δεδομένου ότι κατά τον χρόνο εκτέλεσής της (ήτοι κατά τον χρόνο της μηνιαίας τιμολόγησης) δεν θα υφίστανται οι προσδιοριστικοί της Χρέωσης Προμήθειας παράγοντες, ΟΜΤΕ και ΜΧΕ, ώστε να καταστεί δυνατή η εκάστοτε μηνιαία τιμολόγηση. Σε κάθε περίπτωση, η εφαρμογή μη ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου από την αναθέτουσα αναφορικά με τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων θέτει ζήτημα νομιμότητας της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε υπό την έποψη της βασικής αρχής του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων περί χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης. Και τούτο διότι, υιοθετώντας η Προσβαλλόμενη παράγοντες (και συγκεκριμένα την ΟΜΤΕ και την ΜΧΕ) προσδιορισμού της Χρέωσης Προμήθειας (συντελεστή επί του οποίου θα στηρίξει ο οικονομικός φορέας την οικονομική προσφορά του), οι οποίοι παράγοντες δεν υφίστανται ούτε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης ούτε κατά τον χρόνο αξιολόγησης των προσφορών θέτει εν αμφιβόλω την ορθολογική χρήση των οικονομικών πόρων της αναθέτουσας που διατίθενται για την κάλυψη των συγκεκριμένων αναγκών της. Υπό άλλη σκοπιά, παραβιάζεται κατ' αυτό τον τρόπο η αρχή της οικονομικότητας, ως πτυχή της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, η οποία επιτάσσει οι πόροι που χρησιμοποιούνται για την κάλυψη των δημοσίων αναγκών να είναι αμιγώς ή δυνατώς αναγκαίοι, υπό το φως της αρχής της αποδοτικότητας που απαιτεί την επίτευξη της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής όσον αφορά στο υπό προμήθεια υλικό. Πέραν των ανωτέρω, ακόμα κι αν ήθελε κριθεί ότι ορθώς η αναθέτουσα κάνει χρήση των ως άνω παραγόντων (ΟΜΤΕ και ΜΧΕ) από τους οποίους προκύπτει η Χρέωση Προμήθειας, προκειμένου να συγκρίνει τις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, καθορίζοντας τις τιμές αυτών (των ΟΜΤΕ και ΜΧΕ) σύμφωνα



## Αριθμός απόφασης: 834/2021

με την ετήσια δημοπρασία της ... Νο. 006 για ποσότητες Φυσικού Αερίου για το 1ο τρίμηνο του 2020, σε κάθε περίπτωση τίθεται ζήτημα νομιμότητας του όρου της προσβαλλόμενης βάσει του οποίου "Το συμβατικό τίμημα ήτοι η μηνιαία τιμολόγηση θα προκύπτει από την εφαρμογή του τύπου όπως αναφέρεται παρακάτω: Συμβατικό Τίμημα : Χρέωση της Προμήθειας (ΧΠ)\*Ποσότητα Κατανάλωσης) +Χρέωση Μεταφοράς \*Ποσότητα Κατανάλωσης)+Χρέωση Διανομής (ΧΔ)". Και τούτο διότι, η αναθέτουσα θα εφαρμόζει κατά το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης για την μηνιαία τιμολόγηση τον ανωτέρω μαθηματικό τύπο, ο οποίος περιλαμβάνει παράγοντες (ΟΜΤΕ και ΜΧΕ) που δεν θα υφίστανται κατά τον χρόνο εκείνο. Συνεπώς, καθίσταται σαφές ότι η προσβαλλόμενη πάσχει και κατά τούτο, θέτοντας εν αμφιβόλω, μεταξύ άλλων, και την εκτέλεση της οικείας σύμβασης/συμβάσεων. Συνεπώς, κατά παράβαση της αρχής της νομιμότητας και της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης εκδόθηκε η προσβαλλόμενη και κατά τούτο, δέον όπως ακυρωθεί».

8. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής υποστηρίζεται ότι «Στον όρο 2.4.4 της Διακήρυξης παρατίθεται συγκεκριμένος μαθηματικός τύπος, βάσει του οποίου θα αναδειχθεί ο ανάδοχος και δη,  $(ΑΘ) = (ΧΜ) + (ΠΚ)$ , όπου:  $(ΑΘ)$ : Άθροισμα  $(ΧΜ)$ : Η Χρέωση Μεταφοράς εκφρασμένη σε €/kWh και είναι σταθερή για όλη τη διάρκεια της σύμβασης  $(ΠΚ)$ : Το Περιθώριο Κέρδους εκφρασμένο σε €/kWh και είναι σταθερό για όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Περιλαμβάνει το λειτουργικό, το διαχειριστικό και χρηματοοικονομικό κόστος άσκησης της δραστηριότητας εμπορίας, όπως επίσης και το καθαρό εμπορικό περιθώριο του Αναδόχου και αποτελεί μία παράμετρο της Χρέωσης Προμήθειας  $(ΧΠ)$ . Περαιτέρω, βάσει του κατωτέρω μαθηματικού τύπου θα προκύπτει το συμβατικό τίμημα, ήτοι η μηνιαία τιμολόγηση, και δη, Συμβατικό τίμημα = Χρέωση Προμήθειας  $(ΧΠ) * Ποσότητα κατανάλωσης) + Χρέωση Μεταφοράς  $(ΧΜ)*Ποσότητα κατανάλωσης) + Χρέωση Διανομής  $(Δ)$ , όπου:  $(ΧΠ)$ : Η Χρέωση Προμήθειας προκύπτει από την εφαρμογή του τύπου: Χρέωση Προμήθειας  $(ΧΠ) = (ΟΜΤΕ) + (ΜΧΕ) + Περιθώριο Κέρδους  $(ΠΚ) ... (ΧΜ)$ : Η Χρέωση Μεταφοράς περιγράφεται ανωτέρω. Όπως προκύπτει από τον ως άνω όρο της Διακήρυξης, η Χρέωση Μεταφοράς που αποτελεί έναν εκ των παραγόντων του μαθηματικού τύπου βάσει του οποίου θα προκύψει το$$$

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

συμβατικό τίμημα και εν τέλει, θα κηρυχθεί ο ανάδοχος, θα έχει σταθερή τιμή τόσο για τη συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό με σκοπό την ανάδειξη του αναδόχου όσο και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Η ως άνω επιλογή της αναθέτουσας ως προς τη Χρέωση Μεταφοράς με την έννοια ότι ζητείται σταθερή καθ' όλο το διάστημα διεξαγωγής του διαγωνισμού αλλά και κατά την εκτέλεση της σύμβασης, είναι εσφαλμένη, καθόσον η Χρέωση Μεταφοράς εκ του νόμου, εξαρτάται από την χρήση του Συστήματος Μεταφοράς Φυσικού Αερίου (βλ. άρθρο 88 παρ. 1 του ν.4001/2011, ως ισχύει και Κανονισμό Τιμολόγησης Βασικών Δραστηριοτήτων ΕΣΦΑ - ΦΕΚ Β' 3014/2018). Με άλλα λόγια, η Χρέωση Μεταφοράς είναι αναλογική της χρήσης του Συστήματος Μεταφοράς Φυσικού Αερίου σύμφωνα με τις ανά περίοδο ενεργές συμβάσεις δέσμευσης δυναμικότητας που έχει συνάψει ο εκάστοτε προμηθευτής/Χρήστης με τον Διαχειριστή Ε.Σ.Φ.Α.. Κατά συνέπεια, αφενός δεν δύναται να προσδοθεί στη Χρέωση Μεταφοράς σταθερή τιμή και αφετέρου, ένας τέτοιος προσδιορισμός, εν πάση περιπτώσει, δεν μπορεί να λάβει χώρα από τον ενδιαφερόμενο καταναλωτή - την αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω - καθόσον, ο Κανονισμός Τιμολόγησης Βασικών Δραστηριοτήτων ΕΣΦΑ ως προς την Χρέωση Μεταφοράς εφαρμόζεται στις χρεώσεις του Διαχειριστή προς τους Χρήστες του Συστήματος (προμηθευτές Φυσικού Αερίου), χωρίς να έχει ευθεία εφαρμογή στις χρεώσεις των Προμηθευτών προς τους Τελικούς Πελάτες (καταναλωτές). Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι, η Χρέωση Μεταφοράς είναι ένας παράγοντας που διαμορφώνεται στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας από τον ίδιο τον Χρήστη του Συστήματος Μεταφοράς, δηλαδή τις εταιρείες προμήθειας Φυσικού Αερίου, βάσει του Κανονισμού Τιμολόγησης Βασικών Δραστηριοτήτων ΕΣΦΑ. Η χρήση δε του Συστήματος Μεταφοράς σχετίζεται άμεσα και με τα ενεργειακά χαρακτηριστικά των καταναλωτών του εκάστοτε Προμηθευτή/χρήστη, υπό την έννοια ότι ο προμηθευτής θα διαμορφώσει, εν τοις πράγμασι, τη Χρέωση Μεταφοράς αναλόγως της χρήσης του Συστήματος που κάνει, ήτοι βάσει των χαρακτηριστικών της κατανάλωσης Φυσικού Αερίου των Πελατών του (καταναλωτών). Ως εκ τούτου, για λόγους πλήρους διαφάνειας και διασφάλισης του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό προμήθειας Φυσικού Αερίου, κρίνεται επιβεβλημένη η παροχή στοιχείων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής

