

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 9 Ιουλίου 2020, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσιγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.06.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 684/04-06-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής «...»), που εδρεύει στην ..., ... αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ..., που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»).

Με την Προδικαστική της Προσφυγή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. Πρωτ. ... Διακήρυξης του Δήμου ... για την «προμήθεια ηλεκτρικού ρεύματος (Ομάδα Α) και φυσικού αερίου (Ομάδα Β) Δήμου ... και νομικών προσώπων του» (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), αιτούμενη την ακύρωση αυτής άλλως την τροποποίησή της ως προς τον όρο 2.2.6, καθώς και τη λήψη προσωρινών μέτρων δυνάμει του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 3684/04-06-2020 Προδικαστική Προσφυγή, εισήχθη προς συζήτηση ενώπιον της Επταμελούς Σύνοψης της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθ. 851/2020 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 Ν. 4412/2016 «Δημόσιες

Αριθμός απόφασης: 12/2020

Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 5.467,26€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), για το τμήμα του διαγωνισμού για το οποίο ασκείται η παρούσα, Ομάδα Α «ηλεκτρικό ρεύμα», προϋπολογισμού 1.211.371,0 ευρώ με Φ.Π.Α. Εντούτοις και δοθέντος ότι η αξία του προσκομιζόμενου παραβόλου έχει υπολογισθεί βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας για την Ομάδα Α, χωρίς Φ.Π.Α., πλην όμως, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης αυτής, ως η προσφεύγουσα δηλώνει (σελ. 2 της Προσφυγής), η αξία του οποίου δε λαμβάνεται υπόψη κατά τον υπολογισμό της αξίας του νόμιμου παραβόλου - αφού η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθοριστεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Σ.τ.Ε. ΕΑ 187/2017, 10/2017, Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017) - η αξία αυτού που υπερβαίνει το νόμιμο, προς καταβολή ποσό, θα πρέπει να αφαιρεθεί από το ποσό που έχει δεσμευθεί από την Α.Ε.Π.Π. και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα με την παρούσα, σε περίπτωση απόρριψης της Προσφυγής, αφού τότε μόνο καταπίπτει το καταβληθέν παράβολο, ενώ σε περίπτωση αποδοχής αυτής επιστρέφεται, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017

3. Επειδή, με την υπ' αριθ. Πρωτ. ... Διακήρυξη του Δήμου ... προκηρύχθηκε η διενέργεια δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού, διεθνούς, διαγωνισμού, για την ανάθεση της σύμβασης για την προμήθεια ηλεκτρικού

Αριθμός απόφασης: 12/2020

ρεύματος (Ομάδα Α) και φυσικού αερίου (Ομάδα Β) Δήμου ... και των νομικών προσώπων του προϋπολογισμού 2.159.699,51 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και συγκεκριμένα των ειδών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της Διακήρυξης: Ομάδα Α, «ηλεκτρικό ρεύμα» με προϋπολογισμό 1.211.371,0 ευρώ και δικαίωμα προαίρεσης σε ποσοστό 15% Ομάδα Β, «φυσικό αέριο» με προϋπολογισμό 720.948,21 € και δικαίωμα προαίρεσης σε ποσοστό 30%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά ομάδα (χαμηλότερη τιμή) και αναφορικά με την Ομάδα Α, «ηλεκτρικό ρεύμα» η προσφορά της χαμηλότερης τιμής στις ανταγωνιστικές χρεώσεις. Η υπόψη Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 12.05.2020 και με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Ειδικότερα και σύμφωνα με το άρθρο 1.4 «Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» της Διακήρυξης «αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια ηλεκτρικού ρεύματος και φυσικού αερίου για το Δήμο ... και Νομικών του προσώπων: α) Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης και β) Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης. Η παρούσα σύμβαση κατηγοριοποιείται στις κάτωθι δύο (2) ομάδες με τις υπο-ομάδες τους: Ομάδα Α: Ηλεκτρικό ρεύμα Υπο-Ομάδα Α1: Ηλεκτρικό ρεύμα / Δήμος ... Ομάδα Β: Φυσικό αέριο Υπο-Ομάδα Β1: Φυσικό αέριο / Δήμος ... Υπο-Ομάδα Β2: Φυσικό αέριο / Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης Υπο-Ομάδα Β3: Φυσικό αέριο / Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης».

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του ανωτέρω αντικείμενου του (προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας), στο οποίο κατατείνει η υπόψη σύμβαση, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στον υποτομέα ΟΤΑ και του χρόνου αποστολής (08.05.2020) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας

Αριθμός απόφασης: 12/2020

2014/24/ΕΕ και του Βιβλίου Ι (άρθρο 3 - 221), καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 12.05.2020 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 04.06.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία έλαβε χώρα στις 27.05.2020, ως η προσφεύγουσα συνομολογεί (σελ. 4 της Προσφυγής) και η οποία πλήρης γνώση, κατά Νόμο, όταν η προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης και δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο, τότε η γνώση αυτή, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (βλ. Σ.τ.Ε ΕΑ 61/2020, 41/2020, πρβλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 56/2020, 109/2019).

5. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Συνεπώς, εν γένει παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 3 του Π.Δ. 39/2017, στοιχειοθετώντας το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικείμενου του

Αριθμός απόφασης: 12/2020

υπό εξέταση διαγωνισμού, προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχοντας άμεσο, ενεστώδες και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη και ο προσβαλλόμενος όρος αυτής, δοθέντος ότι - ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - δια του συγκεκριμένου προσβαλλόμενου όρου υφίσταται ζημία, αφού καθίσταται αφενός αδύνατη, άλλως υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και αφετέρου τίθεται η υπό διαμόρφωση προσφορά της σε δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, παραβιάζοντας κατά τούτο η προσβαλλόμενη Διακήρυξη την αρχή της ισότητας και της αποφυγής των διακρίσεων των διαγωνιζομένων. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή κατά το μέρος που ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και κατά τούτο θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

6. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε το με αριθ. πρωτ. 9375/11.06.2020 έγγραφο απόψεών της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασής της, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα σε αυτό, ενώ παραδεκτώς υποβλήθηκε στις 02.07.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημα της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (09.07.2020), αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη στο Κεφάλαιο 2.2 αυτής «*Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής*» και πιο συγκεκριμένα, στον όρο 2.2.6 περί «*Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας*», ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι «*Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην ΟΜΑΔΑ Α (Ηλεκτρικό Ρεύμα) θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να είναι προμηθευτές και παραγωγοί ηλεκτρικού ρεύματος*». Ωστόσο, η απαίτηση αυτή της προσβαλλόμενης να συντρέχει η ιδιότητα του παραγωγού ηλεκτρικού ρεύματος στο πρόσωπο των οικονομικών φορέων που

Αριθμός απόφασης: 12/2020

μετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία είναι εσφαλμένη και ως εκ τούτου ακυρωτέα, δοθέντος ότι, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, Ν. 4001/2011, ο προμηθευτής ηλεκτρικής ενέργειας υποχρεούται να διαθέτει τη σχετική άδεια προμήθειας και μόνο και όχι άδεια λειτουργίας Μονάδας Κατανεμημένης Ηλεκτροπαραγωγής σε ισχύ, δηλαδή να είναι και ηλεκτροπαραγωγός.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...]. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Επέκεινα, σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών [...]. 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να

Αριθμός απόφασης: 12/2020

επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α`, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β`, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β` για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α` για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

9. Επειδή, με το Ν.4001/2011 (ΦΕΚ Α'179) «Για τη λειτουργία Ενεργειακών Αγορών Ηλεκτρισμού και Φυσικού Αερίου για Έρευνα, Παραγωγή και Δίκτυα Μεταφοράς υδρογονανθράκων και άλλες ρυθμίσεις», μεταφέρθηκε στο εθνικό μας δίκαιο μεταξύ άλλων και η Οδηγία 2009/72/ΕΚ του Ευρωπαϊκού

Αριθμός απόφασης: 12/2020

Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 «Σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας [...]». Στο Νόμο αυτό, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει ορίζεται στο άρθρο 1 «Σκοπός και πεδίο εφαρμογής» ότι «(σ)κοπός του παρόντος νόμου είναι η ενσωμάτωση στην ελληνική νομοθεσία των διατάξεων της Οδηγίας 2009/72/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 "Σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και για την κατάργηση της Οδηγίας 2003/54/EK" (EE L 211 της 14.8.2009) και της Οδηγίας 2009/73/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 "Σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά Φυσικού Αερίου και την κατάργηση της Οδηγίας 2003/55/EK" (EE L 211 της 14.8.2009). Οι δραστηριότητες της παραγωγής, της προμήθειας, της αγοράς, της μεταφοράς και της διανομής Φυσικού Αερίου και ηλεκτρικής ενέργειας [...] ασκούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου αυτού [...], στο άρθρο 2 «Ορισμοί» ότι «1. Για την εφαρμογή του παρόντος νόμου οι όροι που χρησιμοποιούνται στις διατάξεις αυτού έχουν την ακόλουθη έννοια: (α) Ανεξάρτητοι Διαχειριστές Μεταφοράς: Οι διαχειριστές που πιστοποιούνται κατά τα οριζόμενα στο Κεφάλαιο IV της Οδηγίας 2009/73/EK και στο Κεφάλαιο V της Οδηγίας 2009/72/EK. (β) Ανεξάρτητοι Διαχειριστές Συστήματος: Οι διαχειριστές που πιστοποιούνται κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 14 και 15 της Οδηγίας 2009/73/EK και στα άρθρα 13 και 14 της Οδηγίας 2009/72/EK. (γ) [...] (δ) Διασυνδεδεμένο Σύστημα: Το σύστημα που αποτελείται από αριθμό συστημάτων μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας ή Φυσικού Αερίου τα οποία συνδέονται μεταξύ τους με μία ή περισσότερες διασυνδέσεις [...] (ιθ) Επιλέγων Πελάτης: Ο Πελάτης που δικαιούται να επιλέγει Προμηθευτή ή αγοράζει απευθείας Φυσικό Αέριο ή ηλεκτρική ενέργεια, κατά τις διατάξεις του παρόντος [...] (κα) Προμήθεια: Η πώληση, περιλαμβανομένης της μεταπώλησης, Φυσικού Αερίου (περιλαμβανομένου του συμπιεσμένου Φυσικού Αερίου και του ΥΦΑ, ακόμη και για λόγους χρήσης του ως καυσίμου σε κινητήρες μέσω θαλάσσιας και χερσαίας μεταφοράς και ηλεκτρικής ή θερμικής ενέργειας σε Πελάτες», στο άρθρο 94 «Καθήκοντα του Διαχειριστή του Ελληνικού Συστήματος Μεταφοράς

