

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 01 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Ελισάβετ Αλαγιόγλου σε αναπλήρωση της νομίμως κωλυόμενης Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.01.2021 με ΓΑΚ 189/25-1-2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με δ.τ. «...», που εδρεύει στην ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται

κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και της με αριθμ. πρωτ. .../20... Διακήρυξης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η ως άνω με αριθμ. πρωτ. .../20... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με ηλεκτρονικό κωδικό ... και ένδειξη «δεσμευμένο», ποσού €4.510,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1732/20 (με α/α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... και ΑΔΑΜ: ...) Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό Ανοικτό Δημόσιο Διαγωνισμό με σκοπό τη σύναψη σύμβασης προμήθειας Φυσικού Αερίου για την κάλυψη των αναγκών αυτού και των νομικών του προσώπων (Δήμος ..., ΝΠΙΔ Κοινωφελής Δημοτική Επιχείρηση, ΝΠΔΔ Δημοτικοί παιδικοί Σταθμοί – ΚΑΠΗ, ΝΠΔΔ Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης και ΝΠΔΔ Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης). Η εκτιμώμενη αξίας της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 955.616,41 ευρώ, περιλαμβανομένου ΦΠΑ 6% (προϋπολογισμός, μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ, 901.524,91 ευρώ). Προσφορές δύνανται να υποβάλλονται

για ένα ή περισσότερα τμήματα για τη συνολική ποσότητα κάθε τμήματος. Η διάρκεια της οικείας σύμβασης ορίζεται σε δύο (2) χρόνια από την υπογραφή της. Κριτήριο κατακύρωσης ορίζεται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για το κάθε τμήμα της ανάθεσης.

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση στις 21.01.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης όπως η ίδια συνομολογεί στις 16.01.2021, δηλαδή πριν ακόμη εκκινήσει η δεκαήμερη προθεσμία από την τεκμαιρόμενη γνώση της η οποία θα συντελούνταν 15 ημέρες μετά από την ανάρτηση της στο ΚΗΜΔΗΣ, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 05.01.2021 και β) ότι κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 21.01.2021, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, στις 27.01.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και παράλληλα απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. τις από 1470/26.01.2021 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 27.01.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ζητώντας την απόρριψή της.

5. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα αναφέρει ότι το αντικείμενο της είναι η άσκηση αποκλειστικώς της δραστηριότητας προμήθειας ηλεκτρικού ρεύματος και φυσικού αερίου κατά τα οριζόμενα στο ν. 4001/2011 και προτίθεται να λάβει μέρος στον επίμαχο προκηρυχθέντα διαγωνισμό. Όμως, όπως υποστηρίζει η ίδια, η απαίτηση της Αναθέτουσας αρχής περί υποβολής οικονομικής προσφοράς εκ μέρους των συμμετεχόντων με χρήση των συντελεστών ΟΜΤΕ (Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης) και ΜΧΕ (Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας) της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο. 006 τρίτου τριμήνου 2020) παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας δεδομένου ότι οι εν λόγω συντελεστές δεν υφίσταται πλέον, επειδή από τη σχετική διάταξη νόμου (ά. 125 ν. 4549/2018) έπαυσε η υποχρέωση εφαρμογής προγράμματος ηλεκτρονικών δημοπρασιών προς διάθεση του Φυσικού Αερίου (ίσχυε μέχρι την 31.12.2020), η Επιτροπή Ανταγωνισμού δε με πρόσφατη απόφασή της (αρ. 723/2020) έκρινε ότι παύει πλέον η υποχρέωση της ...

περί εφαρμογής προγράμματος ηλεκτρονικών δημοπρασιών και ως εκ τούτου, η διάθεση Φυσικού Αερίου σε ενδιαφερόμενους αγοραστές θα γίνεται με ανταγωνιστικούς όρους προμήθειας μέσω διμερών συμβάσεων κατόπιν διαπραγμάτευσης. Άρα, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, αλλάζει άρδην ο τρόπος υπολογισμού και καθορισμού των διαφόρων χρεώσεων Φυσικού Αερίου, μεταξύ αυτών και της Χρέωσης Προμήθειας που εν προκειμένω αποτελεί τον επίμαχο συντελεστή προσδιορισμού της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων και τίθεται ζήτημα αδυναμίας σύνταξης εφαρμόσιμης οικονομικής προσφοράς υπό την έννοια ότι οι υποψήφιοι καλούνται να εφαρμόσουν σύμβαση επί τη βάσει οικονομικών στοιχείων που δεν ισχύουν και δεν θα ισχύουν. Επομένως, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά του όρου 2.4.4 της Διακήρυξης «Περιεχόμενα Φακέλου Οικονομική Προσφορά/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» και ισχυρίζεται επί λέξει 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 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), 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 (βλ. συνημμένη Ανακοίνωση ...). 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 Τα ανωτέρω ουδόλως λαμβάνονται υπόψη από την αναθέτουσα, η οποία εφαρμόζει πρακτική που υιοθετούσαν οι 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 οι 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 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 (Q)+ Χρέωση Μεταφοράς * Ποσότητα Κατανάλωσης (Q)+ 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.».

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή σχετικά με τον ως άνω υπό κρίση λόγο ισχυρίζεται ότι κατά την σύνταξη της μελέτης και την έγκριση των όρων της διακήρυξης ίσχυαν τα εξής : «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 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 ... [http:// www.....gr](http://www.....gr). 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 φυσικού αερίου 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 ... [http:// www.....gr](http://www.....gr). Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται η Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας της ετήσιας Δημοπρασίας ... Νο 006 για ποσότητες φυσικού αερίου για το 1ο τρίμηνο του 2020. Ενώ μετά τις 21.12.2020 λόγω της απόφασης της επιτροπής Ανταγωνισμού: Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = TTFm + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ). Όπου : TTFm = η τιμή που ανακοινώνεται στη στήλη « Heren Monthly Indices» του ICIS “ European Spot Gas Market” την τελευταία εργάσιμη ημέρα του μήνα που προηγείται του μήνα παραδόσεων (m) , για τον μήνα παραδόσεων (m) και για τον δείκτη TTF. Η τιμή TTFm του Ιανουαρίου 2021 είναι 0,01634€/ kWh και η οποία ορίζεται και για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού ώστε να υπάρχει σύγκριση των οικονομικών προσφορών ως προς TTFm. Με βάση τα παραπάνω προκύπτει ότι η αλλαγή αφορά τους δείκτες (ΟΜΤΕ, ΜΧΕ, TTFm) οι οποίοι ήταν σταθεροί για την ΑΑ και ανεξάρτητοι από την οικονομική προσφορά που πρόκειται να κατατεθεί απο τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς καθώς και από τον μετέπειτα τρόπο τιμολόγησης του φυσικού αερίου. Το ζητούμενο και το στοιχείο σύγκρισης και επιλογής του αναδόχου είναι το περιθώριο κέρδους. Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = ΟΜΤΕ + ΜΧΕ + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) (σύμφωνα με την διακήρυξη) Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = TTFm + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ) (με την απόφαση της ΕΑ). Για τις ανάγκες της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας οι δείκτες είχαν υπολογιστεί 0,022328165€/KWh και 0,000181284 €/KWh ενώ με τον νέο τρόπο αυτός θα είναι 0,01634€/KWh. Ωστόσο, κατά την παραλαβή και τιμολόγηση του φυσικού αερίου οι τιμές αυτές θα μεταβληθούν και θα είναι σύμφωνες με τα Δελτία τα οποία θα εκδοθούν στις σχετικές ημερομηνίες παραλαβής του αερίου. Η ΑΑ κρίνει ότι η αλλαγή αυτή προέκυψε μετά την έγκριση της μελέτης και των όρων της διακήρυξης για την δημοπράτηση του έργου και ότι δεν επηρεάζει την εξέλιξη του διαγωνισμού καθώς επίσης και ότι θα μπορούσε να θεραπευτεί με την έκδοση σχετικής διευκρίνισης η οποία θα κοινοποιηθεί προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς και θα αναρτηθεί στο portal του ΕΣΗΔΗΣ καθώς και στο web site του δήμου.».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή εν συνεχεία προχώρησε σε έκδοση διευκρίνισης, την οποία ανήρτησε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ με αριθμό

πρωτοκόλλου 1469/26.01.2021, αναφέροντας ότι λόγω της αλλαγής στον τρόπο υπολογισμού της Χρέωσης Προμήθειας σύμφωνα με την με αριθμ. 723/21-12-2020 Απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ο υπολογισμός για την Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) γίνεται: Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = TTFm + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ). Όπου : TTFm = η τιμή που ανακοινώνεται στη στήλη « Heren Monthly Indices” του ICIS “ European Spot Gas Market” την τελευταία εργάσιμη ημέρα του μήνα που προηγείται του μήνα παραδόσεων (m) , για τον μήνα παραδόσεων (m) και για τον δείκτη TTF. Η τιμή TTFm του Ιανουαρίου 2021 είναι 0,01634€/ kwh και η οποία ορίζεται και για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού ώστε να υπάρχει σύγκριση των οικονομικών προσφορών ως προς TTFm. Αντί του: Χρέωση Προμήθειας (ΧΠ) = OMTE + MXE + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ)...