αναφορικά με την κατανάλωση Φυσικού Αερίου παρελθούσης περιόδου προς τους συμμετέχοντες, ώστε να δύνανται οι τελευταίοι, βάσει των χαρακτηριστικών της κατανάλωσης της αναθέτουσας να προβούν σε εκτίμηση της Χρήσης του Συστήματος Μεταφοράς και κατ' επέκταση σε προσδιορισμό της Χρέωσης Μεταφοράς. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή θέτοντας σταθερή τιμή στη Χρέωση Μεταφοράς παραγνωρίζει το γεγονός του μεταβλητού χαρακτήρα του εν λόγω συντελεστή. Το γεγονός δε ότι, ζητείται από την αναθέτουσα σταθερή Τιμή Αναφοράς για τη χρέωση Μεταφοράς συνεπάγεται ότι ο υφιστάμενος προμηθευτής Φυσικού Αερίου της αναθέτουσας τίθεται σε πλεονεκτική θέση σε σχέση με τους λοιπούς συμμετέχοντες στον παρόντα διαγωνισμό, υπό την έννοια ότι, ο τελευταίος έχοντας ήδη γνώση των καταναλώσεων των παρελθόντων ετών της αναθέτουσας (αφού ήδη την προμηθεύει με Φυσικό Αέριο), δύναται να προσφέρει πολύ μικρό περιθώριο κέρδους (*premium*) και συνεπώς, να αναδειχθεί ανάδοχος. Στην πραγματικότητα, επομένως, το αιτούμενο περί σταθερής τιμής της Χρέωσης Μεταφοράς, η οποία μάλιστα ουδόλως προκύπτει με ποιον τρόπο υπολογίζεται, σε συνδυασμό με την παντελή έλλειψη στοιχείων κατανάλωσης παρελθούσης περιόδου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής συντελεί στην άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, στη στρέβλωση του υγιούς ανταγωνισμού και στη δημιουργία συνθηκών αδιαφάνειας κατά το στάδιο σύνταξης και υποβολής των σχετικών οικονομικών προσφορών. Προς επίρρωση του ανωτέρω ισχυρισμού μας, παραπέμπουμε σε παρόμοιους δημόσιους διαγωνισμούς προμήθειας Φυσικού Αερίου, στους οποίους οι Αναθέτουσες Αρχές, δημοσίευσαν τα δεδομένα κατανάλωσης προηγούμενων ετών, με σκοπό να παρέχουν στο σύνολο των οικονομικών φορέων που επιθυμούσαν να συμμετάσχουν στις αντίστοιχες διαγωνιστικές διαδικασίες το σύνολο των απαραίτητων στοιχείων για τον υπολογισμό με ακρίβεια όλων των συντελεστών που αφορούν στον υπολογισμό του συμβατικού τιμήματος, διασφαλίζοντας με αυτόν τον τρόπο την αποφυγή επιπλέον χρεώσεων κατά το ενδοσυμβατικό στάδιο και βεβαίως, τη σταθερότητα των προσφερομένων τιμών. Συγκεκριμένα, αναφέρουμε τους δημόσιους διαγωνισμούς για την προμήθεια Φυσικού Αερίου της ΕΑΒ (βλ. α/α Συστήματος: ...), του ... (βλ. α/α Συστήματος: ...), του ... (βλ. α/α Συστήματος: ...) και του Δήμου ... (βλ. α/α

Συστήματος: ...), απ' όπου προκύπτει ότι αφενός, η Χρέωση Μεταφοράς είναι παράγοντας που διαμορφώνεται από τον προσφέροντα προμηθευτή και όχι από την αναθέτουσα αρχή και δίδεται στο πλαίσιο υποβολής της οικονομικής προσφοράς του στον οικείο διαγωνισμό και αφετέρου, ότι παρέχονται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή τα στοιχεία κατανάλωσης παρελθούσης περιόδου (προφίλ κατανάλωσης αναθέτουσας) ώστε να δύνανται οι συμμετέχοντες να διαμορφώσουν την οικονομική προσφορά τους. Ως εκ τούτου, τυχόν ισχυρισμοί ότι η συγκεκριμένη πρακτική έχει ήδη ακολουθηθεί από την αναθέτουσα αρχή και στο παρελθόν ή ότι τα χαρακτηριστικά κατανάλωσης (παροχή στοιχείων κατανάλωσης παρελθόντων ετών) δεν ασκούν επιρροή στη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζομένου είναι όλως εσφαλμένοι. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι η προσβαλλόμενη πάσχει και δέον όπως ακυρωθεί και κατά τούτο».

9. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Σύμφωνα με τον όρο 6.2 «Παραλαβή υλικών - Χρόνος και τρόπος παραλαβής υλικών», «...Κατά την διαδικασία παραλαβής του φυσικού αερίου διενεργείται ποσοτικός και ποιοτικός έλεγχος και εφόσον το επιθυμεί μπορεί να παραστεί και ο ανάδοχος.... Η επιτροπή παραλαβής μετά τους προβλεπόμενους ελέγχους συντάσσει πρωτόκολλα (μακροσκοπικό - οριστικό - παραλαβής του υλικού με παρατηρήσεις - απόρριψης των υλικών)...Υλικά που απορρίφθηκαν ... παραπέμπονται για επανεξέταση...εάν ο τελευταίος (ανάδοχος) διαφωνεί με τα αποτελέσματα των εργαστηριακών εξετάσεων που διενεργήθηκαν από τις πρωτοβάθμιες ή δευτεροβάθμιες επιτροπές παραλαβής μπορεί να ζητήσει εγγράφως εξέταση κατ' έφεση...». Περαιτέρω δε κατά τα οριζόμενα στον όρο 6.4 «σε περίπτωση οριστικής απόρριψης ολόκληρης ή μέρους της συμβατικής ποσότητας των υλικών...μπορεί να εγκρίνεται αντικατάστασή της με άλλη που να είναι σύμφωνη με τους όρους της σύμβασης...Αν ο ανάδοχος δεν αντικαταστήσει τα υλικά που απορρίφθηκαν ...κηρύσσεται έκπτωτος και υπόκειται στις προβλεπόμενες κυρώσεις...». Ο ως άνω όρος περί διενέργειας ποιοτικού και ποσοτικού ελέγχου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στο Φυσικό Αέριο αντίκειται στις ισχύουσες διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ (ΦΕΚ Β' 788/2018, ως τροποποιήθηκε με το ΦΕΚ Β' 2840/20) και ειδικότερα, στο Παράρτημα Ι αυτού, όπου ρητώς ορίζονται οι ποιοτικές