Αριθμός απόφασης: 12/2020

Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΕΣΜΗΕ)» ότι «1. Ο Διαχειριστής του Ελληνικού Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας λειτουργεί, εκμεταλλεύεται, συντηρεί και αναπτύσσει το ΕΣΜΗΕ ώστε να διασφαλίζεται ο εφοδιασμός της χώρας με ηλεκτρική ενέργεια, με τρόπο επαρκή, ασφαλή, αποδοτικό και αξιόπιστο. 2. Ο Διαχειριστής: (α) [...] (β) [...] (γ) Παρέχει πρόσβαση στο σύστημα στους κατόχους άδειας παραγωγής, προμήθειας ή εμπορίας ηλεκτρικής ενέργειας, σε όσους έχουν νόμιμα εξαιρεθεί από την υποχρέωση κατοχής τέτοιων αδειών και στους Επιλέγοντες Πελάτες. (δ) [...] (ε) Διαχειρίζεται τις ροές της ηλεκτρικής ενέργειας στο σύστημα, συνεκτιμώντας τις ανταλλαγές με άλλα διασυνδεδεμένα συστήματα μεταφοράς. Για το σκοπό αυτόν μεριμνά για την ασφαλή, αξιόπιστη και αποδοτική λειτουργία του συστήματος, διασφαλίζοντας, μεταξύ άλλων, τη διαθεσιμότητα των αναγκαίων επικουρικών υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των υπηρεσιών που παρέχονται μέσω διαχείρισης της ζήτησης, στο βαθμό που η διαθεσιμότητα τους δεν εξαρτάται από άλλο διασυνδεδεμένο σύστημα μεταφοράς. (στ) Καταρτίζει το πρόγραμμα κατανομής των μονάδων παραγωγής που συνδέονται με το σύστημα, προσδιορίζει τη χρήση των διασυνδέσεων με άλλα συστήματα μεταφοράς και κατανέμει σε πραγματικό χρόνο το φορτίο ηλεκτρικής ενέργειας στις διαθέσιμες εγκαταστάσεις παραγωγής, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του άρθρου 96 του παρόντος νόμου [...] και στο άρθρο 127 «Αρμοδιότητες του Διαχειριστή του ΕΔΔΗΕ» ότι «1. Η ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ είναι υπεύθυνη για την ανάπτυξη, τη λειτουργία και τη συντήρηση, υπό οικονομικούς όρους του ΕΔΔΗΕ ώστε να διασφαλίζεται η αξιόπιστη, αποδοτική και ασφαλής λειτουργία του, καθώς και η μακροπρόθεσμη ικανότητα του να ανταποκρίνεται σε εύλογες ανάγκες ηλεκτρικής ενέργειας, λαμβάνοντας τη δέουσα μέριμνα για το περιβάλλον και την ενεργειακή αποδοτικότητα, καθώς και για τη διασφάλιση, κατά τον πλέον οικονομικό, διαφανή, άμεσο και αμερόληπτο τρόπο, της πρόσβασης των χρηστών στο ΕΔΔΗΕ, προκειμένου να ασκούν τις δραστηριότητές τους, σύμφωνα με την Άδεια Διαχείρισης του ΕΔΔΗΕ που της χορηγείται κατά τις διατάξεις του παρόντος νόμου και σύμφωνα με τον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΔΔΗΕ [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 132 «Άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας» ορίζει ότι

