

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη, κατόπιν της με αρ. 8/2019 απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ και της με αρ. 25/2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ..

Για να εξετάσει την από 25.6.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 783/27-6-2019 της εταιρείας με την επωνυμία “.....” και με διακριτικό τίτλο “.....” , νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ..... (.....) – ..... (.....) και των όρων της υπ’ αριθμ. .... διακήρυξης για την Προμήθεια Φυσικού Αερίου προς Κάλυψη Λειτουργικών Αναγκών ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (δηλαδή η χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 1.770.000,00€ συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και επιβαρυνόμενο με ΦΠΑ 13% ή στο ποσό των 2.000.100,00€ συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και του αναλογούντος ΦΠΑ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 26/6/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 27/6/2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη του ..... (.....) - ..... (.....), με αντικείμενο τη σύναψη σύμβασης προμήθειας φυσικού αερίου για τις ανάγκες του ..... για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή της.

2. Επειδή το ..... (.....) – ..... (.....), ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθμ. .... διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την Προμήθεια Φυσικού Αερίου προς Κάλυψη Λειτουργικών Αναγκών ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (δηλαδή η χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 1.770.000,00€ συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και επιβαρυνόμενο με ΦΠΑ 13%. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 10-6-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 12η Ιουλίου 2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00 μμ. και η αποσφράγιση των προσφορών ορίστηκε να γίνει τέσσερις (4) εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ήτοι την 19 Ιουλίου 2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 11:00 πμ.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό ..... ποσού 8.850,00 ευρώ.

4. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την

## **Αριθμός Απόφασης : 880 /2019**

παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

6. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, ήτοι της προμήθειας ηλεκτρικού ρεύματος και φυσικού αερίου κατά τα οριζόμενα στο ν. 4001/2011, επικαλούμενη συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, δεν της επιτρέπουν να συμμετάσχει σε αυτόν.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής της υποστηρίζει ότι ουδεμία αρμοδιότητα υφίσταται προς διενέργεια ποιοτικού ελέγχου του Φυσικού Αερίου από την επιτροπή παραλαβής της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, η αναφορά του άρθρου 24 της Διακήρυξης σε διενέργεια μακροσκοπικής εξέτασης/εργαστηριακής εξέτασης/πρακτικής δοκιμασίας του Φυσικού Αερίου από την επιτροπή παραλαβής καταδεικνύει τη προφανή αντίθεση της ως άνω πρόβλεψης με τα διαλαμβανόμενα στον Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ. Με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απαιτούμενη στο άρθρο 2 του Παραρτήματος Β' «Πρόσθετα Στοιχεία Τεχνικής Προσφοράς» υπό στοιχείο (δ)

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

Υπεύθυνη Δήλωση, «για την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα παραχθεί το προϊόν, καθώς και για την αποδοχή ότι η παραγωγή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα παραγωγής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι του συμμετέχοντα την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον ανάδοχο υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή», ουδεμία σχέση παρουσιάζει με το αντικείμενο της προκηρυσσόμενης προμήθειας, υπό την έννοια ότι το Φυσικό Αέριο διακινείται μέσω του Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς και αποτελεί για την Ελλάδα απολύτως εισαγόμενο προϊόν. Και τούτο διότι η χρησιμότητα της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης προσιδιάζει σε άλλου είδους προμήθειες και όχι σε προμήθεια Φυσικού Αερίου και ως εκ τούτου δεν δύναται να προσκομισθεί από τις εταιρείες Προμήθειας Φυσικού Αερίου που αποτελούν τους δυνητικούς συμμετέχοντες στον υπό κρίση διαγωνισμό. Τέλος, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η χρέωση μεταφοράς που αποτελεί έναν εκ των παραγόντων του μαθηματικού τύπου βάσει του οποίου θα προκύψει το συμβατικό τίμημα είναι εσφαλμένη, καθόσον η Χρέωση Μεταφοράς δεν δύναται να λάβει Τιμή Αναφοράς προκαθορισμένη από την αναθέτουσα στο πλαίσιο μαθηματικού τύπου για τον προσδιορισμό του συμβατικού τιμήματος της προμήθειας Φυσικού Αερίου, διότι, εκ του νόμου, η Χρέωση Μεταφοράς εξαρτάται από την χρήση του Συστήματος Μεταφοράς Φυσικού Αερίου, σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 1 του ν. 4001/2011, ως ισχύει και Κανονισμό Τιμολόγησης Βασικών Δραστηριοτήτων ΕΣΦΑ - ΦΕΚ Β' 3014/2018. Και τούτο διότι 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 και της χρήσης του Συστήματος από τον Χρήστη Συστήματος Μεταφοράς - Προμηθευτή Φυσικού Αερίου. 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 του προφίλ κατανάλωσης της αναθέτουσας να προβούν σε εκτίμηση του κόστους Χρήσης του Συστήματος Μεταφοράς και κατ' επέκταση σε προσδιορισμό της Χρέωσης Μεταφοράς. Επιπλέον υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή θέτοντας σταθερή τιμή στη Χρέωση Μεταφοράς μόνον κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ προβλέπει ότι κατά το ενδοσυμβατικό στάδιο ο εν λόγω συντελεστής θα αποτελεί μεταβλητή, αναγνωρίζει σαφώς το μεταβλητό χαρακτήρα αυτού. Πέραν των ανωτέρω, η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να προσδώσει συγκεκριμένη σταθερή τιμή στη Χρέωση Μεταφοράς μόνον κατά το προσυμβατικό στάδιο είναι εσφαλμένη και κατά τούτο. Ήτοι, η συγκεκριμένη τιμή δεσμεύει τον προσφέροντα αποκλειστικά στο προσυμβατικό στάδιο, ενώ, ουδόλως ο τελευταίος δεσμεύεται για το ενδοσυμβατικό στάδιο. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή δεν είναι σε θέση να γνωρίζει ποιο πραγματικά θα είναι το συμβατικό τίμημα της συγκεκριμένης προμήθειας κατά την εκτέλεσή της, καθόσον η Χρέωση Μεταφοράς, ως η ίδια η αναθέτουσα αναφέρει στη σχετική Διακήρυξη (βλ. στοιχείο (3) της παρ. 1 του άρθρου 3 του Παραρτήματος Β' - σελ. 58] θα είναι μεταβλητή και θα αποδεικνύεται από τον ανάδοχο κατά την τιμολόγηση. Κατά συνέπεια, είναι πλήρως δικαιολογημένη και εύλογη η αναφορά σε παρόμοιους δημόσιους διαγωνισμούς ότι η Χρέωση Μεταφοράς είναι σταθερή για όλο το Συμβατικό Έτος, ώστε ο εκάστοτε προσφέρων και μελλοντικός ανάδοχος να δεσμεύεται για την προσφερόμενη τιμή για όλο το διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις από 4/7/2019 απόψεις της υποστηρίζει ότι Ο προσβαλλόμενος με τον πρώτο λόγο της προσφυγής όρος συνιστά αυτούσια ενσωμάτωση των διατάξεων του άρθρου 208 του Ν.4412/16, ο οποίος διέπει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία και τίθεται εν γένει στο σύνολο των δημοσίων συμβάσεων με σκοπό τη διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος. Επισημαίνει δε ότι λήφθηκε υπόψη το άρθρο 33 παρ.11.Β. του Κώδικα Διαχείρισης του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου [Υ.Α Αριθμ.Δ1/Α/5346/1 Απρ 10 (ΦΕΚ Β' 379)], όπου προβλέπονται αποζημιώσεις εκ μέρους του Διαχειριστή προς τους Χρήστες στην περίπτωση παράδοσης Φυσικού Αερίου εκτός προδιαγραφών, καλύπτουσες «κάθε επιπλέον ζημιά,