προδιαγραφές του Φυσικού Αερίου που μεταφέρεται μέσω του Συστήματος Μεταφοράς Φυσικού Αερίου και παραλαμβάνεται από τον Διαχειριστή του Δικτύου Διανομής. Η ποιότητα του Φυσικού Αερίου αποτελεί αντικείμενο ελέγχου βάσει του ανωτέρω Κώδικα μόνον του Διαχειριστή ΕΣΦΑ, ο οποίος εκ του νόμου υποχρεούται να προβαίνει σε κάθε αναγκαία ενέργεια ώστε να διαπιστώσει εάν πληρούνται οι Συνθήκες Παράδοσης του Φυσικού Αερίου. Επιπλέον, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 11 του Κώδικα Διαχείρισης Δικτύου Διανομής Φυσικού Αερίου (Β' 1507/2018) «1. Το Φυσικό Αέριο που παραδίδεται σε Σημείο Εισόδου, μεταφέρεται μέσω του Δικτύου Διανομής και παραλαμβάνεται από Σημείο Παράδοσης, πληροί τις Προδιαγραφές Ποιότητας Φυσικού Αερίου όπως αυτές καθορίζονται στο Παράρτημα Ι του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, όπως αυτός εκάστοτε ισχύει. 2. Ο Διαχειριστής είναι υπεύθυνος για την ασφαλή λειτουργία του Δικτύου Διανομής Φυσικού Αερίου και έχει την ευθύνη για τη συστηματική παρακολούθηση και τον έλεγχο ότι το επίπεδο της οσμής είναι εντός των ορίων που περιγράφονται στο Εγχειρίδιο...», ενώ περαιτέρω, κατά τον ανωτέρω Κώδικα, αποκλειστικώς αρμόδιος για την καταγραφή των ενδείξεων μετρητών Φυσικού Αερίου (ποσοτικός έλεγχος) είναι ο εκάστοτε Διαχειριστής του Δικτύου Διανομής Φυσικού Αερίου. Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ρητώς ότι ο εκάστοτε Προμηθευτής Φυσικού Αερίου (εν προκειμένω, η Προσφεύγουσα) εκ του νόμου στερείται οιασδήποτε αρμοδιότητας περί ποιοτικού ελέγχου του Φυσικού Αερίου. Και τούτο, βεβαίως, είναι εύλογο, υπό την έννοια ότι, ο νομοθέτης έχει επιφορτίσει με την εν λόγω αρμοδιότητα αποκλειστικά τον Διαχειριστή του ΕΣΦΑ,, κατά τα ως άνω αναφερόμενα. Ομοίως, στερείται οιασδήποτε αρμοδιότητας περί ποσοτικού ελέγχου η αναθέτουσα αρχή μέσω των επιτροπών της, καθόσον η συγκεκριμένη αρμοδιότητα ανήκει αποκλειστικά στον Διαχειριστή του Δικτύου Διανομής Φυσικού Αερίου. Ως εκ τούτου, καθίσταται σαφές ότι, αντίκειται στο ως άνω νομοθετικό πλαίσιο, η διενέργεια ποιοτικού ελέγχου επί του Φυσικού Αερίου εκ μέρους της Επιτροπής Παραλαβής της αναθέτουσας. Ομοίως, αντίθετος στο ως άνω πλαίσιο είναι και όρος περί διενέργειας ποσοτικού ελέγχου από τις υπηρεσίες της αναθέτουσας. Προς επίρρωση του ανωτέρω ισχυρισμού μας παραπέμπουμε στην υπ' αριθμ. 465/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία

κρίθηκε ακριβώς το ίδιο ως άνω σφάλμα παρόμοιας Διακήρυξης περί προμήθειας Φυσικού Αερίου του Δήμου .... Συνεπώς, δοθέντος ότι, η Επιτροπή Παραλαβής της Αναθέτουσας Αρχής ουδεμία αρμοδιότητα έχει ως προς τον ποιοτικό και ποσοτικό έλεγχο του Φυσικού Αερίου, δέον όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και κατά τούτο Τέλος, ως λογική συνέπεια των ανωτέρω, δεν νοείται απόρριψη ή αντικατάσταση του παραληφθέντος Φυσικού Αερίου κατά τα διαλαμβανόμενα στον όρο 6.4 της Διακήρυξης, καθόσον το Φυσικό Αέριο διακινείται μέσω του Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς και αποτελεί για την Ελλάδα απολύτως εισαγόμενο προϊόν. Εισάγεται από τρία Σημεία Διασύνδεσης στη Χώρα και συγκεκριμένα, από τους ..., το ... και την ... - ... (...). Οι χονδρέμποροι - εισαγωγείς του Φυσικού Αερίου (βλ. ... κύριος εισαγωγέας και ... συμπληρωματικά) συνάπτουν συμβάσεις προμήθειας αερίου), ώστε να εξασφαλιστεί ο εφοδιασμός της ελληνικής αγοράς με Φυσικό Αέριο. Σημειώνεται δε ότι, το Φυσικό Αέριο αφ' ής στιγμής εγχέεται στο Εθνικό Σύστημα (ήτοι, κατά την εισαγωγή του στη Χώρα) δεν διακρίνεται σε Φυσικό Αέριο προερχόμενο από τη Ρωσία, την Τουρκία ή άλλη χώρα, αλλά, ενώνεται, δημιουργώντας ένα ενιαίο σύνολο, το οποίο ελέγχεται ως προς τις ποιοτικές προδιαγραφές του από τον Διαχειριστή ... (κατά τα οριζόμενα στον Κώδικα Διαχείρισης ...) και με το οποίο, εν συνεχεία, προμηθεύει ο εκάστοτε Προμηθευτής τους πελάτες του. Επομένως, ουδεμία αρμοδιότητα επιφυλάσσει ο κανονιστικός νομοθέτης σε όργανα της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με τη διενέργεια ελέγχου επί της ποιότητας και ποσότητας Φυσικού Αερίου που εν συνεχεία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απόρριψη αυτού από την αναθέτουσα αρχή ή σε αίτημα προς τον ανάδοχο - προμηθευτή με σκοπό την αντικατάστασή του (του Φυσικού Αερίου). Επομένως, και ως προς τούτο, δέον όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη».

10. Επειδή, επί της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, με τις ως άνω απόψεις της, ότι «Όλα τα απαιτούμενα πιστοποιητικά της παραγράφου 2.2.7 της διακήρυξης συνιστούν προβλεπόμενους από το νόμο κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής και είναι ευρέως διαδεδομένα. Η δε απαίτηση για πιστοποιητικό συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης βασίζεται στην αρχή των δημόσιων προμηθειών για την προστασία του περιβάλλοντος και της αειφόρου ανάπτυξης (άρθρο 18 του ν.4412/2016 και

47<sup>η</sup> αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Επιπροσθέτως, στην εν λόγω παράγραφο αναφέρεται ρητά η δυνατότητα προσκόμισης ισοδύναμων πιστοποιητικών. Συνάγεται λοιπόν ότι η απαίτηση των πιστοποιητικών της παραγράφου 2.2.7 της διακήρυξης όχι μόνο είναι σύννομη, δεδομένης της αποδοχής ισοδύναμων πιστοποιητικών, αλλά έχει κριθεί και θεμιτή από αποφάσεις της Αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 1136/2018, σκέψη 27<sup>η</sup>). Επί του δεύτερου και τρίτου λόγου της προσφυγής: Κατά το χρονικό διάστημα προετοιμασίας και σύνταξης της διακήρυξης, δεν είχε εκδοθεί η πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αριθμό 723/21.12.2020, σύμφωνα με την οποία η ... απαλλάσσεται από την υποχρέωση εφαρμογής προγράμματος διάθεσης ποσοτήτων φυσικού αερίου μέσω ηλεκτρονικών δημοπρασιών. Η εν λόγω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως στις 25/02/2021 (ΦΕΚ Β' 731), δηλαδή μεταγενέστερα από τη σύνταξη της διακήρυξης, η οποία έλαβε αριθμ. πρωτ. 4662/23-02-2021. Εντούτοις, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 6355/10-03-2021 έγγραφό μας, το οποίο κοινοποιήθηκε στις 10/03/2021 σε όλους τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό καθώς και στην αρχική σελίδα (portal) του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δόθηκαν οι απαραίτητες διευκρινίσεις ως προς τον τρόπο υπολογισμού και τη χρέωση (βλ. συνημμένο αρχείο και σχετικό αποδεικτικό κοινοποίησης). Το έγγραφό μας αφ' ενός προηγήθηκε χρονικά της υποβολής της προσφυγής, αφ' ετέρου ικανοποιεί το δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής. Παρατίθεται το ακριβές κείμενο του εγγράφου μας: «Λόγω της πρόσφατης απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αριθμό 723/21.12.2020, σύμφωνα με την οποία η ... απαλλάσσεται από την υποχρέωση εφαρμογής προγράμματος διάθεσης ποσοτήτων φυσικού αερίου μέσω ηλεκτρονικών δημοπρασιών, τροποποιείται η υπ' αριθμ. 2.4.4 παράγραφος (σελίδα 29) της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού ως εξής: «Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = TTF + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) Όπου TTF: Το TTF (Title Transfer Facility ή Ταμείο Μεταφοράς Τίτλων) είναι ένα εικονικό σημείο διαπραγμάτευσης/συναλλαγών φυσικού αερίου στην Ολλανδία. Ένα Εικονικό Σημείο Συναλλαγών είναι μια πλατφόρμα, στην οποία πραγματοποιούνται χρηματοοικονομικές συναλλαγές φυσικού αερίου. Το TTF παρέχει τη δυνατότητα σε συμμετέχοντες της χονδρεμπορικής