Αριθμός απόφασης: 12/2020

«1. Η δραστηριότητα της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας επιτρέπεται σε όσους έχει χορηγηθεί Άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ή έχουν νομίμως εξαιρεθεί από την υποχρέωση αυτή. 2. Με την επιφύλαξη των ειδικότερων διατάξεων για την παραγωγή από Α.Π.Ε., η άδεια για την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας χορηγείται σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον παρόντα νόμο και στον Κανονισμό Αδειών, που θεσπίζεται από τη ΡΑΕ και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως», το άρθρο 134 «Άδεια Προμήθειας και Εμπορίας ηλεκτρικής ενέργειας» ότι «1. Η Προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε Επιλέγοντες Πελάτες και, όσον αφορά τη ΔΕΗ ΑΕ και σε Μη Επιλέγοντες Πελάτες κατά την παράγραφο 5, επιτρέπεται σε όσους έχει χορηγηθεί άδεια προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας, σύμφωνα με την παράγραφο 2. Η εμπορία ηλεκτρικής ενέργειας στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, σύμφωνα με το άρθρο 120, επιτρέπεται σε όσους έχει χορηγηθεί άδεια Προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας ή άδεια Εμπορίας ηλεκτρικής ενέργειας σύμφωνα με την παράγραφο 4.», το άρθρο 135 «Κανονισμός Αδειών» ότι «1. Με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής, ύστερα από γνώμη της ΡΑΕ, θεσπίζεται Κανονισμός Αδειών. [...]» και το άρθρο 138 «Κώδικας Προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε Πελάτες» ότι «1. Ο Κώδικας Προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε Πελάτες εκδίδεται με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής [...] 2. Με τον Κώδικα Προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε Πελάτες καθορίζονται ιδίως: (α) Οι όροι και οι προϋποθέσεις σύναψης, τροποποίησης και λύσης συμβάσεων Προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας, οι όροι που υποχρεωτικώς περιλαμβάνονται στις σχετικές Συμβάσεις και, ιδίως, όροι προστασίας των καταναλωτών, καθώς και διαδικασίες εξωδικαστικής επίλυσης διαφορών. (β) [...] (γ) Οι προδιαγραφές και ο τρόπος δημοσίευσης των όρων και των τιμολογίων παροχής υπηρεσιών Προμήθειας, που περιλαμβάνουν τουλάχιστον διακριτή αναγραφή των χρεώσεων για χρήση του ΕΣΜΗΕ και του ΕΔΔΗΕ για Υπηρεσίες Κοινής Ωφέλειας, για το Ειδικό Τέλος ΑΠΕ και για λοιπές ρυθμιζόμενες χρεώσεις. [...] (ζ) Κάθε αναγκαία λεπτομέρεια για τη διενέργεια της Προμήθειας σε Πελάτη [...]. Περαιτέρω, το άρθρο 4 του Ν. 4425/2016 (Α`185), όπως αντικαταστάθηκε από

Αριθμός απόφασης: 12/2020

το άρθρο 73 του Ν. 4512/2018 (ΦΕΚ Α΄5) ορίζει ότι «Σκοπός του παρόντος Κεφαλαίου είναι: α) η αναδιοργάνωση της ελληνικής αγοράς ενέργειας, σε εφαρμογή της νομοθεσίας για την ολοκλήρωση της ενιαίας ευρωπαϊκής αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας και ιδίως των διατάξεων του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 714/2009 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 «σχετικά με τους όρους πρόσβασης στο δίκτυο για τις διασυνοριακές ανταλλαγές ηλεκτρικής ενέργειας και την κατάργηση του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1228/2003» (L 211/15 της 14.8.2009), καθώς και του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 2015/1222 της Επιτροπής της 24ης Ιουλίου 2015 «σχετικά με τον καθορισμό κατευθυντήριων γραμμών για την κατανομή της δυναμικότητας και τη διαχείριση της συμφόρησης» (L 197/24 της 25.7.2015), του Κανονισμού (ΕΕ) αριθμ. 2016/1719 της Επιτροπής της 26ης Σεπτεμβρίου 2016 «σχετικά με τον καθορισμό κατευθυντήριας γραμμής για τη μελλοντική κατανομή δυναμικότητας» (L 259/42/ της 27.9.2016) και του Κανονισμού (ΕΕ) αριθμ. 2017/2195 της Επιτροπής της 23ης Νοεμβρίου 2017 «σχετικά με τον καθορισμό κατευθυντήριας γραμμής για την εξισορρόπηση ηλεκτρικής ενέργειας» (L 312/6/της 28.11.2017) και β) η ολοκλήρωση της ελληνικής αγοράς ενέργειας ως αγοράς ενεργειακών προϊόντων χονδρικής κατά την έννοια του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1227/2011 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 25ης Οκτωβρίου 2011 «για την ακεραιότητα και τη διαφάνεια στη χονδρική αγορά ενέργειας»» (L 326/1 της 8.12.2011) ή και συναφών χρηματοπιστωτικών μέσωσν κατά την έννοια του νόμου για την ενσωμάτωση της Οδηγίας MiFID II και του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 600/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Μαΐου 2014 «για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσωσν και για την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 648/2012» (L 173/84 της 12.6.2014).», ενώ με το άρθρο 96 του Ν. 4512/2018 «(Ε)ισάγονται νέα άρθρα 117Α, 117Β, 117Γ, 117Δ και 117Ε στο ν. 4001/2011 (Α΄179), τα οποία έχουν ως εξής: «Άρθρο 117Α Ιδρυση της «Ελληνικό Χρηματιστήριο Ενέργειας Α.Ε.» Ιδρύεται ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «Ελληνικό Χρηματιστήριο Ενέργειας Α.Ε.» και το διακριτικό τίτλο «ΕΧΕ Α.Ε.», κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο Νόμο αυτό αναφορικά με τις αρμοδιότητες και τη λειτουργία της «ΕΧΕ Α.Ε.».

Αριθμός απόφασης: 12/2020

10. Επειδή, στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία, αντικείμενο του διαγωνισμού είναι και η προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας, όπου στον όρο 2.2.6. «*Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα*» της υπό κρίση Διακήρυξης ορίζεται ότι «(Ο)σον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού θα πρέπει να πληρούν σωρευτικά τις κάτωθι απαιτήσεις: Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν για την ΟΜΑΔΑ Α: Ηλεκτρικό ρεύμα, θα πρέπει να διαθέτουν: α) [...] β) [...] Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην ΟΜΑΔΑ Α θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να είναι προμηθευτές και παραγωγοί ηλεκτρικού ρεύματος». Οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με τη διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσης τους, αιτιολογίας (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 876/2004, 918/2003), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θέσπισης επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 434/2008). Και τούτο, διότι, όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό τη μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάσει δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση της προαναφερόμενης σκέψης, οι προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. Σ.τ.Ε. 189/2015, Σ.τ.Ε. ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν

Αριθμός απόφασης: 12/2020

διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. Ε.Σ. 2402/2010). Τυχόν περιορισμοί που τίθενται από τις αναθέτουσες αρχές, ως ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, πρέπει να είναι προσαρμοσμένοι στη σημασία της οικείας σύμβασης και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, καθώς διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό. Στο πλαίσιο αυτό, γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του υποψηφίου πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων.

11. Επειδή, με το Ν. 4001/2011 ενσωματώθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη η τρίτη δέσμη κανόνων του ευρωπαϊκού δικαίου (3^η γενιά Οδηγιών) για τους τομείς του φυσικού αερίου και της ηλεκτρικής ενέργειας, σε συνέχεια του Ν. 2773/1999 (ΦΕΚ Α' 286), με τον οποίο θεσπίστηκαν διατάξεις στο πλαίσιο της προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 96/92/ΕΚ και εν συνεχεία τη νεότερη (Οδηγία) 2003/54/ΕΚ (1^η και 2^η γενιά Οδηγιών αντίστοιχα στην αγορά της ηλεκτρικής ενέργειας) και ξεκίνησε από τον Φεβρουάριο του έτους 2001 η απελευθέρωση της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας στην χώρα μας, δηλαδή καταργήθηκε το σύστημα του δημόσιου μονοπωλίου και υιοθετήθηκαν κανόνες ελεύθερου ανταγωνισμού για την αγορά ηλεκτρικής ενέργειας. Στο πλαίσιο αυτό, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του ευρωπαϊκού δικαίου, από την 01.07.2007 *«όλοι οι καταναλωτές οι οποίοι βρίσκονται εγκατεστημένοι στην Ελληνική Επικράτεια έχουν δικαίωμα ελεύθερης επιλογής προμηθευτή ηλεκτρικής ενέργειας»*, όπως ορίστηκε αρχικά στο άρθρο 25 Ν. 2773/1999 και ισχύει σήμερα σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 2 περ. (ιβ) και 134 του Ν. 4001/2011 (πρβλ. ακριβώς ανωτέρω σκέψη). Περαιτέρω, από

Αριθμός απόφασης: 12/2020

την ανωτέρω αναφερόμενη δευτερογενή νομοθεσία της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, αλλά και από τη διάταξη του άρθρου 1 του Ν. 4001/2011, προκύπτει ότι διακρίνονται τέσσερεις επιμέρους δραστηριότητες, ανάλογα με στοιχεία κόστους και των απαιτούμενων υποδομών, ήτοι η Μεταφορά ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία γίνεται μέσω των γραμμών Υψηλής και Υπερυψηλής Τάσης, η Διανομή ηλεκτρικής ενέργειας που γίνεται μέσω των γραμμών Μέσης και Χαμηλής τάσης, η βιομηχανική δραστηριότητα της Παραγωγής και η εμπορική δραστηριότητα της Προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας. Από αυτές, οι δραστηριότητες της παραγωγής και της προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας είναι απελευθερωμένες στο διασυνδεδεμένο δίκτυο (πρβλ. άρθρο 2 περ. (δ) στην ακριβώς ανωτέρω σκέψη), όπου παράλληλα με τη Δ.Ε.Η. Α.Ε. δραστηριοποιούνται και άλλες ιδιωτικές επιχειρήσεις και εφαρμόζονται κανόνες ελεύθερου ανταγωνισμού, ενώ οι δραστηριότητες, οι οποίες αποτελούν «φυσικά μονοπώλια», δηλαδή η μεταφορά και η διανομή ηλεκτρικής ενέργειας και οι οποίες περιλαμβάνουν τις υποδομές (*essential facilities*), είναι έντονα ρυθμιζόμενες, αποσκοπώντας στη διασφάλιση του δικαιώματος πρόσβασης τρίτων στα δίκτυα, ρύθμιση που συντελείται μέσω της θέσπισης οικείων Κωδίκων διαχείρισης των σχετικών μονοπωλιακών δραστηριοτήτων. Με το Ν. 4512/2018 (ΦΕΚ Α΄ 5) συστάθηκε ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «Ελληνικό Χρηματιστήριο Ενέργειας Α.Ε.» (ΕΧΕ), η οποία διαχειρίζεται τις Αγορές Ενέργειας και τις Ενεργειακές Χρηματοπιστωτικές Αγορές και η οποία μεσολαβεί μεταξύ της δραστηριότητας της παραγωγής και αυτής της προμήθειας, χωρίς να συνάπτονται συμβάσεις απευθείας μεταξύ παραγωγών και προμηθευτών. Σύμφωνα με τη σχετική ανωτέρω νομοθεσία, το μοντέλο λειτουργίας σήμερα της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας ερείδεται στη βάση μιας δομής συγκέντρωσης (*mandatory pool structure*) της ενέργειας, δηλαδή το σύνολο της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας στη χώρα, αλλά και των ποσοτήτων που εισάγονται από όμορες χώρες, κατευθύνεται στη δομή συγκέντρωσης αυτή (*pool*) και δημιουργεί μια «δεξαμενή» διαθέσιμης ισχύος από την οποία προμηθεύονται όλοι οι κάτοχοι αδειών προμήθειας την ηλεκτρική ενέργεια που προμηθεύουν στους πελάτες τους – καταναλωτές. Συνεπώς,

Αριθμός απόφασης: 12/2020

σύμφωνα με το μοντέλο αυτό, ακόμη και οι καθετοποιημένες επιχειρήσεις, δηλαδή επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται ταυτόχρονα στις δραστηριότητες και της παραγωγής και της προμήθειας, πρέπει να εγχύουν την παραγόμενη ενέργεια στην κοινή «δεξαμενή» και εν συνεχεία να την αγοράσουν επί ίσοις όροις με τους λοιπούς προμηθευτές, για να την προμηθεύσουν στους πελάτες τους. Δεδομένου ότι η διαθέσιμη ισχύς, για λόγους ασφαλείας του συστήματος ηλεκτρικής ενέργειας, είναι πάντοτε μεγαλύτερη της ζητούμενης από τους τελικούς καταναλωτές και, συνεπώς, από τους συμμετέχοντες στο σκέλος της διανομής, το ΕΧΕ βάσει του Κώδικα Συναλλαγών Ηλεκτρικής Ενέργειας, καθορίζει τον τρόπο με τον οποίο προγραμματίζονται οι ανάγκες του συστήματος ηλεκτρικής ενέργειας, εγχέεται η ισχύς της κάθε μονάδας παραγωγής στο σύστημα και εν τέλει διαμορφώνεται η τιμή της ηλεκτρικής ενέργειας για τους συμμετέχοντες στην αγορά παραγωγούς και προμηθευτές. Ειδικότερα, εγχέεται στο σύστημα, «τη δεξαμενή», ηλεκτρική ενέργεια παραγόμενη από τη φθηνότερη προς την ακριβότερη πηγή μέχρι να επέλθει ισορροπία με τη ζήτηση, το σημείο αυτό δε, της ισορροπίας, όπου καλύπτεται απόλυτα η ζήτηση σε κάποια δεδομένη χρονική στιγμή διαμορφώνει εν πολλοίς την Οριακή Τιμή του Συστήματος (*system marginal price – SMP*), η οποία στην πραγματικότητα είναι η τιμή που ζητείται από την τελευταία μονάδα παραγωγής που εισήλθε στο σύστημα για να καλυφθεί πλήρως η ζήτηση. Στην Οριακή Τιμή πωλούν τελικά όλοι οι παραγωγοί ανεξαρτήτως του κόστους τους και αντίστοιχα την τιμή αυτή πληρώνουν όλοι οι προμηθευτές για να αγοράσουν ηλεκτρική ενέργεια για να την προμηθεύσουν στους πελάτες τους. Υπεύθυνος, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις του άρθρου 94 του Ν. 4001/2011, για τη διαθεσιμότητα ισχύος είναι ο Διαχειριστής του Ελληνικού Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας, εταιρεία με την επωνυμία «ΑΔΜΗΕ Α.Ε.», ενώ και κατ' άρθρο 127 του Ν. 4001/2011 ο Διαχειριστής του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας, «ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε.» είναι υπεύθυνος για τη διασφάλιση, κατά τον πλέον οικονομικό, διαφανή, άμεσο και αμερόληπτο τρόπο, της πρόσβασης των χρηστών στο Ελληνικό Δίκτυο Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΕΔΔΗΕ). Με το νέο μοντέλο λειτουργίας της αγοράς ηλεκτρικής

Αριθμός απόφασης: 12/2020

ενέργειας, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο Ν. 4512/2018 (πρβλ. σκέψη 9) από το Σεπτέμβριο του 2020 και εφεξής υιοθετείται το «Μοντέλο Στόχος» («*target model*»), όπου εκτός από τη δεξαμενή ηλεκτρικής ενέργειας που προμηθεύονται όλοι οι προμηθευτές, προβλέπεται και συγκεκριμένη δυνατότητα συναλλαγών Ενεργειακών Χρηματοπιστωτικών Μέσων εντός της Ενεργειακής Χρηματοπιστωτικής Αγοράς ή διμερώς για το σύνολο των προμηθευτών ανεξάρτητα από την ύπαρξη καθετοποιημένης (*vertical intergrated companies*) ή μη εταιρείας.

12. Επειδή, σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, η απρόσκοπτη και αδιάλειπτη παροχή ηλεκτρικής ενέργειας, ουδόλως σχετίζεται με την καθετοποιημένη δραστηριότητα του προμηθευτή ηλεκτρικής ενέργειας και την παραγωγή αυτής, αφού όλοι ανεξαιρέτως οι παραγωγοί διοχετεύουν την παραγόμενη ενέργειά τους στο σύστημα (*mandatory pool*) από το οποίο προμηθεύονται οι προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας προκειμένου να τη διαθέσουν στους πελάτες – καταναλωτές, ενώ υπεύθυνος, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, για τη διαθεσιμότητα ισχύος είναι ο Διαχειριστής του Ελληνικού Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας, «ΑΔΜΗΕ Α.Ε.», και υπεύθυνος για τη διασφάλιση της πρόσβασης των χρηστών στο Ελληνικό Δίκτυο Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΕΔΔΗΕ) είναι ο Διαχειριστής του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας, «ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε.». Ως εκ τούτου, η διασφάλιση διαθέσιμης ισχύος, η διοχέτευση αυτής στο δίκτυο διανομής και η πρόσβαση σε αυτό από τους τελικούς καταναλωτές προς εφοδιασμό τους με ηλεκτρική ενέργεια κατά κανένα τρόπο δεν εξαρτάται από την παράλληλη δραστηριοποίηση του προμηθευτή ηλεκτρικής ενέργειας στην αγορά της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας. Περαιτέρω, η παράλληλη δραστηριοποίηση του προμηθευτή ηλεκτρικής ενέργειας στην αγορά της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ουδόλως εξασφαλίζει την επίτευξη καλλίτερης τιμής αναφορικά με την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας, καθόσον, όπως αναφέρθηκε στο μοντέλο της υποχρεωτικής συγκέντρωσης της ισχύος ηλεκτρικής ενέργειας (*mandatory pool*), όλοι οι προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας αγοράζουν αυτήν στην Οριακή Τιμή και δεν προβλέπεται η σύναψη

Αριθμός απόφασης: 12/2020

συμβολαίων μεταξύ παραγωγών και προμηθευτών ηλεκτρικής ενέργειας και, επομένως, δεν προκύπτει «οικονομία κλίμακος», η οποία εγγυάται και την επίτευξη ευνοϊκότερης τιμής εκ του γεγονότος ότι η προμηθευτής είναι παράλληλα και παραγωγός ηλεκτρικής ενέργειας. Ωσαύτως και στην περίπτωση του «Μοντέλου Στόχου» (*target model*), το οποίο αναμένεται να εφαρμοσθεί τους προσεχείς μήνες κατά τα προλεχθέντα, ουδεμία εξοικονόμηση πόρων, ήτοι δημόσιας δαπάνης, προκύπτει από την άσκηση καθετοποιημένης δραστηριότητας, ήτοι παράλληλης άσκησης της εμπορίας όσο και της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, δοθέντος ότι όλοι οι προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας έχουν τη δυνατότητα συναλλαγών Ενεργειακών Χρηματοπιστωτικών Μέσων εντός της Ενεργειακής Χρηματοπιστωτικής Αγοράς ή διμερώς, δηλαδή υφίσταται σχετική δυνατότητά τους εξασφάλισης ποσοτήτων ενέργειας μέσω της σύναψης συμβολαίων με παραγωγούς ηλεκτρικής ενέργειας και κατά τούτο η εξασφάλιση ευνοϊκής τιμής για τον προμηθευτή ηλεκτρικής ενέργειας από τον ανταγωνισμό που αναπτύσσεται και τη μετακύληση αυτής στον τελικό καταναλωτή. Ετέρωθεν και σύμφωνα με τις αρχές της ισότιμης και αμερόληπτης μεταχείρισης όλων των συμμετεχόντων στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, ουδόλως προβλέπονται από την πρωτογενή ή δευτερογενή εθνική νομοθεσία επιπρόσθετες χρεώσεις για τους προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας σε περίπτωση που δεν είναι και παραγωγοί ή το αντίθετο, δηλαδή ευνοϊκές ρυθμίσεις απαλλαγής χρεώσεων για τους προμηθευτές που παράλληλα ασκούν και τη δραστηριότητα της εμπορίας ηλεκτρικής ενέργειας, άλλους λόγους οι ρυθμιζόμενες χρεώσεις του μη ανταγωνιστικού σκέλους του προσφερόμενου τιμολογίου προκύπτουν κατά ενιαίο τρόπο και αναλογικά του ανταγωνιστικού σκέλους του προσφερόμενου τιμολογίου, ώστε ουδεμία ανάγκη εξοικονόμησης πόρων της αναθέτουσας αρχής συνάγεται, πολλώ δε μάλλον όταν κριτήριο ανάθεσης της υπό κρίση σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και αναφορικά με την Ομάδα Α, «ηλεκτρικό ρεύμα» η προσφορά της χαμηλότερης τιμής στις ανταγωνιστικές χρεώσεις. Εκ των ανωτέρω τεκμαίρεται, ότι ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6. της Διακήρυξης, με τον οποίο απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού και προς πλήρωση

Αριθμός απόφασης: 12/2020

των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς για την ΟΜΑΔΑ Α, ηλεκτρικό ρεύμα, να είναι προμηθευτές και παραγωγοί ηλεκτρικού ρεύματος, ουδόλως είναι παντάπασιν αναγκαίος προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού δε συνδέεται αιτιωδώς με την επίτευξη του αναγκαίου σκοπού της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας. Εν ενί λόγο κατά το μέρος που ο προσβαλλόμενος όρος απαιτεί οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς για την προμήθεια της Ομάδας Α' να είναι και παραγωγοί ηλεκτρικού ρεύματος, δεν αποτελεί ουσιώδη και αναγκαία συνθήκη για την καταλληλότητα εκτέλεσης και ολοκλήρωσης της υπό ανάθεση σύμβασης. Σε κάθε δε περίπτωση, δεν προκύπτει αναλογικότητα του προσβαλλόμενου όρου αυτού της Διακήρυξης ως προς τους περιορισμούς που επιβάλλει για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων, απαιτώντας επί ποινή αποκλεισμού οι συμμετέχοντες στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια της αναθέτουσας αρχής με ηλεκτρική ενέργεια να είναι πέραν από προμηθευτές και παραγωγοί ηλεκτρικής ενέργειας, διότι με τον υπόψη όρο της Διακήρυξης, δεν εξασφαλίζονται κατά τρόπο ευμενέστερο τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι ότι θα υφίσταται επάρκεια ισχύος και αδιάλειπτη τροφοδοσία της με ηλεκτρική ενέργεια ή η επίτευξη ευνοϊκότερου τιμολογίου παροχής ηλεκτρικής ενέργειας, από ότι, ούτως ή άλλως, εξασφαλίζονται τα ανωτέρω, κατά τα ειωθότα, λαμβανομένου, προσέτι, υπόψη ότι κριτήριο ανάθεσης της υπό κρίση σύμβασης είναι η χαμηλότερη τιμή. Εξ ετέρου, τυχόν απάλειψη της απαίτησης του προσβαλλόμενου όρου, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς για την προμήθεια της ηλεκτρικής ενέργειας να είναι και παραγωγοί αυτής επιτυγχάνει την απαιτούμενη ισορροπία μεταξύ των δύο θεμελιωδών αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, του ανταγωνισμού και της ανάγκης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας προς σύναψη της σύμβασης και παροχής της προμήθειας. Τούτων δοθέντων, ο λόγος της Προσφυγής τυγχάνει νόμω και ουσία βάσιμος, αφού υφίσταται ζημία της προσφεύγουσας εκ της λυσιτέλειας της συμμετοχής της στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία, σε σημείο που να αποκλείεται αυτή, άλλως να

Αριθμός απόφασης: 12/2020

καθίσταται η συμμετοχή της ουσιωδώς δυσχερής (Σ.Τ.Ε. ΕΑ 86/2018, ΔΕφ.Αθ. 26/2019). Συνεπώς, ο λόγος αυτός θα πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. Πρωτ. ... Διακήρυξη του Δήμου ... για την «προμήθεια ηλεκτρικού ρεύματος (Ομάδα Α) και φυσικού αερίου (Ομάδα Β) Δήμου ... και νομικών προσώπων του», κατά το μέρος που με τον όρο 2.2.6. αυτής ζητείται οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην ΟΜΑΔΑ Α (Ηλεκτρικό Ρεύμα) να είναι *«επί ποινή αποκλεισμού [...] και παραγωγού ηλεκτρικού ρεύματος»*.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού πέντε χιλιάδων τετρακοσίων εξήντα επτά ευρώ και είκοσι έξι λεπτών (5.467,26€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 9 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 20 Ιουλίου.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Φώτιος Θ. Κασιγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Κωνσταντίνος Πουρναράς