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

συμπεριλαμβανομένων των παρεπόμενων ζημιών» και το άρθρο 36 παρ.3. όπου καθορίζεται ότι «Οι Χρήστες Μεταφοράς δεν απαλλάσσονται της ευθύνης τους για το Φυσικό Αέριο που παραλαμβάνουν σε Σημείο Εξόδου επικαλούμενοι πράξη ή παράλειψη διαχειριστή Συνδεδεμένου Συστήματος ή οποιουδήποτε άλλου φυσικού ή νομικού προσώπου που έχει έννομο συμφέρον». Και ο εν λόγω όρος ετέθη ορθώς καθώς πλην του προσφεύγοντος, οι υπόλοιποι θεωρούνται τρίτοι ως προς τη σύμβαση. Επιπλέον υποστηρίζει ότι η ζητούμενη Υπεύθυνη Δήλωση περί της χώρας καταγωγής του τελικού προϊόντος απορρέει από τις διατάξεις της παρ.9. του άρθρου 43 του Ν.4605/19, οι οποίες προσθέτουν νέα παράγραφο (υπ' αριθμ. 5) στο άρθρο 94 του Ν.4412/16 που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία. Ουσιώδες στην εξεταζόμενη περίπτωση κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς έκαστου συμμετέχοντα συνιστά, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή, αποκλειστικώς και μόνον το γεγονός της υποβολής ή μη της εν λόγω Υ.Δ. και όχι η κατ' ουσίαν εξέταση του περιεχομένου αυτής, ένεκα του πρόδηλου πληροφοριακού χαρακτήρα της, λαμβάνοντας υπόψη συνδυαστικά και την απαίτηση της παρ.5. του Παραρτήματος «Γ» της (Δ-2) διακήρυξης υπό τον τίτλο «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΕΦΟΔΙΟΥ», βάσει της οποίας οι συμμετέχοντες οφείλουν (επί ποινή αποκλεισμού) να έχουν την απαραίτητη άδεια προμήθειας και να συμμορφώνονται βάσει της σχετικής νομοθεσίας (Ν.3428/2005, ΦΕΚ Β' 464/19-4-2010 και Ν.4001/2011). Επομένως εκτιμά ότι οποιοσδήποτε νομίμως αδειοδοτημένος οικονομικός φορέας συμμετάσχει στο διαγωνισμό και υποβάλλει την προαναφερθείσα Υ.Δ, ασχέτως της χώρας καταγωγής του τελικού προϊόντος, καλύπτει πλήρως τις τεθείσες εν λόγω απαιτήσεις. Τέλος , σχετικά με τον τρίτο λόγο υποστηρίζει ότι τυχόν αποδοχή της αιτίας της του προσφεύγοντος περί δυνατότητας προσδιορισμού και του συντελεστή TR εκ μέρους των συμμετεχόντων (ήτοι πέραν του premium), καθιστά αυτομάτως το διαγωνισμό αλυσιτελή, καθόσον στον ίδιο τύπο θα υφίστανται περισσότερες της μίας ετεροπροσδιοριζόμενες μεταβλητές, με αποτέλεσμα να καθίσταται πρακτικώς αδύνατη ή έστω δυσχερής [δηλαδή μόνο με τη χρήση μαθηματικών εργαλείων ανάλυσης ευαισθησίας (sensitivity analysis)] η σύγκριση των προσφορών. Πρακτικά, κατά το στάδιο υλοποίησης της σύμβασης και για τις

πραγματικές αναγκαίες ποσότητες Φυσικού Αερίου, ενδέχεται να ανατραπεί το κριτήριο του διαγωνισμού και η κατάταξη μειοδοσίας, αναλόγως των αποκλίσεων στους συντελεστές TR και P που προσέφεραν οι διαγωνιζόμενοι. Επισημαίνει δε ότι οι προηγούμενοι αντίστοιχοι διαγωνισμοί προς κάλυψη των λειτουργικών αναγκών του ....., έχουν ταυτόσημο κριτήριο ανάδειξης και διαδικασία κατάρτισης οικονομικής προσφοράς, ενώ κατά των οικείων όρων δεν ασκήθηκε έννομη προστασία κατά το στάδιο της προκήρυξης των διαγωνισμών τους και επακόλουθα τεκμαίρεται η συμφωνία των οικονομικών φορέων με τους υπόψη όρους. Παρόλα αυτά, στο πλαίσιο διαφάνειας, ισότιμης και χωρίς διακρίσεις αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων υποστηρίζει ότι θα γνωστοποιηθεί άμεσα κάθε διαθέσιμο στοιχείο κατανάλωσης των προηγούμενων ετών που αφορά στο ....., προκειμένου να διευκολυνθεί η κατάρτιση σαφών και πλήρων οικονομικών προσφορών και να περιορισθεί κατά το δυνατόν ο επιχειρηματικός κίνδυνος που ούτως ή άλλως ενυπάρχει και αναλαμβάνεται από τους οικονομικούς φορείς κατά τη συμμετοχή τους σε οποιαδήποτε δημόσια (αλλά και ιδιωτική) σύμβαση.

11. Επειδή, η Διακήρυξη στο άρθρο 2.2.1 με τίτλο «Δικαίωμα συμμετοχής» ορίζει «[...]Άρθρο 2ο Υποχρεωτικοί Όροι. Όλοι οι περιεχόμενοι – στην παρούσα διακήρυξη του επικείμενου διαγωνισμού– όροι και απαιτήσεις είναι υποχρεωτικοί για τους προσφέροντες. Η μη τήρησή τους καθιστά απαράδεκτη την προσφορά τους και τους αποκλείει από οποιαδήποτε αξιολόγηση.[...] Άρθρο 5ο Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά. 1. Ο (υπο)φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς περιλαμβάνει τα ακόλουθα : [...]β. Δικαιολογητικά τεχνικής προσφοράς : 1[...] 2) Τα λοιπά απαιτούμενα δικαιολογητικά που προσδιορίζονται στο άρθρο 1 των Ειδικών Όρων (Παράρτημα «B´»).[...] Άρθρο 24ο Απόρριψη Συμβατικών Ειδών – Παραπομπή σε Δευτεροβάθμια Επιτροπή 1. Κατά την διαδικασία παραλαβής των ειδών διενεργείται ποιοτικός και ποσοτικός έλεγχος και καλείται να παραστεί, εφόσον το επιθυμεί, ο ανάδοχος. Η σύμβαση μπορεί να προβλέπει ότι ο ποιοτικός έλεγχος γίνεται με έναν ή περισσότερους από τους παρακάτω τρόπους : α) Με μακροσκοπική εξέταση. β) Με χημική ή μηχανική εξέταση (εργαστηριακή εξέταση). γ) Με πρακτική δοκιμασία[...]. Στο δε ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ

«Β΄» ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ , το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της υπόψη διακήρυξης ορίζεται «[...]ΜΕΡΟΣ 2 ο : Δικαιολογητικά – Κατάρτιση Προσφορών. Άρθρο 2ο Πρόσθετα Στοιχεία της Τεχνικής Προσφοράς. 1. [Γενικοί Όροι (ΓΟ) : άρθρο 5, παραγρ. 1.β.(2)] Εκτός από τα προβλεπόμενα στο άρθρο 5, παραγρ. 1.β.(2) των Γενικών Όρων δικαιολογητικά, στον (υπο)φάκελο της τεχνικής προσφοράς, επί ποινή απορρίψεως, θα πρέπει να περιλαμβάνονται τα εξής :[...] δ. Υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 παραγρ. 4 του Ν.1599/86, όπως εκάστοτε ισχύει, υπογεγραμμένη ψηφιακά, με ημερομηνία υπογραφής εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου υπογραφής από αρμόδια διοικητική αρχή ή ΚΕΠ, για την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα παραχθεί το προϊόν, καθώς και για την αποδοχή ότι η παραγωγή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα παραγωγής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι του συμμετέχοντα την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον ανάδοχο υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή.[...] Άρθρο 3ο Κριτήριο Ανάδειξης Αναδόχου – Κατάρτιση της Οικονομικής Προσφοράς 1. [ΓΟ : άρθρο 6, παρ. 1.α] : Εκτός από τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 6 παρ.1.α. των Γενικών Όρων του Παραρτήματος «Α» της παρούσας, οι συμμετέχοντες κατά την κατάρτιση της οικονομικής προσφοράς τους, θα πρέπει να λάβουν υπόψη και τα ακόλουθα: α. Το προσφερόμενο συμβατικό τίμημα για το φυσικό αέριο σε ευρώ προκύπτει από την εφαρμογή του παρακάτω τύπου :  $CP = (SP+TR+P)*Q + DIST$ . Όπου : (1) CP : Είναι το συμβατικό τίμημα σε ευρώ, (2) SP : Είναι η τιμή της προμήθειας σε Ευρω/Mwh σύμφωνα με τον ακόλουθο τύπο :  $SP = P_{\text{auction}}/ER$ , όπου  $P_{\text{auction}}$  : Σε €/MwhΑΘΔ ορίζεται η “Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης”, όπως αυτή προσδιορίζεται στη διακήρυξη της ετήσιας Δημοπρασίας ΔΕΠΑ Νο 005-1 0 τρίμηνο 2019 ή στην εκάστοτε ισχύουσα τη στιγμή της τιμολόγησης (ήτοι τις οριστικές μοναδιαίες τιμές εκκίνησης των αντίστοιχων τριμήνων του 2019 εφόσον αυτές έχουν δημοσιευτεί στην επίσημη ιστοσελίδα της ΔΕΠΑ). Ακολούθως, ER: Ορίζεται η ισοτιμία αναφοράς Ευρώ –



## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

Δολαρίου ΗΠΑ. Διευκρινίζεται ότι το Pauction θα μετατρέπεται σε Ευρώ/MwhΑΘΔ βάσει της “ισοτιμίας αναφοράς Ευρώ - Δολαρίου ΗΠΑ”, όπως αυτή ανακοινώνεται από την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα κατά την 5η εργάσιμη του μήνα που ακολουθεί το μήνα κατανάλωσης. Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ορίζεται ως συναλλαγματική ισοτιμία του ΕΥΡΩ προς το ΔΟΛΑΡΙΟ ΗΠΑ (€/€) ο μέσος όρος ισοτιμιών Μαΐου 2019 (1€ = 1.1186\$), όπως αυτή έχει δημοσιευτεί από την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα (www.ecb.int). (3) TR : Είναι η χρέωση Μεταφοράς, για την οποία ορίζεται Τιμή Αναφοράς ίση με 5,33 €/Mwh, σύμφωνα με τον Νέο Κανονισμό Τιμολόγησης Βασικών Δραστηριοτήτων ΕΣΦΑ, ο οποίος τίθεται σε ισχύ από 1/1/2017. Επισημαίνεται ότι ο εν λόγω συντελεστής λαμβάνει σταθερή τιμή μόνο για τις ανάγκες της υπό εξέλιξη διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την ευχερή σύγκριση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων. Αποσαφηνίζεται ότι κατά το ενδοσυμβατικό στάδιο ο συντελεστής TR αποτελεί πλέον μεταβλητή και ο αντισυμβαλλόμενος οφείλει να αποδεικνύει τη χρέωση του φυσικού αερίου κατά το χρόνο αναφοράς του τιμολογίου (ανά τιμολόγιο πληρωμής). (4) P : Είναι το premium (μικτό κέρδος) του προμηθευτή σε Ευρώ/Mwh. (5) Q : Είναι η ποσότητα Φ.Α. σε MwhΑΘΔ που τιμολογείται. Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού και για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών ως Q ορίζεται η εκτιμώμενη ποσότητα άρθρου 1, παραρτήματος «Α» διακήρυξης. (6) DIST : Είναι η Χρέωση Διανομής σε Ευρώ όπως χρεώνεται από την ΕΔΑ Αττικής στον προμηθευτή για κάθε Τελικό Πελάτη (.....) για χρήση. Ο προμηθευτής μετακυλύει το ακριβές ποσό που θα έχει διάφορα σκέλη (χρέωση δυναμικότητας, χρέωση ενέργειας) στον Τελικό Πελάτη (.....) αυτούσιο. Σημειώνεται ότι η Χρέωση Διανομής καθορίζεται σύμφωνα με την έγκριση Κανονισμού Τιμολόγησης Διανομής Φυσικού Αερίου των δικτύων διανομής Αττικής, Θεσσαλονίκης, Θεσσαλίας και λοιπής Ελλάδας (ΦΕΚ Β' 3067/26-9-16 & ΦΕΚ Β' 3490/31-10-16) και τις υπ' αριθμ. 328/16 & 345/2016 αποφάσεις της ΡΑΕ για την Έγκριση Τιμολογίου για τη Χρέωση της Βασικής Δραστηριότητας Διανομής Φυσικού Αερίου και υπολογίζεται ως εξής:  $DIST = (\Sigma DK * M\Omega\Pi) * (N/365) + (\Sigma EK * Q)$ , όπου ΣΔΚ: Είναι ο Συντελεστής Χρέωσης Δυναμικότητας