9. Επειδή, εκ των ανωτέρω σκέψεων σχετικά με τον υπό κρίση πρώτο λόγο της προσφυγής, συνάγεται ότι το προσβαλλόμενο άρθρο 2.2.4. της Διακήρυξης ορίζει ότι στον μαθηματικό τύπο που θα χρησιμοποιηθεί για την ανάδειξη του μειοδότη υπάρχει το άθροισμα της OMTE (Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης της ετήσιας Δημοπρασίας ... No. 006), η MXE (Μοναδιαία Χρέωση Ευελιξίας) και το Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ). Όμως με την υπ’ αριθμ. 723/20 ομόφωνη απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ), η ... απαλλάσσεται από την υποχρέωσή της περί εφαρμογής προγράμματος διάθεσης ποσοτήτων φυσικού αερίου μέσω ηλεκτρονικών δημοπρασιών και όπως προκύπτει πια η χρέωση Προμήθειας, η οποία, ως περιλαμβάνουσα το Περιθώριο Κέρδους, δεν αποτελεί πλέον συνάρτηση της OMTE και της MXE, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Η αναθέτουσα αρχή ουσιαστικά συνομολογεί τον ως άνω ισχυρισμό της προσφεύγουσας και με τις διευκρινήσεις της άλλαξε τον τρόπο υπολογισμού της χρέωσης προμήθειας αφαιρώντας την συνάρτηση OMTE και MXE και εισάγοντας στην θέση τους την συνάρτηση TTFm + Περιθώριο Κέρδους (ΠΚ). Όμως με την προαναφερθείσα διευκρίνηση, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε σε αλλαγή ουσιώδους όρου της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ο οποίος μάλιστα τυγχάνει και ιδιαίτερα σημαντικός καθόσον πρόκειται για τον τρόπο υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς κατά τρόπο που δεν είναι παραδεκτός αφού όφειλε να ματαιώσει την διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη με τροποποίηση του όρου αυτού. Κατόπιν των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος 2.2.4 όρος της Διακήρυξης.

10. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση

προσφυγής της στρέφεται κατά του όρου 6.2 της Διακήρυξης «Παραλαβή υλικών - Χρόνος και τρόπος παραλαβής υλικών» και ισχυρίζεται ότι το περιεχόμενό του 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 ένα Σημείο Παράδοσης του Τελικού Πελάτη. 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 και ουδεμία αρμοδιότητα επιφυλλάσει 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).

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής αναφέρει επί λέξει ότι *«Στη διακήρυξη στο κεφάλαιο 6.2 Παραλαβή υλικών - Χρόνος και τρόπος παραλαβής υλικών Αναγράφεται μεταξύ άλλων : Ο ποιοτικός έλεγχος θα γίνεται με την προσκόμιση από τον ανάδοχο βεβαίωσης/πιστοποίησης του παραληφθέντος φυσικού αερίου, εφόσον ζητηθεί. Είναι σαφές ότι είναι στη διακριτική ευχέρεια (.. εφόσον ζητηθεί) και επειδή είναι γνωστό ότι δεν εξαρτάται από τον πάροχο αλλά από την ... γι ' αυτό υπάρχει το διαζευκτικό βεβαίωσης/πιστοποίησης. Όμως δεν αποτελεί συστατικό στοιχείο της παρούσας φάσης αλλά σύμφωνα με το άρθρο 208 αποτελεί στοιχείο της σύμβασης.»*.

Κατόπιν αυτού με τις προαναφερθείσες διευκρινήσεις με αριθμό πρωτοκόλλου 1469/26.01.2021, επανέλαβε το περιεχόμενο των απόψεών της όπως ακριβώς εκτέθηκε στην σκέψη της παρούσας.

12. Επειδή, εκ των ανωτέρω σκέψεων σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, καθώς και από τις διατάξεις των άρθρων 61 και 62 του τροποποιημένου Κώδικα Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΦΕΚ Β' 788/2018), 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. Επομένως, μη νόμιμα ο προσβαλλόμενος 6.2 όρος της Διακήρυξης ορίζει την ποιοτική παραλαβή του φυσικού αερίου που θα προμηθεύσει ο ανάδοχος της υπό δημοπράτηση σύμβασης από επιτροπές παραλαβής του Δήμου διότι δεν προβλέπεται τέτοια διαδικασία ποιοτικού ελέγχου του φυσικού αερίου εκ μέρους του. 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. Κατόπιν των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος 6.2 της Διακήρυξης.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

14. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τους όρους 2.4.4 και 6.2 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο ως άνω σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου ποσού €4.510,00 με κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 01 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 21 Μαρτίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ