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

Ολλανδικής αγοράς φυσικού αερίου να εμπορεύονται συμβόλαια/ποσότητες φυσικού αερίου. Συγκεκριμένα, εμπορεύονται βραχυπρόθεσμα ή μακροπρόθεσμα συμβόλαια φυσικής παράδοσης φυσικού αερίου και βραχυπρόθεσμα ή μακροπρόθεσμα προθεσμιακά προϊόντα μελλοντικής εκπλήρωσης φυσικού αερίου (παράγωγα). Το TTF αποτελεί το εικονικό σημείο συναλλαγών φυσικού αερίου με τη μεγαλύτερη χρήση και ρευστότητα στην Ευρώπη και η τιμή του είναι το πλέον χρησιμοποιούμενο στις ευρωπαϊκές χρηματιστηριακές συναλλαγές της αγοράς φυσικού αερίου. Το φυσικό αέριο στο TTF διαπραγματεύεται σε ευρώ ανά μεγαβάτ-ώρα (€/MWh). Όπου η τιμή TTF για έναν μήνα τιμολόγησης (M) δημοσιεύεται την προτελευταία εργάσιμη ημέρα του προηγούμενου μήνα (M-1) από τον Μήνα τιμολόγησης, στις αναφορές δεδομένων του European Energy Exchange (EEX) στον πίνακα «Monthly Index: TTF» (<https://www.powernext.com/futures-market-data>). Προκύπτει από τον μέσο όρο της τιμής της τελευταίας εργάσιμης ημέρας του μήνα που προηγείται του μήνα τιμολόγησης (M-2) και των τιμών έως την προτελευταία εργάσιμη ημέρα του μήνα που προηγείται του μήνα τιμολόγησης (M-1). Για τους σκοπούς του παρόντος διαγωνισμού, λαμβάνεται υπ' όψιν η τιμή TTF για το μήνα Μάρτιο 2021: 0,017591€/kwh». Επομένως, με τα παραπάνω αντικαθίστανται τα κάτωθι αναφερόμενα στη σελίδα : «Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = (ΟΜΤΕ) + (ΜΧΕ) + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) Η Χρέωση Προμήθειας εκφράζεται σε €/kWh, είναι πληρωτέα για κάθε kWh Φυσικού Αερίου που παραδίδεται και υπολογίζεται για κάθε Μήνα του Τριμήνου (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) του Συμβατικού Έτους. (ΟΜΤΕ): Η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας του συμβατικού έτους (σε USD/kWh), για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ...: .... Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο 006 για ποσότητες ΦΑ για το 1ο τρίμηνο του 2020. (ΜΧΕ): Η Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας (σε USD/kWh), για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ...: ...». Η ανωτέρω αντικατάσταση δεν επηρεάζει τον τρόπο αξιολόγησης προσφορών. Ανάδοχος θα αναδειχθεί ο οικονομικός



φορέας που θα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή στο άθροισμα (ΑΘ) των δεικτών Χρέωσης Μεταφοράς (ΧΜ) και Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) εκφραζόμενο σε €/kwh, σύμφωνα με τον τύπο της διακήρυξης,  $A\Theta = X\text{M} + \text{Π}\text{K}$ .» Επί του τέταρτου λόγου της προσφυγής: Η παράγραφος 6.2 της διακήρυξης περιγράφει το γενικό κανονιστικό πλαίσιο παραλαβής των υλικών από την αρμόδια επιτροπή, βάσει των άρθρων 208 και 221 του ν.4412/2016. Τα πρωτόκολλα παραλαβής που συντάσσονται από την αρμόδια επιτροπή αποτελούν απαραίτητα δικαιολογητικά για την πληρωμή του αναδόχου σύμφωνα με το άρθρο 200 του ν.4412/2016 και την παράγραφο 5.1.1 της διακήρυξης, καθώς και για τυχόν άσκηση ελέγχου στην αναθέτουσα αρχή. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η επιτροπή ουδεμία αρμοδιότητα έχει ως προς την παραλαβή, δέον είναι να απορριφθεί ως αβάσιμος».

11. Επειδή, με την οδηγία 2014/24/ΕΕ και δη το άρθρο 62 της οδηγίας αυτής εισήχθησαν, ειδικότερα, ρυθμίσεις σχετικά με την πιστοποίηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και με συγκεκριμένα συστήματα ή πρότυπα όσον αφορά την περιβαλλοντική διαχείριση. Στην 88<sup>η</sup> αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αναφέρεται σχετικά ότι «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορεί να απαιτούν την εφαρμογή μέτρων ή συστημάτων περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης. Τα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης, ανεξαρτήτως της καταγραφής τους σύμφωνα με τις πράξεις της Ένωσης, όπως ο κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1221/2009 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, μπορούν να καταδεικνύουν την τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση. Αυτό περιλαμβάνει τα πιστοποιητικά οικολογικού σήματος και τα κριτήρια περιβαλλοντικής διαχείρισης. Όταν ο οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω καταγεγραμμένα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης ή δεν έχει τη δυνατότητα να αποκτήσει την εν λόγω πρόσβαση εντός των σχετικών προθεσμιών, θα πρέπει να μπορεί να υποβάλει περιγραφή των εφαρμοζόμενων μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα μέτρα εξασφαλίζουν το ίδιο επίπεδο προστασίας του περιβάλλοντος με τα μέτρα που απαιτούνται βάσει της περιβαλλοντικής διαχείρισης». Στο άρθρο 38, εξάλλου,

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

του πιο πάνω με αριθμό 1221/2009 Κανονισμού (ΕΚ) προβλέπεται ότι «1. Με την επιφύλαξη της κοινοτικής νομοθεσίας, τα κράτη μέλη εξετάζουν με ποιον τρόπο η καταχώριση στο ... σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό είναι δυνατόν: ... γ) να λαμβάνεται υπόψη στις δημόσιες συμβάσεις και αγορές. 2. Με την επιφύλαξη των διατάξεων της κοινοτικής νομοθεσίας, κυρίως στους τομείς του ανταγωνισμού, της φορολογίας και των κρατικών ενισχύσεων, τα κράτη μέλη λαμβάνουν, κατά περίπτωση, μέτρα που διευκολύνουν τους οργανισμούς να καταχωρισθούν ή να παραμείνουν καταχωρισμένοι στο ....». Στην 5η αιτιολογική σκέψη του πιο πάνω Κανονισμού, τέλος, αναφέρεται ότι «Για να προωθηθεί συνεκτική προσέγγιση μεταξύ των νομοθετικών πράξεων που καταρτίζονται σε κοινοτικό επίπεδο στον τομέα της προστασίας του περιβάλλοντος, η Επιτροπή και τα κράτη μέλη θα πρέπει να εξετάσουν με ποιον τρόπο οι καταχωρίσεις στο πλαίσιο του ... είναι δυνατό να λαμβάνονται υπόψη κατά την εκπόνηση της νομοθεσίας ή να χρησιμοποιούνται ως μέσο για την επιβολή της εφαρμογής της. Τα κράτη μέλη θα πρέπει επίσης, προκειμένου το ... να καταστεί ελκυστικότερο για τους οργανισμούς, να το λαμβάνουν υπόψη στις πολιτικές για τις δημόσιες συμβάσεις και, κατά περίπτωση, να παραπέμπουν στο EMAS ή σε ισοδύναμο σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης ως όρο εκτέλεσης συμβάσεων έργων ή παροχής υπηρεσιών.».

12. Επειδή, η οδηγία 2014/24/ΕΕ μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη με τις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, στο άρθρο 82 του νόμου αυτού, το οποίο αντιστοιχεί στο άρθρο 62 της οδηγίας, ορίστηκαν, μεταξύ άλλων, τα εξής. «Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο

ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. 2. Εάν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που να βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με συγκεκριμένα συστήματα ή πρότυπα όσον αφορά την περιβαλλοντική διαχείριση, παραπέμπουν στο σύστημα οικολογικής διαχείρισης και ελέγχου (EMAS) της Ένωσης ή σε άλλα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης που έχουν αναγνωρισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1221/2009 ή σε άλλα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης βασιζόμενα σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης.».

13. Επειδή, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 62 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 82 του ν. 4412/2016 δεν καθιερώνεται δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους διαγωνιζόμενους, πιστοποιητικό συμμόρφωσης σε σύστημα διαχείρισης υγείας και ασφάλειας στην εργασία, αλλά μόνον πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και συμμόρφωσής τους με συστήματα ή πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Η δυνατότητά τους αυτή, μάλιστα, δεν καθιερώνεται ελεύθερα, αλλ' ούτε εισάγονται ρυθμίσεις σχετικά με τις προϋποθέσεις για την άσκησή της. Εισάγονται ρυθμίσεις για την περίπτωση μόνο που οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή τέτοιων πιστοποιητικών. Σχετικώς με τα εν λόγω

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

πιστοποιητικά συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης, εάν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή τους, προβλέπεται μόνον να δέχονται εκτός αυτών που παραπέμπουν στο σύστημα οικολογικής διαχείρισης και ελέγχου (...) της Ένωσης ή σε άλλα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης που έχουν αναγνωριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1221/2009 ή σε άλλα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης βασιζόμενα σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς όπως π.χ. το EN ISO 14001:2004 (πρβλ. Παράρτημα II Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1221/2009). Κατά συνέπεια, η δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς πιστοποιητικά συμμόρφωσής τους με συστήματα διαχείρισης υγείας και ασφάλειας στην εργασία ή και συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης υπόκειται στις γενικές αρχές και τους όρους ελέγχου καταλληλότητας και επιλογής των συμμετεχόντων σε διαγωνιστικές διαδικασίες και ιδίως στις ρυθμίσεις για τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι επίμαχες απαιτήσεις (πρβλ. Οδηγία 2014/24/ΕΕ, Τμήμα 3 με τίτλο «Επιλογή των συμμετεχόντων και ανάθεση των συμβάσεων», Ενότητα 1 με τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» (άρθρα 57 έως 64).

14. Επειδή, το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Γενικές αρχές» (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπει ότι «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος και στα έγγραφα της σύμβασης, λαμβανομένου υπόψη, κατά περίπτωση, του άρθρου 57, β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 και πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77, και, κατά περίπτωση, τους κανόνες και τα κριτήρια αμεροληψίας που αναφέρονται στο άρθρο 84. ...». Περαιτέρω, το άρθρο 75 του νόμου, με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

προβλέπει ότι: «1. ... Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. [...] 3. ... Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.».

15. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣΤΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της

κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017, 61/2018, 487/2018).

16. Επειδή, επομένως, ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό, του οποίου, όμως, η συμμετοχή καθίσταται αδύνατη ή ουσιαδώς δυσχερής, γιατί τα προϊόντα του δεν πληρούν τις προδιαγραφές της διακηρύξεως, απαραδέκτως, κατ' αρχάς, αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους (ΣτΕ 3719/2011, βλ. Ε.Α. ΣτΕ 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Ειδικότερα, λόγοι προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (Ε.Α. ΣτΕ 1025/2010, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΑΕΠΠ 206/2017, 39/2018, 345/2018, 347/2018, 385/2018).

17. Επειδή, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, υπό την έννοια ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το

δοκούν τεχνικά χαρακτηριστικά ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρησιμότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

18. Επειδή, όταν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά σχετικής διακήρυξης πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί αυτήν με έννομο συμφέρον να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ'αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146-148/2016 Ολομ., 129-131/2016 Ολομ., ΔΕΚ C-230/2002, Grossman Air Services). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιοδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, ΕΑ ΣτΕ 146-8/2016, 965/2010, 1046/2009, 1149/2009).

19. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003).

20. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις που συνιστούν εναρμόνιση του εθνικού δικαίου με την οδηγία 2014/24/ΕΕ συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, κατά τη διαδικασία ελέγχου καταλληλότητας και ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, πρέπει να τηρούν τις βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων.

Ο καθορισμός των κριτηρίων με βάση τα οποία θα λάβει χώρα ο έλεγχος αυτός αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό την έννοια αυτή, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ιδιοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (πρβλ. ΑΕΠΠ 528/2018). Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης (την έκταση, τις απαιτήσεις, καθώς και τον προϋπολογισμό της), αρκεί να μπορεί να προκύπτει αντικειμενικά η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση, να είναι πρόσφορες δηλαδή στην τεκμηρίωση της σχετικής ικανότητας του φορέα.

21. Επειδή η διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό του πλαίσιο, προβλέπει, στον όρο 2.2.7 της Διακήρυξης *«Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης»*, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα πρότυπα: *«...β) Σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2015 ή άλλο ισοδύναμο, γ) Σύστημα διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία σε συμμόρφωση με το πρότυπο OHSAS 18001:2007 ή άλλο ισοδύναμο»*.

22. Επειδή, ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι, μεταξύ των ελάχιστων επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή έθεσε και τη συμμόρφωση των υποψηφίων με συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης και διαχείρισης ασφάλειας και υγείας προσωπικού για την προμήθεια φυσικού αερίου. Από το αντικείμενο της σύμβασης όμως, δεν προκύπτει ότι η απαίτηση αυτή είναι ανάλογη με τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, ότι δηλαδή η συμμόρφωση των υποψηφίων με τα πιο πάνω συστήματα μπορεί αντικειμενικά να



## Αριθμός απόφασης: 834/2021

τεκμηριώνει τη σχετική ικανότητά τους για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Και τούτο, διότι για την εμπρόθεσμη προμήθεια των προϋπολογιζόμενων ποσοτήτων φυσικού αερίου σε μια ορισμένη τιμή, ούτε είναι αναγκαίο, ούτε αρκεί ο ανάδοχος να συμμορφώνεται με συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης και διαχείρισης ασφάλειας και υγείας προσωπικού. Δεν πρόκειται για παροχή υπηρεσίας, για την παροχή της οποίας η τήρηση συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας του προσωπικού μπορεί, κατά περίπτωση, να θεωρείται αναγκαία συνθήκη, προκειμένου να εξασφαλιστεί ότι το εν λόγω προσωπικό θα μπορεί απρόσκοπτα, αποτελεσματικά και χωρίς να κινδυνεύει η υγεία του να παρέχει την υπηρεσία, ούτε από τα έγγραφα της σύμβασης προκύπτει ότι η μη τήρηση συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την προμήθεια του φυσικού αερίου. Η αναθέτουσα αρχή, εξάλλου, δεν επικαλείται διάταξη νόμου, σύμφωνα με την οποία οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στον τομέα της προμήθειας φυσικού αερίου, ανεξαρτήτως συμμετοχής τους σε διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, υποχρεούνται να συμμετέχουν σε συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης και διαχείρισης ασφάλειας και υγείας προσωπικού, όπως οι διατάξεις του ν. 2939/2001 και του π.δ. 82/2004 και της σχετικής ΥΑ προβλέπουν για τους οικονομικούς φορείς που παράγουν ελαιολιπαντικά. Αν, η προμήθεια μόνον φυσικού αερίου, που αποτελεί το αντικείμενο της υπό δημοπράτηση σύμβασης, εγκυμονούσε τέτοιους κινδύνους, για την αποφυγή ή τον περιορισμό των οποίων, πέραν της συμμόρφωσης τους με τις σχετικές απαιτήσεις της νομοθεσίας, θα απαιτείτο και η συμμόρφωσή τους με συστήματα διαχείρισης των κινδύνων αυτών, τότε για τη δυνατότητα των φορέων που δραστηριοποιούνται στον οικείο τομέα να προμηθεύουν αέριο, τη σχετική υποχρέωσή τους θα επέβαλαν οι διατάξεις για τη νόμιμη λειτουργία τους. Συνακόλουθα, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην οικεία σκέψη της παρούσας, οι επίμαχες απαιτήσεις περιορίζουν τον ανταγωνισμό, χωρίς αποχρώντα λόγο και χωρίς να μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι ο περιορισμός αυτός συνδέεται και είναι ανάλογος με το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, τυγχάνει ακυρωτέος, κατά τα ανωτέρω, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης.

23. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και προκειμένου να είναι ευχερής η εξέταση και αξιολόγηση των προσφορών, αλλά και η σύγκριση αυτών μεταξύ τους (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 79/2009, 1285/2008, 1229/2007), επιβάλλεται η σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της αναθέτουσας Αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 816/2007). Αρκεί οι σχετικοί όροι της διακήρυξης να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, 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 των προσφορών των υποψηφίων.

24. Επειδή, στις σελίδες 28-29 της διακήρυξης ορίζεται ότι *«Μειοδότης θα αναδειχθεί ο Οικονομικός Φορέας που θα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή στο άθροισμα (ΑΘ) των δεικτών Χρέωσης Μεταφοράς (ΧΜ) και Περιθωρίου Κέρδους (ΠΚ), εκφραζόμενο σε €/kWh, το οποίο αναλύεται στον κατωτέρω τύπο:  $(ΑΘ) = (ΧΜ) + (ΠΚ)$ , όπου: (ΑΘ): Άθροισμα (ΧΜ): Η Χρέωση Μεταφοράς εκφρασμένη σε €/kWh και είναι σταθερή για όλη τη διάρκεια της σύμβασης. (ΠΚ): Το Περιθώριο Κέρδους εκφρασμένο σε €/kWh και είναι σταθερό για όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Περιλαμβάνει το λειτουργικό, το διαχειριστικό και χρηματοοικονομικό κόστος άσκησης της δραστηριότητας εμπορίας, όπως επίσης και το καθαρό εμπορικό περιθώριο του Αναδόχου και αποτελεί μία παράμετρο της Χρέωσης Προμήθειας (ΧΠ). Το συμβατικό τίμημα, ήτοι η μηνιαία τιμολόγηση, θα προκύπτει από την εφαρμογή του τύπου ως αναφέρεται κατωτέρω:  $\text{Συμβατικό τίμημα} = \text{Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ)} * \text{Ποσότητα κατανάλωσης (Q)} + \text{Χρέωση Μεταφοράς (ΧΜ)} * \text{Ποσότητα κατανάλωσης (Q)} + \text{Χρέωση Διανομής (Δ)}$  όπου: (ΧΠ): Η Χρέωση Προμήθειας προκύπτει από την εφαρμογή του τύπου:  $\text{Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ)} = (\text{ΟΜΤΕ}) + (\text{ΜΧΕ}) + \text{Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ)}$  Η Χρέωση Προμήθειας εκφράζεται σε €/kWh, είναι πληρωτέα για κάθε kWh Φυσικού Αερίου που παραδίδεται και υπολογίζεται για κάθε Μήνα του Τριμήνου (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο)*

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

του Συμβατικού Έτους. (ΟΜΤΕ): Η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας του συμβατικού έτους (σε USD/kWh), για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ...: .... Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο 006 για ποσότητες ΦΑ για το 1ο τρίμηνο του 2020. (ΜΧΕ): Η Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας (σε USD/kWh), για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ...: .... (ΠΚ): Το Περιθώριο Κέρδους περιγράφεται ανωτέρω. (ΧΜ): Η Χρέωση Μεταφοράς περιγράφεται ανωτέρω. (ΧΔ): Η Χρέωση Διανομής καθορίζεται σύμφωνα με το εκάστοτε εν ισχύ νομοθετικό και ρυθμιστικό πλαίσιο, ιδίως τον Κανονισμό Τιμολόγησης Διανομής και το Τιμολόγιο Διανομής, για υπηρεσίες Διανομής Φυσικού Αερίου. Αποτελείται από τη Χρέωση Ενέργειας Διανομής και τη Χρέωση Δυναμικότητας Διανομής. Η μηνιαία τιμολόγηση θα προκύπτει λαμβάνοντας επίσης υπόψη: α) την ισοτιμία αναφοράς Ευρώ (€) - Δολαρίου Η.Π.Α.-USD, όπως αυτή ανακοινώνεται από την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα, την 5η εργάσιμη ημέρα του μήνα που ακολουθεί τον μήνα τιμολόγησης. Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται ως συναλλαγματική ισοτιμία του ΕΥΡΩ προς ΔΟΛΑΡΙΟ ΗΠΑ (€/€) ο μέσος όρος ισοτιμιών Δεκεμβρίου 2020 (1€ = 1,2170\$), όπως αυτή είχε δημοσιευτεί από την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα ([www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu)). β) ότι οι δείκτες του Περιθωρίου Κέρδους (ΠΚ) καθώς και της Χρέωσης Μεταφοράς (ΧΜ) θα διατηρηθούν σταθεροί καθ' όλη την διάρκεια της συμβατικής περιόδου, ακόμη και σε περίπτωση που ο Ανάδοχος θα κληθεί να προμηθεύσει υπερβάλλουσα ή υπολειπόμενη ποσότητα Φυσικού Αερίου από την συμβατική. γ) ότι όλοι οι ενδιάμεσοι υπολογισμοί που απαιτούνται για τον προσδιορισμό μοναδιαίων τιμών (\$/kWh και €/kWh) καθώς και το τελικό αποτέλεσμα θα γίνονται με στρογγυλοποίηση στο έκτο δεκαδικό ψηφίο. Τα ποσά σε (€) θα στρογγυλοποιούνται στο δεύτερο δεκαδικό ψηφίο. Σε κάθε περίπτωση, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο "Οικονομική Προσφορά" την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ψηφιακά υπογεγραμμένη σύμφωνα με

το Υπόδειγμα που υπάρχει στο σχετικό Παράρτημα της παρούσας διακήρυξης, σε μορφή pdf.»

25. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Με την ως άνω προδιαληφθείσα διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής με αριθ. πρωτ. 6355/10/-03-2021 έγγραφό της, το οποίο κοινοποιήθηκε στις 10/03/2021 σε όλους τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό καθώς και στην αρχική σελίδα (portal) του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δόθηκαν οι απαραίτητες διευκρινίσεις ως προς τον τρόπο υπολογισμού και τη χρέωση. Το έγγραφό αυτό, για το οποίο πληρώθηκαν οι διατυπώσεις δημοσιότητας και δεν αμφισβητήθηκε η νομιμότητά της, συνεπώς εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρεται (ΣΤΕ Ασφ 254/2012, 45/2008, ΔΕφ 437/2013, 451/2014, κ.ά.), η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι «Λόγω της πρόσφατης απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αριθμό 723/21.12.2020, σύμφωνα με την οποία η ... απαλλάσσεται από την υποχρέωση εφαρμογής προγράμματος διάθεσης ποσοτήτων φυσικού αερίου μέσω ηλεκτρονικών δημοπρασιών, τροποποιείται η υπ' αριθμ. 2.4.4 παράγραφος (σελίδα 29) της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού ως εξής: «Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = TTF + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) Όπου TTF: Το TTF (Title Transfer Facility ή Ταμείο Μεταφοράς Τίτλων) είναι ένα εικονικό σημείο διαπραγμάτευσης/συναλλαγών φυσικού αερίου στην Ολλανδία. Ένα Εικονικό Σημείο Συναλλαγών είναι μια πλατφόρμα, στην οποία πραγματοποιούνται χρηματοοικονομικές συναλλαγές φυσικού αερίου. Το TTF παρέχει τη δυνατότητα σε συμμετέχοντες της χονδρεμπορικής Ολλανδικής αγοράς φυσικού αερίου να εμπορεύονται συμβόλαια/ποσότητες φυσικού αερίου. Συγκεκριμένα, εμπορεύονται βραχυπρόθεσμα ή μακροπρόθεσμα συμβόλαια φυσικής παράδοσης φυσικού αερίου και βραχυπρόθεσμα ή μακροπρόθεσμα προθεσμιακά προϊόντα μελλοντικής εκπλήρωσης φυσικού αερίου (παράγωγα). Το TTF αποτελεί το εικονικό σημείο συναλλαγών φυσικού αερίου με τη μεγαλύτερη χρήση και ρευστότητα στην Ευρώπη και η τιμή του είναι το πλέον χρησιμοποιούμενο στις ευρωπαϊκές χρηματιστηριακές συναλλαγές της αγοράς φυσικού αερίου. Το φυσικό αέριο στο TTF διαπραγματεύεται σε ευρώ ανά μεγαβάτ-ώρα (€/MWh). Όπου η τιμή

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

TTF για έναν μήνα τιμολόγησης (M) δημοσιεύεται την προτελευταία εργάσιμη ημέρα του προηγούμενου μήνα (M-1) από τον Μήνα τιμολόγησης, στις αναφορές δεδομένων του European Energy Exchange (EEX) στον πίνακα «Monthly Index: TTF» (<https://www.powernext.com/futures-market-data>). Προκύπτει από τον μέσο όρο της τιμής της τελευταίας εργάσιμης ημέρας του μήνα που προηγείται του μήνα τιμολόγησης (M-2) και των τιμών έως την προτελευταία εργάσιμη ημέρα του μήνα που προηγείται του μήνα τιμολόγησης (M-1). Για τους σκοπούς του παρόντος διαγωνισμού, λαμβάνεται υπ' όψιν η τιμή TTF για το μήνα Μάρτιο 2021: 0,017591€/kwh». Επομένως, με τα παραπάνω αντικαθίστανται τα κάτωθι αναφερόμενα στη σελίδα : «Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = (ΟΜΤΕ) + (ΜΧΕ) + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) Η Χρέωση Προμήθειας εκφράζεται σε €/kWh, είναι πληρωτέα για κάθε kWh Φυσικού Αερίου που παραδίδεται και υπολογίζεται για κάθε Μήνα του Τριμήνου (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) του Συμβατικού Έτους. (ΟΜΤΕ): Η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας του συμβατικού έτους (σε USD/kWh), για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ...: .... Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο 006 για ποσότητες ΦΑ για το 1ο τρίμηνο του 2020. (ΜΧΕ): Η Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας (σε USD/kWh), για το αντίστοιχο Τρίμηνο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο ή τέταρτο) της ..., όπως αυτή ανακοινώνεται στον σχετικό ιστότοπο της ...: ...». Η ανωτέρω αντικατάσταση δεν επηρεάζει τον τρόπο αξιολόγησης προσφορών. Ανάδοχος θα αναδειχθεί ο οικονομικός φορέας που θα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή στο άθροισμα (ΑΘ) των δεικτών Χρέωσης Μεταφοράς (ΧΜ) και Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) εκφραζόμενο σε €/kwh, σύμφωνα με τον τύπο της διακήρυξης,  $A\Theta = X\text{M} + \text{Π}\text{K}$ ». Συνεπώς με την εν λόγω διευκρίνηση η εξέταση του δεύτερου λόγου καθίσταται άνευ αντικειμένου και ως εκ τούτου ο οικείος λόγος απορρίπτεται ως αλυσιτελώς προσβαλλόμενος

26. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο κρίνονται τα κάτωθι. Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, το περιεχόμενο των οποίων αποσαφηνίστηκε με την παραπάνω αναφερόμενη διευκρίνηση της

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

αναθέτουσας αρχής, συνάγεται με σαφήνεια και χωρίς αμφισημία ότι ανάδοχος θα αναδειχθεί ο υποψήφιος που θα προσφέρει το χαμηλότερη τιμή στο άθροισμα (ΑΘ) των δεικτών Χρέωσης Μεταφοράς (ΧΜ) και Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) εκφραζόμενο σε €/kwh, σύμφωνα με τον τύπο της διακήρυξης,  $ΑΘ = ΧΜ + ΠΚ$ . Έτσι, διευκρινίζεται ότι η κατακύρωση γίνεται στο διαγωνιζόμενο, η προσφορά του οποίου είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει της (χαμηλότερης) τιμής ανά κιλοβατώρα για το σύνολο της προμήθειας για το Δήμο και τα Νομικά του Πρόσωπα. Συνακόλουθα, δεν υπάρχει ασάφεια και αοριστία ως προς τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, ούτε «καθίσταται δυσχερής ή/και αδύνατη η ορθή σύνταξη και κατ' επέκταση η υποβολή οικονομικής προσφοράς από τον ενδιαφερόμενο φορέα, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Ωστόσο, με την επιχειρηματολογία που αναπτύσσει στην Προσφυγή της δεν αποδεικνύει τελικώς σε τι συνίσταται η βλάβη της από το γεγονός ότι η Χρέωση Μεταφοράς (ΧΜ) εκφράζεται σε €/kwh και είναι σταθερή για όλη την διάρκεια της σύμβασης και την τυχόν παράτασης αυτής, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη του γεγονότος ότι η έλλειψή τους ισχύει έναντι όλων των συμμετεχόντων. Ειδικότερα, δεν προσδιορίζει κατά τρόπο συγκεκριμένο γιατί υφίσταται βλάβη από τις προσβαλλόμενες διατάξεις, η οποία να φτάνει μέχρι του σημείου αδυναμίας ή ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής αιτήσεως συμμετοχής στο διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ 352-353/2018, 86/2018, 31/2019, ΔΕφΑθ 26/2019). Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται χωρίς ειδικό έννομο συμφέρον και θα πρέπει να απορριφθεί. Άλλωστε, και με την εκδοχή ότι, παρ' όλα αυτά, οι όροι για τη σύνταξη και υποβολή των οικονομικών προφορών ενείχαν ασάφειες και συνεπώς δεν ήταν δυνατό στην προσφεύγουσα να υποβάλει προσφορά, τόσο η ίδια όσο και οι λοιποί διαγωνιζόμενοι διατηρούσαν την ευχέρεια να ακολουθήσουν την καθοριζόμενη στην διακήρυξη διαδικασία και να ζητήσουν, πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, την παροχή διευκρινίσεων, ως προς τα σημεία σχετικά με τις οικονομικές προσφορές, τα οποία, κατά την γνώμη τους, έχρηζαν περαιτέρω επεξηγήσεων, δοθέντος ότι διευκρινίσεις επί του ζητήματος των οικονομικών προσφορών ζητήθηκαν, οι δε εκδοθείσες έως σήμερα πράξεις περί παροχής διευκρινίσεων αποτελούν πράξεις εκτελεστές,

που εφόσον δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα η νομιμότητά τους, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. ΔΕφΑθ Ασφ. 437/2013, Ε.Α. 254/2012). Υπό τις ανωτέρω σκέψεις και επειδή η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι ζήτησε επιπλέον διευκρινίσεις ή άρση των ασαφειών και είτε δεν έλαβε απάντηση είτε η απάντηση που τυχόν έλαβε δεν αίρει την ασάφεια, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και για το λόγο αυτό (πρβλ. ΑΕΠΠ 22/2017). Για όλους τους ως άνω λόγους είναι απορριπτέος και ο τρίτος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής.

27. Επειδή, τέλος ως προς τον τέταρτο λόγο κρίνονται τα κάτωθι. Σχετικά με την μέτρηση της ποσότητας και της ποιότητας φυσικού αερίου που μεταφέρεται μέσω του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου της χώρας, όπως και το αέριο που θα προμηθευτεί η αναθέτουσα αρχή, οι διατάξεις των άρθρων 61 και 62 του τροποποιημένου Κώδικα Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΦΕΚ Β' 788/2018) προβλέπουν ότι: «Η διαδικασία και η μέθοδος μέτρησης της ποσότητας και της ποιότητας Φυσικού Αερίου το οποίο παραδίδεται σε Σημείο Εισόδου ή παραλαμβάνεται από Σημείο Εξόδου ή εγχύεται σε Εγκατάσταση ΥΦΑ ή είναι αποθηκευμένο σε Εγκατάσταση ΥΦΑ ή Εγκατάσταση Αποθήκευσης, η λειτουργία, η βαθμονόμηση, οι ελάχιστες προδιαγραφές ακρίβειας και η διαδικασία ελέγχου και δοκιμών των μετρητικών διατάξεων, η διαδικασία πρόσβασης των Χρηστών στις μετρητικές διατάξεις, η επίλυση διαφορών μεταξύ των Χρηστών και του Διαχειριστή σε σχέση με τις μετρήσεις καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα, καθορίζονται στον Κανονισμό Μετρήσεων, ο οποίος θεσπίζεται κατά τα οριζόμενα στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου [3] του άρθρου [69] του νόμου (Κανονισμός Μετρήσεων ΕΣΦΑ). ... 1. Οι μετρήσεις οποιουδήποτε μεγέθους σε Σημείο Εισόδου, Εισόδου Αντίστροφης Ροής ή Εξόδου, Εξόδου Αντίστροφης Ροής ή Εγκατάσταση ΥΦΑ ή Εγκατάσταση Αποθήκευσης πραγματοποιούνται αποκλειστικά από τις μετρητικές διατάξεις που προβλέπονται στον Κανονισμό Μετρήσεων ΕΣΦΑ για το συγκεκριμένο Σημείο ή εγκατάσταση. 2. Κάθε Χρήστης και οι Πελάτες αυτού έχουν δικαίωμα από κοινού πρόσβασης στις μετρητικές διατάξεις του ΕΣΦΑ από τις οποίες εξυπηρετούνται. Το δικαίωμα

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

πρόσβασης πρέπει να ασκείται ευλόγως, σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στον Κανονισμό Μετρήσεων ΕΣΦΑ. Κατά την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης λαμβάνονται τα αναγκαία μέτρα ώστε να μην παρεμποδίζεται η κανονική λειτουργία των Συνδεδεμένων Συστημάτων ή των Εγκαταστάσεων Απόληψης, να μην προκαλούνται ζημιές στον εξοπλισμό και να μην τίθεται σε κίνδυνο η αξιόπιστη, ασφαλής και αποδοτική λειτουργία του ΕΣΦΑ. 3. Ο Διαχειριστής υποχρεούται να παρέχει στους Χρήστες κάθε πληροφορία σχετικά με τις μετρήσεις τις σχετικές με τα Σημεία τα οποία τους αφορούν. Ο Διαχειριστής παρέχει τις ανωτέρω πληροφορίες κατά τρόπο ώστε να διαφυλάσσεται το απόρρητο των εμπορικών συναλλαγών.». Στο παράρτημα Ι, εξάλλου, του πιο πάνω Κώδικα ορίζονται οι προδιαγραφές ποιότητας που πρέπει να έχει το φυσικό αέριο που διακινείται εντός του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου, ως εξής: «Προδιαγραφές Ποιότητας Φυσικού Αερίου 1. Συντελεστής Wobbe: Ο Συντελεστής Wobbe δεν πρέπει να είναι μικρότερος από 13,066 kWh/Nm<sup>3</sup> και δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερος από 16,328 kWh/Nm<sup>3</sup>. 2. Ανώτερη Θερμογόνος Δύναμη (ΑΔΘ): Η ΑΔΘ δεν πρέπει να είναι μικρότερη από 10,174 kWh/Nm<sup>3</sup> και δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 13,674 kWh/Nm<sup>3</sup>. 3. Σχετική Πυκνότητα: Η σχετική πυκνότητα του Φυσικού Αερίου δεν πρέπει να είναι μικρότερη από 0,56 και δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 0,71. 4. CH<sub>4</sub>: Η κατ' όγκο συγκέντρωση μεθανίου δεν πρέπει να είναι μικρότερη από 75 [% mole] 5. CO<sub>2</sub> : Η κατ' όγκο συγκέντρωση διοξειδίου του άνθρακα δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 3 [% mole]. 6. N<sub>2</sub>: Η συγκέντρωση αζώτου δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 6 [% mole]. 7. O<sub>2</sub>: Η συγκέντρωση οξυγόνου δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 0,2 [% mole] 8. Υδρόθειο (H<sub>2</sub>S): Η περιεκτικότητα του Φυσικού Αερίου σε Υδρόθειο δεν πρέπει να ξεπερνά τα 5,4 mg/Nm<sup>3</sup>. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και για χρονικό διάστημα που δεν υπερβαίνει τις δύο (2) ώρες, η περιεκτικότητα του Φυσικού Αερίου σε Υδρόθειο μπορεί να λάβει τιμή έως τα 10,8 mg/Nm<sup>3</sup>, χωρίς όμως να ξεπερνά τα 6,5 mg/Nm<sup>3</sup> σε μέση τιμή Ημέρας. 9. Ολικό θείο: Το ολικό θείο για Φυσικό Αέριο που δεν έχει υποστεί όσμηση δεν πρέπει να ξεπερνά τα 80 mg/Nm<sup>3</sup>. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και για όχι περισσότερο από 48 ώρες μπορεί να λάβει τιμές έως τα 120 mg/Nm<sup>3</sup> χωρίς όμως να ξεπερνά τα 90 mg/Nm<sup>3</sup> σε μέση τιμή Εβδομάδας. 10. Σημείο



Δρόσου του Νερού (WDP): Το Σημείο Δρόσου του Νερού για το Φυσικό Αέριο δεν πρέπει να ξεπερνά τους  $+5^{\circ}\text{C}$  σε πίεση αναφοράς 80 barg. 11. Σημείο Δρόσου Υδρογονανθράκων: Το Σημείο Δρόσου Υδρογονανθράκων δεν πρέπει να ξεπερνά τους  $+3^{\circ}\text{C}$  σε κάθε πίεση από 1 έως 80 barg. 12. Σκόνη και Υγρά: Το Φυσικό Αέριο πρέπει να είναι πρακτικά ελεύθερο από αέριες, στερεές ή υγρές ουσίες που θα ήταν δυνατόν να δημιουργήσουν κινδύνους φραγής ή δυσλειτουργίας ή διάβρωσης των συνηθισμένων εγκαταστάσεων αερίου και του τυποποιημένου εξοπλισμού αερίου. Εξαιρούνται περιπτώσεις που υγροί σχηματισμοί πολύ μικρών σταγονιδίων μπορεί περιστασιακά να δημιουργηθούν στο Φυσικό Αέριο και δεν είναι δυνατόν να απομακρυνθούν. 13. Οσμητική Ουσία: Το Φυσικό Αέριο παραδίδεται στα Σημεία Εισόδου χωρίς οσμητική ουσία. Η Οσμητική Ουσία προστίθεται στα Σημεία Παράδοσης όταν είναι απαραίτητο από τον Κώδικα ASME. 14. Η θερμοκρασία του Φυσικού Αερίου δεν πρέπει να είναι μικρότερη από  $-5^{\circ}\text{C}$  και μεγαλύτερη από  $50^{\circ}\text{C}$ . Σε εξαιρετικές συνθήκες λειτουργίας του ... ή εξαιτίας τεχνικών λόγων και οπωσδήποτε για περιόδους που δεν ξεπερνούν τις 4 ώρες, η θερμοκρασία δύναται να είναι μικρότερη των  $-5^{\circ}\text{C}$ . Στην περίπτωση αυτή η θερμοκρασία του Φυσικού Αερίου θα πρέπει να είναι οπωσδήποτε υψηλότερη των  $-10^{\circ}\text{C}$  και τουλάχιστον κατά  $5^{\circ}\text{C}$  υψηλότερη από την θερμοκρασία WDP.

28. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις συνάγεται ότι ο ποιοτικός έλεγχος του φυσικού αερίου που μεταφέρεται μέσω του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου μέχρι και τον τελικό πελάτη, πλέον λοιπών άλλων μετρήσεων, διενεργείται από μετρητικές διατάξεις, ειδικό μετρητικό εξοπλισμό, δηλαδή, πιστοποιημένο από το Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου, που τοποθετείται σε κάθε σημείο εισόδου και εξόδου του αερίου από το Σύστημα. Για τη μέτρηση των παραμέτρων που στο Παράρτημα Ι του Κώδικα Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου περιγράφεται ότι συνθέτουν την ποιότητα του φυσικού αερίου, απαιτείται, χωρίς αμφιβολία ειδικός μετρητικός εξοπλισμός, ο οποίος να μπορεί να συλλέγει στοιχεία από τη σύσταση και την κατάσταση του φυσικού αερίου, τα οποία να μπορεί επίσης να αναλύει και να μετρονομεί. Μη νόμιμα, συνεπώς, το προσβαλλόμενο άρθρο οικείας της διακήρυξης προβλέπει την ποιοτική παραλαβή του φυσικού αερίου που θα προμηθεύσει ο ανάδοχος της υπό

## Αριθμός απόφασης: 834/2021

δημοπράτηση σύμβασης από επιτροπές παραλαβής του Δήμου, κατόπιν μακροσκοπικής εξέτασης, δοθέντος ότι όχι μόνον δεν προβλέπεται τέτοια διαδικασία ποιοτικού ελέγχου του φυσικού αερίου από τον τελικό πελάτη, εν προκειμένω το Δήμο, αλλά και γιατί, σύμφωνα με τα όσα γίνονται δεκτά παραπάνω, δεν είναι και δυνατόν να μετρηθούν οι παράμετροι που συνθέτουν την ποιότητα του φυσικού αερίου μακροσκοπικά. Αβάσιμα, εξάλλου, ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ότι οι προβλέψεις του προσβαλλόμενου όρου είναι σύμφωνες με τις ελάχιστες απαιτήσεις που προβλέπει το άρθρο 208 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016 σχετικά με την παραλαβή των υπό προμήθεια ειδών και δεν σχετίζεται με τον ποιοτικό έλεγχο του υπό προμήθεια φυσικού αερίου. Και τούτο, διότι για την ποιοτική παραλαβή ενός υπό προμήθεια είδους, ελέγχεται αν αυτό έχει τη σύσταση και τις ιδιότητες που κατά τη διακήρυξη απαιτείται να έχει και ότι παραδόθηκε στην κατάσταση που συμβατικά προβλέπεται, επομένως ασφαλώς απαιτείται ενός είδους ποιοτικός έλεγχος, επιπλέον και για τη διεξαγωγή αυτού του ελέγχου, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να παραλάβει ποιοτικώς τα είδη, η πιο πάνω διάταξη προβλέπει διαζευκτικά διάφορους τρόπους, μεταξύ των οποίων και τον μακροσκοπικό έλεγχο, η παρ. 2 δ) όμως, ρητώς προβλέπει ότι «...Η σύμβαση μπορεί να προβλέπει ότι ο ποιοτικός έλεγχος γίνεται ... δ) ... και με οποιονδήποτε άλλο ενδεικνυόμενο τρόπο, εφόσον ο τρόπος αυτός προβλέπεται από τη σύμβαση». Κατά συνέπεια, μπορούσε και όφειλε η αναθέτουσα αρχή να προβλέψει στη διακήρυξη άλλο τρόπο ποιοτικής παραλαβής του προς προμήθεια υλικού, ο οποίος να ενδείκνυται σε σχέση με το υπό προμήθεια είδος, εν προκειμένω το φυσικό αέριο. Με τον τρόπο αυτό θα εξαλειφόταν ο κίνδυνος η αναθέτουσα αρχή να απορρίψει αυθαίρετα το φυσικό αέριο που θα έχει προμηθεύσει ο ανάδοχος, με την αιτιολογία ότι δεν πληροί την ελάχιστη προβλεπόμενη ποιότητα. Συνακόλουθα, ο οικείος όρος της διακήρυξης 6.2 περί ποιοτικής παραλαβής με μακροσκοπική εξέταση του φυσικού αερίου που ο ανάδοχος θα προμηθεύσει το Δήμο τυγχάνει ακυρωτέος.

29. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

**Αριθμός απόφασης: 834/2021**

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο η προσφεύγουσα, πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ακυρώνει τον όρο 6.2 «Παραλαβή υλικών - Χρόνος και τρόπος παραλαβής υλικών» της οικείας διακήρυξης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.300,50 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 20 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 7<sup>η</sup> Μαΐου 2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ ΜΙΧΑΗΛ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ  
Α/Α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**