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

και ισούται με 1.129,0420 €/MWh/h για την εμπορική χρήση και με 1.128,4007 €/MWh/h για τη χρήση συμπαραγωγής και ΣΕΚ: Είναι ο Συντελεστής Χρέωσης Ενέργειας και ισούται με 14,4818 €/MWh για την εμπορική χρήση και με 3,8057 €/MWh για τη χρήση συμπαραγωγής[...].» Επιπλέον, με το με Αρ. Πρωτοκ: Φ.831/2839 /Σ.826/9-9-2019 έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή απάντησε σε διευκρινιστικά ερωτήματα διαγωνιζομένων ως κάτωθι « 2ο Ερώτημα : Στο Παράρτημα Β' «ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ», Μέρος 2ο , άρθρο 2, παράγραφος 1 στοιχείο «δ» προβλέπεται επί ποινή απορρίψεως, η υποβολή εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό Υπεύθυνης Δήλωσης, «για την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα παραχθεί το προϊόν, καθώς και για την αποδοχή ότι η Παραγωγή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα Παραγωγής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι του συμμετέχοντα την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον ανάδοχο υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή». Παρακαλούμε όπως διευκρινίσετε επακριβώς το κείμενο που θα πρέπει να αναγράφει η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση, δεδομένων ότι αφενός η εν λόγω υποχρέωση συνιστά λόγο απόρριψης και ταυτόχρονα αντίστοιχη υπεύθυνη δήλωση δεσμεύει τον δηλούντα και αφετέρου το προς προμήθεια Φυσικό Αέριο είναι προϊόν εισαγόμενο, το οποίο υπόκειται στους απαραίτητους ποιοτικούς ελέγχους από τον Διαχειριστή του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΕΣΦΑ), ο οποίος και είναι ο μόνος αρμόδιος να διαπιστώσει εάν πληρούνται οι συνθήκες παράδοσης του Φυσικού Αερίου, διότι άλλως καθίσταται αδύνατο να προσκομισθεί από τους δυνητικούς συμμετέχοντες στον παρόντα διαγωνισμό ήτοι τις εταιρείες Προμήθειας Φυσικού Αερίου. Απάντηση : Η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 94 του Ν.4605/19. Σε καμία περίπτωση η Υπηρεσία μας δεν μπορεί να υποδείξει περιεχόμενο υπεύθυνων δηλώσεων καθώς η υποβολή τους γίνεται με ευθύνη των υποψηφίων συμμετεχόντων. Η συμμόρφωση δε των κατατιθέμενων δικαιολογητικών- υπεύθυνων δηλώσεων ως προς το περιεχόμενο και τον τύπο αξιολογείται από αρμόδια επιτροπή (Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού).

12. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Η 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, προβλέπονται στις διατάξεις των άρθρων 61 και 62 του τροποποιημένου Κώδικα Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΦΕΚ Β' 788/2018): «*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 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 ζημίες 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*

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

συναλλαγών.».

Οι προδιαγραφές δε ποιότητας που πρέπει να έχει το φυσικό αέριο που διακινείται εντός του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου, ορίζονται στο παράρτημα Ι, εξάλλου, του πιο πάνω Κώδικα: «*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°C σε πίεση αναφοράς 80 barg.
11. *Σημείο Δρόσου Υδρογονανθράκων*: Το Σημείο Δρόσου Υδρογονανθράκων δεν πρέπει να ξεπερνά τους +3°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 οC και μεγαλύτερη από 50ο C. Σε εξαιρετικές συνθήκες λειτουργίας του ΕΣΜΦΑ ή εξαιτίας τεχνικών λόγων και οπωσδήποτε για περιόδους που δεν ξεπερνούν τις 4 ώρες, η θερμοκρασία δύναται να είναι μικρότερη των -5ο C. Στην περίπτωση αυτή η θερμοκρασία του Φυσικού Αερίου θα πρέπει να είναι οπωσδήποτε υψηλότερη των -10οC και τουλάχιστον κατά 5 ο C υψηλότερη από την θερμοκρασία WDP του Φυσικού Αερίου στην πίεση λειτουργίας ...» Στο δε ΚΕΦΑΛΑΙΟ 5 ΠΑΡΑΔΟΣΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ ΣΤΟ ΕΣΜΦΑ προβλέπονται οι Συνθήκες Παράδοσης Φυσικού Αερίου σε Σημεία Εισόδου (άρθρο 30), ο τρόπος Παράδοσης Φυσικού Αερίου από τους Χρήστες Μεταφοράς (άρθρο 31), η Απαλλαγή από την υποχρέωση αποδοχής παράδοσης Φυσικού Αερίου (άρθρο 32), οι υποχρεώσεις του Διαχειριστή σε περίπτωση Παράδοσης Αερίου Εκτός Προδιαγραφών (άρθρο 33), οι υποχρεώσεις και τα δικαιώματα του Διαχειριστή σε περίπτωση διαπίστωσης Παραβίασης Ελάχιστης Πίεσης Εισόδου (άρθρο 34) στο δε ΚΕΦΑΛΑΙΟ 6 ΠΑΡΑΛΑΒΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ ΑΠΟ ΤΟ ΕΣΜΦΑ ορίζονται μεταξύ άλλων οι Συνθήκες Παραλαβής Φυσικού Αερίου σε Σημεία Εξόδου(άρθρο 35 ), και τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των χρηστών Μεταφοράς κατά την Παραλαβή Φυσικού Αερίου (άρθρο 36 και 37 ).

13. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται τα ακόλουθα : 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, τοποθετημένο σε κάθε σημείο εισόδου και εξόδου του αερίου από το Σύστημα, πιστοποιημένο από το Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου. Συνεπώς , ο Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΕΣΦΑ) εκ του νόμου υποχρεούται να προβαίνει σε κάθε αναγκαία ενέργεια ώστε να διαπιστώσει αν πληρούνται οι συνθήκες παράδοσης του φυσικού αερίου, με άλλα λόγια η ποιότητα του φυσικού αερίου ελέγχεται μόνο από τον τελευταίο και

σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να διενεργηθεί από άλλο όργανο. Άλλωστε, 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. Ως εκ τούτου, και με δεδομένη την μη απαλλαγή του χρήστη το άρθρο 25 της υπόψη διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο *«Κατά την διαδικασία παραλαβής των ειδών διενεργείται ποιοτικός και ποσοτικός έλεγχος και καλείται να παραστεί, εφόσον το επιθυμεί, ο ανάδοχος. Η σύμβαση μπορεί να προβλέπει ότι ο ποιοτικός έλεγχος γίνεται με έναν ή περισσότερους από τους παρακάτω τρόπους : α) Με μακροσκοπική εξέταση. β) Με χημική ή μηχανική εξέταση (εργαστηριακή εξέταση). γ) Με πρακτική δοκιμασία[...]*», μη νόμιμα, προβλέπει τη διενέργεια *μακροσκοπικής, χημικής ή μηχανικής εξέτασης (εργαστηριακής εξέτασης) ή πρακτικής δοκιμασίας* του φυσικού αερίου που θα προμηθεύσει ο ανάδοχος της υπό δημοπράτηση σύμβασης από επιτροπές παραλαβής της αναθέτουσας, αφενός διότι δεν προβλέπεται καμία τέτοια διαδικασία ελέγχου του φυσικού αερίου από τον τελικό πελάτη, εν προκειμένω την αναθέτουσα αρχή, 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 με τις ως άνω μεθόδους που προβλέπονται στη διακήρυξη. 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 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 του άρθρου 24 προβλέπει διαζευκτικά διάφορους τρόπους α) *Με μακροσκοπική*

εξέταση. β) Με χημική ή μηχανική εξέταση (εργαστηριακή εξέταση). γ) Με πρακτική δοκιμασία[...], η παρ. 2 δ) όμως, του άρθρου 208 του ν. 4412/2016 ρητώς προβλέπει ότι «...Η σύμβαση μπορεί να προβλέπει ότι ο ποιοτικός έλεγχος γίνεται [...] δ) [...] και με οποιοδήποτε 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. (ΑΕΠΠ 465/2019). Αλυσιτελώς δε προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή ότι ο εν λόγω όρος ετέθη για την διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος, δεδομένου του αριθμού των εμπλεκόμενων φορέων που μεσολαβούν μέχρι την παραλαβή του φυσικού αερίου από τον τελικό χρήστη, ήτοι το ..... , καθώς πλην του προσφεύγοντος οι υπόλοιποι θεωρούνται τρίτοι στη σύμβαση και τούτο διότι οι όποιες υποχρεώσεις, ευθύνες και αποζημιώσεις προβλέπονται σαφώς από τον Κανονισμό ΔΕΣΦΑ. Συνακόλουθα, ο οικείος όρος της διακήρυξης περί ποιοτικής παραλαβής α) Με μακροσκοπική εξέταση. β) Με χημική ή μηχανική εξέταση (εργαστηριακή εξέταση). γ) Με πρακτική δοκιμασία, του φυσικού αερίου που ο ανάδοχος θα προμηθεύσει το ..... πρέπει να ακυρωθεί.

14. Επειδή σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Ο ισχύων, πλέον, ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ( Α΄147), που είναι εφαρμοστέος στον επίδικο διαγωνισμό, ορίζει στο Άρθρο 94 Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά» ότι «[...] 4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.5.α. Ειδικά στις συμβάσεις προμηθειών οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να ζητούν από τους προσφέροντες να δηλώνουν στην τεχνική τους

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

προσφορά τη χώρα καταγωγής του τελικού προϊόντος που προσφέρουν. β. Στην περίπτωση που ζητείται στην τεχνική προσφορά η ανωτέρω δήλωση, ο προσφέρων, εφόσον κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν, πρέπει να δηλώνει στην προσφορά του, την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσει το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχει η ανωτέρω δήλωση, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν, σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν και υπεύθυνη δήλωσή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχουν οι ανωτέρω δηλώσεις θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι υπεύθυνες δηλώσεις φέρουν υπογραφή μετά την έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης.» Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται τα ακόλουθα : Κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να ζητούν από τους προσφέροντες να δηλώνουν στην τεχνική τους προσφορά τη χώρα καταγωγής του τελικού προϊόντος που προσφέρουν. Εφόσον, επομένως ζητείται η εν λόγω δήλωση, Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν, σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επισυνάπτουν δε και υπεύθυνη δήλωση προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε



## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Στην υπόψη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο διαγωνισμό, αποτελώντας το κανονιστικό του πλαίσιο, και συγκεκριμένα στο άρθρο 2 του Παραρτήματος Β «Πρόσθετα Στοιχεία Τεχνικής Προσφοράς» προβλέπεται υποβολή εκ μέρους του συμμετέχοντος διαγωνισμό υπό στοιχείο (δ) Υπεύθυνης Δήλωσης, *«για επιχειρηματική μονάδα οποία Θα παραχθεί προϊόν, καθώς και για αποδοχή ότι Παραγωγή του τελικού προϊόντος Θα γίνει από επιχείρηση οποία ανήκει οποία εκμεταλλεύεται ολικά μερικά μονάδα Παραγωγής του τελικού προϊόντος και ότι νόμιμος εκπρόσωπος επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι συμμετέχοντα εκτέλεση συγκεκριμένης προμήθειας, περίπτωση κατακύρωση ανάδοχο υπέρ του οποίου έγινε αποδοχή»*. Η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση, η οποία ναι μεν απορρέει από το άρθρο 94 παρ. 5α του ν. 4412/2016 , ως τροποποιήθηκε με την παρ. 9 του άρθρου 43 του ν. 4605/2019, πλην όμως, ως ελέχθη, εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η απαίτηση της ή όχι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να συμπεριληφθεί στα απαιτούμενα δικαιολογητικά της προσφοράς. Και τούτο διότι, ως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα διακινείται μέσω του Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς και αφης στιγμής εγχέεται στο Εθνικό Σύστημα αποτελεί ένα ενιαίο σύνολο, χωρίς να υπάρχει η δυνατότητα γνώσης από τον εκάστοτε Προμηθευτή Φυσικού Αερίου τη Χώρα προέλευσης του Αερίου που προμηθεύει τους Πελάτες του. Υπό τα δεδομένα αυτά, η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση είναι εν τοις πράγμασι αδύνατο να υπογραφεί και να προσκομιστεί από τον προσφέροντα με το απαιτούμενο περιεχόμενο, γεγονός το οποίο ομολογεί εμμέσως και η αναθέτουσα αρχή, ισχυριζόμενη ότι ουσιώδες κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς δεν αποτελεί η κατουσίαν εξέταση του περιεχομένου της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης, αλλά αποκλειστικά και μόνο η υποβολή ή όχι αυτής. Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή παραδέχεται την εκ των πραγμάτων αδυναμία εκ μέρους των συμμετεχόντων δήλωσης και αναγραφής των απαιτούμενων αναγκαίων στοιχείων και δη την χώρα προέλευσης και την επιχειρηματική μονάδα που θα παραχθεί το υπό προμήθεια προϊόν, καθιστώντας με τον τρόπο αυτό αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή για τους ενδιαφερομένους την διαμόρφωση της προσφοράς τους, συνομολογώντας ότι δεν θα ελεγχθεί η ακρίβεια ή όχι των δηλωθέντων ,

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

παρά μόνο η υποβολή ή όχι της εν λόγω δήλωσης . Εξάλλου, ούτε με το από 9-7-2019 έγγραφο διευκρινήσεων της, ως ανωτέρω, εξειδίκευσε περαιτέρω το περιεχόμενο που απαιτείται να φέρει η ως άνω δήλωση, παρόλο που για άλλη μια φορά, άλλη ενδιαφερόμενη συμμετέχουσα εταιρεία, επισήμανε ότι καθίσταται αδύνατο να προσκομισθεί από τους δυνητικούς συμμετέχοντες στον παρόντα διαγωνισμό ήτοι τις εταιρείες Προμήθειας Φυσικού Αερίου, διότι το προς προμήθεια Φυσικό Αέριο είναι προϊόν εισαγόμενο, το οποίο υπόκειται στους απαραίτητους ποιοτικούς ελέγχους από τον Διαχειριστή του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΕΣΦΑ), ο οποίος και είναι ο μόνος αρμόδιος να διαπιστώσει εάν πληρούνται οι συνθήκες παράδοσης του Φυσικού Αερίου, διότι άλλως. Ως εκ τούτου, ο προαναφερθέντας όρος της διακήρυξης είναι μη σύννομος, περιορίζει αδικαιολογήτως τον ανταγωνισμό και τελεί σε δυσαναλογία με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και πρέπει να ακυρωθεί.

15. Επειδή σχετικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Από το παρατιθέμενο στην σκέψη 11 περιεχόμενο της Διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού προκύπτει ότι ο συντελεστής TR αντιστοιχεί στη Χρέωση Μεταφοράς, για την οποία ορίζεται τιμή αναφοράς ίση με 5,33€/Mwh, επισημαίνεται δε ότι αφενός στον εν λόγω συντελεστή προσδιορίζεται σταθερή τιμή μόνο για τις ανάγκες της υπό εξέλιξη διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την ευχερή σύγκριση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων και αφετέρου ότι ο συντελεστής TR κατά το ενδοσυμβατικό στάδιο θα είναι μεταβλητός και ο αντισυμβαλλόμενος οφείλει να αποδεικνύει τη χρέωση μεταφοράς του φυσικού αερίου κατά το χρόνο αναφοράς του τιμολογίου [ανά τιμολόγιο πληρωμής]».Υπό τα δεδομένα αυτά, η Χρέωση Μεταφοράς που αποτελεί έναν εκ των παραγόντων του μαθηματικού τύπου βάσει του οποίου θα προκύψει το συμβατικό τίμημα και εν τέλει θα ανακηρυχθεί ο ανάδοχος, από τη μια θα έχει σταθερή τιμή για τη συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό με σκοπό την ανάδειξη του αναδόχου και από την άλλη θα έχει μεταβλητή τιμή κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Αναγνωρίζεται , επομένως από την αναθέτουσα αρχή ο μεταβλητός χαρακτήρας αυτής με συνέπεια, ως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ο

## Αριθμός Απόφασης : 880 /2019

υφιστάμενος προμηθευτής της αναθέτουσας αρχής να βρίσκεται σαφώς σε πλεονεκτική θέση έναντι των υπολοίπων συμμετεχόντων. Και τούτο διότι είναι ο μοναδικός από τους εν δυνάμει υποψηφίους που γνωρίζει τις καταναλώσεις τουλάχιστον του προηγούμενου έτους, με αποτέλεσμα η σταθερή τιμή της χρέωσης μεταφοράς που έχει οριστεί από την αναθέτουσα αρχή μόνο για την εφαρμογή του τύπου στο στάδιο αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η χρήση του συστήματος μεταφοράς σχετίζεται άμεσα με το προφίλ των καταναλωτών του εκάστοτε προμηθευτή, ως βάσιμα επισημαίνει η προσφεύγουσα, οδηγεί αναπόφευκτα στην στρέβλωση του υγιούς ανταγωνισμού και στην άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων καθώς του δίνεται η δυνατότητα να διαμορφώσει την οικονομική προσφορά του με τρόπο ώστε να προσφέρει πολύ μικρό μικτό περιθώριο κέρδους ( P-premium) καλύπτοντας ωστόσο τη διαφορά που ενδεχομένως να προκύψει από τη χρέωση μεταφοράς μεταγενέστερα, ήτοι κατά την εκτέλεση της σύμβασης, για την οποία δεν θα έχει δεσμευτεί κατά τα οριζόμενα στην υπόψη διακήρυξη κατά το στάδιο σύνταξης και υποβολής της οικονομικής προσφοράς του. Την εν λόγω κρίση, συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθειμένες απόψεις της, η οποία δεσμεύεται ότι *«θα γνωστοποιηθεί άμεσα κάθε διαθέσιμο στοιχείο κατανάλωσης των προηγούμενων ετών που αφορά στο ....., προκειμένου να διευκολυνθεί η κατάρτιση σαφών και πλήρων οικονομικών προσφορών και να περιοριστεί κατά το δυνατόν ο επιχειρηματικός κίνδυνος που ούτως ή άλλως ενυπάρχει και αναλαμβάνεται από τους οικονομικούς φορείς κατά τη συμμετοχή τους σε οποιαδήποτε δημόσια ( αλλά και ιδιωτική) σύμβαση. Πλην όμως η αναθέτουσα αρχή ουδόλως γνωστοποίησε στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς κανένα οικονομικό στοιχείο, παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της, καθιστώντας με τον τρόπο αυτό αδύνατο να συντάξουν οι ενδιαφερόμενοι την οικονομική προσφορά τους, με τρόπο που να διασφαλίζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης σε σχέση με τον υφιστάμενο προμηθευτή του ..... και του υγιούς ανταγωνισμού. Συνεπώς, αφενός η δημοσίευση των δεδομένων κατανάλωσης των προηγούμενων ετών από την αναθέτουσα αρχή θα παρέχει στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς όλα τα αναγκαία εκείνα στοιχεία για τον υπολογισμό του συμβατικού τιμήματος, διασφαλίζοντας με τον*

τρόπο αυτό την αποφυγή επιπλέον χρεώσεων κατά την εκτέλεση της σύμβασης και αφετέρου η σταθερότητα της χρέωσης μεταφοράς για όλο το συμβατικό έτος, η οποία ως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα κατά παράβαση της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης δεν προβλέπεται από την υπόψη διακήρυξη, θα εξασφαλίσει τη δέσμευση εκ μέρους των μελλοντικών αναδόχων για την προσφερόμενη τιμή για όλο το διάστημα της εκτέλεσης της σύμβασης, ακόμη και σε περίπτωση που ο Ανάδοχος θα κληθεί να προμηθεύσει υπερβάλλουσα ή υπολειπόμενη ποσότητα Φυσικού Αερίου από την συμβατική. Αλυσιτελής, τέλος παρίσταται και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ταυτόσημο κριτήριο ανάδειξης και διαδικασία κατάρτισης οικονομικής προσφοράς υπήρχε σε προηγούμενους προηγηθέντες διαγωνισμοί κατά των οικείων όρων των οποίων δεν ασκήθηκε έννομη προστασία κατά το στάδιο της προκήρυξης των διαγωνισμών τους και τούτο προεχόντως ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (ΣΤΕ 4299/2009, 3280/2007 Ε.Α. ΣΤΕ 416/2013, 215/2013, 1019/2010). Υπό τα δεδομένα αυτά ο λόγος της προσφυγής κρίνεται βάσιμος και ο οικείος όρος της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί.

16. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη όρων, που άπτονται των προϋποθέσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων είναι πιθανό να εμπόδισαν τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου να επαναπροκηρυχθεί κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 13, 14 και 15 κρίθηκε ότι πρέπει να ακυρωθούν.

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

**Αριθμός Απόφασης : 880 /2019**

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .... διακήρυξη με την οποία το ..... (.....) – ..... (.....) προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την Προμήθεια Φυσικού Αερίου προς Κάλυψη Λειτουργικών Αναγκών ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (δηλαδή η χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 1.770.000,00€ συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και επιβαρυνόμενο με ΦΠΑ 13%, κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 13, 14 και 15 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με κωδικό ..... ποσού 8.850,00 ευρώ που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 29 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε την 4-8-2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ**