

Υπόθεση C-737/22

Αίτηση προδικαστικής αποφάσεως

Ημερομηνία καταθέσεως:

1 Δεκεμβρίου 2022

Αιτούν δικαστήριο:

Østre Landsret (Δανία)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

11 Νοεμβρίου 2022

Προσφεύγουσα:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Καθής:

BibMedia A/S

[.....]

ØSTRE LANDSRET

(εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία)

ΔΙΑΤΑΞΗ

της 11ης Νοεμβρίου 2022

[...]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

[...]

κατά

BibMedia A/S

- 1 [...] Η προσφυγή ασκήθηκε από τη Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (υπηρεσία προμηθειών του δανικού κράτους) (στο εξής: SKI) κατά της Audio Visionary Music A/S (στο εξής: AVM) και αφορά τη νομιμότητα διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενήργησε η SKI σχετικά με συμφωνία

πλαίσιο για την προμήθεια υλικού βιβλιοθήκης και των οικείων προπαρασκευαστικών υπηρεσιών.

- 2 Το Østre Landsret (εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία) αποφάσισε, σύμφωνα με το άρθρο 267, παράγραφος 2, της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: ΣΛΕΕ), να υποβάλει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: Δικαστήριο) αίτηση προδικαστικής απόφασεως σχετικά με την ερμηνεία της απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων η οποία συνάγεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου για τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, όπως αυτές αποτυπώνονται στο άρθρο 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (στο εξής: οδηγία για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων). Επιπλέον, το Δικαστήριο καλείται να αποφανθεί ως προς το εάν το περιεχόμενο της απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων επηρεάζεται από το γεγονός ότι πρόκειται για ανοικτή διαδικασία για χωριστά τμήματα (βλ. άρθρα 27 και 46 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων).

ΤΑ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ ΚΑΙ Η ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ

- 3 Η προσφεύγουσα SKI είναι κεντρική αρχή προμηθειών ανήκουσα στο Δανικό Δημόσιο και στην Kommunernes Landsforening, η οποία είναι η ένωση και η εκπρόσωπος των συμφερόντων των δανικών δήμων. Η SKI ιδρύθηκε προκειμένου να εξορθολογίσει και να προσδώσει επαγγελματικό χαρακτήρα στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ άλλων μέσω της ανάπτυξης, της προμήθειας και της λειτουργίας συμφωνιών πλαισίων για λογαριασμό των πελατών της SKI (κρατικών και δημοτικών αναθετόντων φορέων).
- 4 Κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, η AVM δραστηριοποιείτο στην αγορά προπαρασκευαστικών υπηρεσιών για υλικά βιβλιοθήκης. Από την 1η Μαρτίου 2021 και εφεξής, η BibMedia A/S απέκτησε το σύνολο των μετοχών της εν λόγω εταιρίας. Εν συνεχεία, η AVM λύθηκε λόγω συγχωνεύσεως με την BibMedia A/S, η οποία, επομένως, κατέστη διάδικος.
- 5 Στις 4 Φεβρουαρίου 2020 η SKI προκήρυξε διαγωνισμό για τη συμφωνία πλαίσιο 50.05 που αφορούσε υλικά βιβλιοθήκης και προπαρασκευαστικές υπηρεσίες. Η συμφωνία πλαίσιο χωρίζεται σε οκτώ τμήματα και έχει συνολική εκτιμώμενη αξία μεταξύ 748 εκατομμυρίων και 1.021 δισεκατομμυρίων δανικών κορωνών. Τα κρίσιμα για την υπό κρίση υπόθεση τμήματα είναι το «Τμήμα 1 δανικά βιβλία και παρτιτούρες (ανατολικά)» με εκτιμώμενη αξία 253 εκατομμυρίων δανικών κορωνών, και το «Τμήμα 2 δανικά βιβλία και παρτιτούρες (δυτικά)» με εκτιμώμενη αξία 475 εκατομμυρίων δανικών κορωνών.
- 6 Όλα τα τμήματα περιελάμβαναν συμφωνία πλαίσιο με έναν μόνο προμηθευτή, το δε κριτήριο ανάθεσης ήταν η χαμηλότερη τιμή. Οι προσφορές περιελάμβαναν πληροφορίες σχετικά με ορισμένα βασικά στοιχεία του προσφέροντος, ένα συμπληρωμένο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), καθώς και

συμπληρωμένο κατάλογο προσφορών με αναφορά των τιμών για σχετικά μικρό αριθμό κατηγοριών προϊόντων ανά τμήμα.

- 7 Κατά τον χρόνο δημοσίευσης των εγγράφων της σύμβασης, το σημείο 3.1 των προδιαγραφών διευκρίνιζε τα ακόλουθα σχετικά με τον τρόπο ανάθεσης των τμημάτων 1 και 2:

«Τα τμήματα 1 και 2 είναι αλληλένδετα (βλ. σημείο 3.1.1), και, εάν ένας προσφέρων υποβάλει προσφορά για ένα από τα τμήματα αυτά, υποβάλλεται αυτομάτως προσφορά για αμφότερα αυτά τα τμήματα. Καμία εξαίρεση δεν χωρεί επ' αυτού, συνεπώς δεν είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για ένα εκ των δύο τμημάτων που αφορούν δανικά βιβλία και παρτιτούρες.

Πλην των προεκτεθέντων, δεν υφίστανται περιορισμοί ως προς τον αριθμό για τα οποία οι προσφέροντες δύνανται/θα πρέπει να υποβάλουν προσφορά.

Η SKI προτίθεται να συνάψει σύμβαση με έναν προμηθευτή ανά τμήμα. Στον ίδιο προμηθευτή μπορούν να ανατεθούν περισσότερα τμήματα.

Η αγορά των υλικών βιβλιοθήκης χαρακτηρίζεται από την ύπαρξη λίγων μόνο εξειδικευμένων προμηθευτών και δυνητικών προσφερόντων. Τα δανικά βιβλία και παρτιτούρες αποτελούν τη σημαντικότερη κατηγορία προϊόντων από άποψης κύκλου εργασιών και είναι σημαντικά από εμπορικής άποψης για τους δυνητικούς προσφέροντες. Προκειμένου να διατηρηθεί ο ανταγωνισμός στην αγορά στο μέλλον, τα δανικά βιβλία και παρτιτούρες κατανέμονται γεωγραφικά σε δύο τμήματα. Οι συμμετέχοντες πελάτες χωρίζονται στα δύο μεταξύ των τμημάτων αυτών, του ανατολικού και του δυτικού, αντίστοιχα. Στο παράρτημα Α και τα υποπαράρτηματα Α.1 και Α.2 αναφέρεται ποιοι δήμοι ανήκουν στο Τμήμα 1 δανικά βιβλία και παρτιτούρες (ανατολικά) και ποιοι στο Τμήμα 2 δανικά βιβλία και παρτιτούρες (δυτικά)».

- 8 Το σημείο 3.1.1 των προδιαγραφών ανέφερε επίσης τα εξής:

«Για τα δανικά βιβλία και παρτιτούρες ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε βάσει του λεγόμενου “μοντέλου ανατολής/δύσης”, γεγονός που σημαίνει ότι η πρόθεση είναι να ανατεθεί η σύμβαση σε έναν προμηθευτή για την ανατολική Δανία και σε άλλον προμηθευτή για τη δυτική Δανία, πλην όμως θα ισχύουν οι ίδιες προτεινόμενες τιμές για όλους τους πελάτες, ανεξαρτήτως του αν αυτοί βρίσκονται στην ανατολική ή τη δυτική Δανία.

Οι τιμές τις οποίες υποβάλλουν οι προσφέροντες για το περιθώριο κέρδους και τις προπαρασκευαστικές υπηρεσίες πρέπει να είναι οι ίδιες –και θα ισχύουν– τόσο για το τμήμα που αφορά την ανατολική Δανία όσο και για το τμήμα που αφορά τη δυτική Δανία.

Η σύμβαση για το τμήμα 2 δανικά βιβλία και παρτιτούρες (δυτικά) θα ανατεθεί στον προσφέροντα που υποβάλλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.

Η σύμβαση για το τμήμα 1 δανικά βιβλία και παρτιτούρες (ανατολικά) θα ανατεθεί στον προσφέροντα που υποβάλλει την κατά σειρά δεύτερη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Ωστόσο, ο προσφέρων αυτός πρέπει να αποδεχθεί ότι, για να του ανατεθεί η σύμβαση προμήθειας για την ανατολική Δανία, απαιτείται να προμηθεύσει τα προϊόντα και της υπηρεσίες της συμφωνίας πλαισίου στους πελάτες στην ανατολική Δανία στις ίδιες ακριβώς τιμές που προσέφερε και με τις οποίες θα προμηθεύσει ο προσφέρων με την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά στη δυτική Δανία.

Εάν ο προσφέρων με την κατά σειρά δεύτερη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αρνηθεί να αναλάβει τη σύμβαση για την ανατολική Δανία, η δυνατότητα αυτή παρέχεται στον προσφέροντα που υποβάλλει την κατά σειρά τρίτη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, ο οποίος πρέπει ομοίως να αποδεχθεί ότι, για να του ανατεθεί η σύμβαση προμήθειας για την ανατολική Δανία, απαιτείται να προμηθεύσει τα προϊόντα και της υπηρεσίες της συμφωνίας πλαισίου στους πελάτες στην ανατολική Δανία στις ίδιες ακριβώς τιμές που προσέφερε και με τις οποίες θα προμηθεύσει ο προσφέρων με την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά στη δυτική Δανία.

Εάν και αυτός ο προσφέρων αρνηθεί να αναλάβει τη σύμβαση για την ανατολική Δανία, η δυνατότητα αυτή παρέχεται στον αμέσως επόμενο προσφέροντα του καταλόγου και ούτω καθεξής. Εάν ο κατάλογος των προσφερόντων των οποίων οι προσφορές πληρούν τους όρους της σύμβασης έχει εξαντληθεί και δεν υπάρχει μεταξύ αυτών προμηθευτής για την ανατολική Δανία, και αυτή η σύμβαση θα ανατεθεί στον προμηθευτή στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση για τη δυτική Δανία. Στην περίπτωση αυτή, στον εν λόγω προμηθευτή θα ανατεθεί η σύμβαση για όλη τη Δανία, ήτοι για τα τμήματα 1 και 2, και θα προμηθεύσει ολόκληρη τη χώρα στις ίδιες τιμές.

Για τους προσφέροντες, το μοντέλο ανατολής/δύσης συνεπάγεται ότι, εάν προκύψει από την αξιολόγηση ότι υπέβαλαν την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποδέχονται ότι υποχρεούνται να παράσχουν στους λοιπούς προσφέροντες πλήρη πρόσβαση στις προταθείσες τιμές τους, αρχικά στον προσφέροντα με την κατά σειρά δεύτερη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και, εάν αυτός αρνηθεί να αναλάβει τη σύμβαση για την ανατολική Δανία, στον επόμενο προμηθευτή του καταλόγου, και ούτω καθεξής.

Ο λόγος για τον οποίο στον προμηθευτή που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά ανατίθεται η σύμβαση για τη δυτική Δανία είναι ότι στη δυτική Δανία αναμένεται να επιτευχθεί μεγαλύτερος κύκλος εργασιών από ό,τι στην ανατολική Δανία. Συνεπώς, ο προσφέρων στον οποίο ανατίθεται η σύμβαση για την ανατολική Δανία θα πρέπει επίσης να γνωρίζει ότι, αποδεχόμενος τους όρους της σύμβασης προμήθειας για την ανατολική Δανία, πρέπει να διασφαλίζει ότι, με βάση τις επιβαλλόμενες τιμές, δύναται να επιτύχει κερδοφορία σε σχέση με τις δικές του δαπάνες, μολονότι ο κύκλος εργασιών αναμένεται να είναι μικρότερος στην ανατολική από ό,τι στη δυτική Δανία. Η κατανομή του αναμενόμενου κύκλου

εργασιών μεταξύ ανατολικής και δυτικής Δανίας, αντίστοιχα, διευκρινίζεται στο σημείο A.1.».

- 9 Στις 3 Μαρτίου 2020, καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφορών, η AVM και η BibMedia A/S (οι μόνοι δύο σοβαροί προμηθευτές στην αγορά), υπέβαλαν προσφορές στη SKI. Αμφότεροι οι προσφέροντες υπέβαλαν προσφορές για το σύνολο των τμημάτων του διαγωνισμού.
- 10 Από την αξιολόγηση προέκυψε ότι η BibMedia A/S είχε υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (τη χαμηλότερη τιμή) για το σύνολο των τμημάτων, ενώ η AVM είχε υποβάλει την κατά σειρά δεύτερη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά για το σύνολο των τμημάτων του διαγωνισμού.
- 11 Βάσει του μοντέλου για την ανάθεση των τμημάτων 1 και 2 που περιγράφονται στις προδιαγραφές, η SKI πρότεινε στην AVM την ανάθεση του τμήματος 1 (ανατολικά), υπό την προϋπόθεση να αποδεχθεί η AVM να προμηθεύσει στις τιμές που είχε προσφέρει η BibMedia A/S ως μειοδότη, για τις οποίες η AVM ήταν ενήμερη κατά τον χρόνο της επικοινωνίας αυτής.
- 12 Η AVM αποδέχθηκε τα ανωτέρω, και η SKI κοινοποίησε την απόφαση ανάθεσης στις 21 Απριλίου 2020.
- 13 Εν συνεχεία, η AVM υπέβαλε, στις 30 Απριλίου 2021, διοικητική ένσταση ενώπιον της Klagenævnet for Udbud (επιτροπής προσφυγών για τις δημόσιες συμβάσεις, Δανία, στο εξής: επιτροπή προσφυγών). Η επιτροπή προσφυγών συστάθηκε με σκοπό την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που υπέχει η Δανία δυνάμει των οδηγιών περί διαδικασιών προσφυγής και έχει ως αποστολή την εξέταση καταγγελιών σχετικά με ενδεχόμενες παραβάσεις, εκ μέρους αναθετουσών αρχών του δημοσίου, του udbudsloven (νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις), των οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις, της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), καθώς και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που απορρέουν από αυτά και από τον tilbudsløven (νόμο για τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων).
- 14 Η επιτροπή προσφυγών εξέδωσε απόφαση στις 14 Ιανουαρίου 2021 στην υπόθεση C-20/05105: Audio Visionary Music A/S κατά Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, με την οποία αποφάνθηκε ως εξής:

«[Η SKI] παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης (βλ. άρθρο 2, παράγραφος 1, και άρθρο 56 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις) εφαρμόζοντας διαδικασία ανάθεσης των τμημάτων 1 και 2, βάσει της οποίας ο προσφέρων που υπέβαλε την κατά σειρά δεύτερη καλύτερη προσφορά μπορεί να τροποποιήσει την προσφορά του μετά την καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή της προσφοράς και εν συνεχεία να του ανατεθεί το τμήμα 1».
- 15 Η επιτροπή προσφυγών αιτιολόγησε την απόφασή της, μεταξύ άλλων, ως εξής:

«πρόκειται για ανοικτή διαδικασία και, αφ' ης στιγμής ένας προσφέρων υποβάλει την προσφορά του, αυτή δεν μπορεί καταρχήν να τροποποιηθεί, ούτε με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής, ούτε με πρωτοβουλία του προσφέροντος.

Συνεπώς, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας αποκλείουν κάθε μορφή διαπραγματεύσεως μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος. Εάν παρέχεται στον προσφέροντα, κατόπιν προσέγγισης του αναθέτοντος φορέα, η δυνατότητα τροποποίησης (μείωσης) της προταθείσας τιμής σε συγκεκριμένη χαμηλότερη τιμή, τούτο σημαίνει ότι ο προσφέρων έχει τη δυνατότητα να τροποποιήσει ουσιώδη όρο της προσφοράς του, ήτοι το ακριβές ποσό της προσφοράς που περιέχεται στην αρχική προσφορά, κατά τρόπο που ωφελεί τον αναθέτοντα φορέα και παρέχει στον προσφέροντα τη δυνατότητα βελτίωσης της τιμής και, κατ' επέκταση, της προσφοράς του, προκειμένου να του ανατεθεί η σύμβαση. Κατά πάγια πρακτική μια τέτοια διαδικασία θα αντέβαινε στην απαγόρευση των διαπραγματεύσεων.

Το ζήτημα που τίθεται είναι κατά πόσο το γεγονός ότι στον συγκεκριμένο διαγωνισμό η διαδικασία αυτή περιγράφεται στις προδιαγραφές συνεπάγεται ότι η διαδικασία εν προκειμένω μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και, επομένως, ως σύννομη. Η επιτροπή προσφυγών κρίνει ότι δεν χωρεί παρέκκλιση από την απαγόρευση των διαπραγματεύσεων στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας για τον λόγο και μόνο ότι η SKI περιέγραψε το μοντέλο ανατολής/δύσης στις προδιαγραφές, όπως συνέβη εν προκειμένω».

- 16 Στις 9 Ιουλίου 2021, η SKI άσκησε προσφυγή ενώπιον του Retten i Glostrup (περιφερειακού δικαστηρίου του Glostrup, Δανία) για την ακύρωση, μεταξύ άλλων, αυτού του σκέλους της απόφασης της επιτροπής προσφυγών. Στις 7 Δεκεμβρίου 2021, η υπόθεση παραπέμφθηκε ενώπιον του Østre Landsret (εφετείου ανατολικής περιφέρειας, Δανία), δικάζοντος σε πρώτο βαθμό.

ΟΙ ΔΑΝΙΚΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

- 17 Η οδηγία 2014/24/ΕΕ (οδηγία για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων) μεταφέρθηκε στο δανικό δίκαιο με τον νόμο 1564, της 15ης Δεκεμβρίου 2015, όπως αυτός τροποποιήθηκε μεταγενέστερα (στο εξής: νόμος για τις δημόσιες συμβάσεις).
- 18 Με το άρθρο 2 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις, που αφορά τις γενικές αρχές του νόμου, μεταφέρεται το άρθρο 18, παράγραφος 1, της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Η διάταξη αυτή έχει ως εξής:

Άρθρο 2. Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές τηρούν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας που αναφέρονται στους τίτλους II-IV.

Παράγραφος (2) Η ανοικτή διαδικασία δεν μπορεί να σχεδιάζεται με σκοπό τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Θεωρείται ότι υπάρχει τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού όταν ο σχεδιασμός της σύμβασης αποσκοπεί στην αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων.

- 19 Με το άρθρο 49 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις μεταφέρεται το άρθρο 46, παράγραφοι 1 έως 3, της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Η παράγραφος 3 της διάταξης αυτής αφορά τις απαιτήσεις για την υποδιαίρεση των συμβάσεων σε τμήματα και έχει ως εξής:

Άρθρο 49.

[...]

Παράγραφος (3). Στην προκήρυξη της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τα εξής:

- 1) εάν οι προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα,*
 - 2) εάν σε έναν προσφέροντα μπορούν να ανατεθούν ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα και, στην περίπτωση αυτή, πώς μπορούν να συνδυαστούν τα τμήματα ή οι ομάδες τμημάτων, και*
 - 3) τα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή τους κανόνες που διέπουν την ανάθεση τμημάτων, συμπεριλαμβανομένου του τρόπου ανάθεσης των τμημάτων, στην περίπτωση που η εφαρμογή των κριτηρίων ή κανόνων ανάθεσης θα είχε ως αποτέλεσμα την ανάθεση σε έναν προσφέροντα τμημάτων που υπερβαίνουν τον μέγιστο δυνατό αριθμό.*
- 20 Το άρθρο 49 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις αφορά τους διαδικαστικούς κανόνες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και με αυτό μεταφέρεται μέρος του άρθρου 27 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Έχει ως εξής:

Άρθρο 56. Στις ανοικτές διαδικασίες, μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας. Η προκήρυξη του διαγωνισμού περιέχει τις πληροφορίες που αναφέρονται στο μέρος Γ του παραρτήματος V, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014 L 94, σ. 65). Η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί το τυποποιημένο έντυπο (βλ. άρθρο 128, παράγραφος 3).

ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΗΣ ΕΝΩΣΗΣ

- 21 Οι κρίσιμες για την υπό κρίση υπόθεση διατάξεις του δικαίου της Ένωσης είναι κυρίως οι θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, όπως

διατυπώνονται στο άρθρο 18 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και το περιεχόμενο της απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων ως προς τα τμήματα (βλ. άρθρο 46 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και την «ανοικτή διαδικασία» σύναψης δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 27 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων).

ΟΙ ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ

- 22 Η SKI αρνείται ότι, κάνοντας χρήση του μοντέλου ανατολής/δύσης, παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης, όπως διατυπώνεται στο άρθρο 18, παράγραφος 1, της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Ο επιλεγείς σχεδιασμός της σύμβασης, παρά την προσφυγή στην «ανοικτή διαδικασία» σύναψης σύμβασης, είναι νόμιμος και σύμφωνος με τις διατάξεις του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις, συμπεριλαμβανομένης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της αρχής της διαφάνειας και της απορρέουσας από αυτήν απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων, καθώς και με τη σχετική με τις δημόσιες συμβάσεις νομολογία.
- 23 Ο βασικός λόγος για την υιοθέτηση του μοντέλου ανατολής/δύσης ήταν η βούληση να διασφαλιστεί ο ανταγωνισμός για τις υπηρεσίες που καλύπτονται από τα τμήματα 1 και 2, καθόσον το δεύτερο εξ αυτών αποτελεί τη μεγαλύτερη κατηγορία προϊόντων του διαγωνισμού από άποψη κύκλου εργασιών. Συναφώς, είναι σημαντικό να επισημανθεί ότι δεν υφίσταται ιδιωτική αγορά για παρόμοιες υπηρεσίες και ότι δεν υπάρχουν άλλες αναθέτουσες αρχές που αναθέτουν ανάλογες συμβάσεις. Επομένως, η συμφωνία πλαίσιο της SKI αποτελεί στην πραγματικότητα το σύνολο της σχετικής αγοράς. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς στους οποίους δεν ανατίθεται κάποιο τμήμα της σύμβασης κινδυνεύουν να μείνουν στο περιθώριο ή ακόμη και να παύσουν τη δραστηριότητά τους. Έτσι, η αγορά αυτής της κατηγορίας προϊόντων παρουσιάζει από μακρού χρόνου περιορισμένο ή και καθόλου ανταγωνισμό, γεγονός που μπορεί να είναι ιδιαίτερα επιζήμιο για τους πελάτες της SKI και εντέλει για τους φορολογούμενους. Ως εκ τούτου, κατά τη διαδικασία της συμφωνίας πλαισίου, η SKI επικεντρώθηκε ιδιαίτερα στη διασφάλιση του ανταγωνισμού στον μέγιστο δυνατό βαθμό, μεταξύ άλλων μέσω της διαίρεσης αυτού του μέρους της σύμβασης σε δύο τμήματα (ανατολικό και δυτικό) και μέσω της χρήσης ενός μοντέλου το οποίο καταρχήν επιτρέπει την ύπαρξη δύο διαφορετικών προμηθευτών, σε συμφωνία με τους στόχους του άρθρου 46 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (βλ. αιτιολογική σκέψη 79 της ίδιας οδηγίας). Στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη αναφέρεται ότι, «[ό]ταν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει, προκειμένου, παραδείγματος χάρη, να διατηρήσουν τον ανταγωνισμό ή να διασφαλίσουν την αξιοπιστία του εφοδιασμού, να μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων για τα οποία μπορεί να υποβάλει προσφορά ένας οικονομικός φορέας· θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα». Προβλέποντας ταυτόχρονα ότι για αμφότερα τα τμήματα πρέπει να ισχύσει η ίδια συμβατική τιμή που προσφέρθηκε από τον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η SKI επιδίωκε επίσης να

αποτρέψει την κερδοσκοπία μέσω της προσφοράς υψηλών τιμών για ένα εκ των τμημάτων εις βάρος των πελατών της SKI και εντέλει των φορολογουμένων. Ήτοι, εάν ένας προσφέρων εξασφάλιζε τουλάχιστον μία ανάθεση, θα εδύνατο να κερδοσκοπήσει, υποβάλλοντας προσφορές με υψηλή τιμή για αμφοτέρω τα τμήματα. Το ενδεχόμενο αυτό αποφεύχθηκε με την πρόβλεψη της προϋπόθεσης να αναλάβει ο προσφέρων την προμήθεια στην ίδια τιμή με τον αναδειχθέντα ανάδοχο για το τμήμα 1.

- 24 Πριν από την προκήρυξη του διαγωνισμού, πραγματοποιήθηκε διαβούλευση με την αγορά. Από την ανατροφοδότηση που ελήφθη από την αγορά, ήταν προφανές ότι η αγορά εν γένει θεωρούσε το μοντέλο δίκαιο και συμβατό με την ενίσχυση του ανταγωνισμού, τόσο άμεσα όσο και μακροπρόθεσμα. Η απάντηση που ελήφθη στο πλαίσιο της διαβούλευσης από την BibMedia A/S, η οποία υπέβαλε επίσης προσφορά στον διαγωνισμό που πραγματοποιήθηκε κατόπιν (βλ. ανωτέρω), περιελάμβανε τα εξής:

«Θεωρούμε την πρόταση της SKI να καταμηθεί το τμήμα 1 δανικά βιβλία και παρτιτούρες σε μοντέλο ανατολής/δύσης, όπως περιγράφεται, εύλογη, δεδομένου ότι το περιγραφόμενο μοντέλο θα εξακολουθήσει να παρέχει κίνητρο στους προσφέροντες για την υποβολή της πλέον ελκυστικής προσφοράς, ώστε να τους ανατεθεί το μεγαλύτερο σε όγκο τμήμα. Η ύπαρξη περισσότερων του ενός προμηθευτών για το τμήμα 1 εξασφαλίζει ότι θα υφίσταται ισχυρός ανταγωνισμός κατά τα προσεχή έτη καθώς και ότι θα συνεχίσει η ανάπτυξη λύσεων και υπηρεσιών, επ' ωφελεία των βιβλιοθηκών».

- 25 Κατά συνέπεια, η SKI υποστηρίζει ότι το μοντέλο εναρμονίζεται πλήρως με την αξιολόγηση βάσει επιδόσεων, η οποία, επιπλέον, είναι ουσιώδους σημασίας για το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι με την ανάγκη διασφάλισης τόσο της αποτελεσματικής χρήσης των δημοσίων πόρων (βλ. αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων), όσο και του πραγματικού ανταγωνισμού (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 90 και 69 της ίδιας οδηγίας), τόσο στο πλαίσιο της συγκεκριμένης επίμαχης διαδικασίας όσο και στο μέλλον, όσον αφορά την ιδιαίτερη κατάσταση του ανταγωνισμού που χαρακτηρίζει την εν λόγω αγορά.

- 26 Συναφώς, προβάλλεται προς επίρρωση της νομιμότητας του μοντέλου:

- ότι το γεγονός ότι παρέχεται στον προσφέροντα με τη δεύτερη φθηνότερη τιμή η δυνατότητα να αποδεχθεί την προμήθεια στις ίδιες τιμές με τον προσφέροντα με τη φθηνότερη τιμή και, ως εκ τούτου, να του ανατεθεί το τμήμα 1 δεν συνιστά «διαπραγμάτευση» αντίθετη προς την απαγόρευση των διαπραγματεύσεων του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, συμπεριλαμβανομένων των αρχών και των εκτιμήσεων στις οποίες στηρίζεται η απαγόρευση και το άρθρο 56 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις.

- ότι, αντιθέτως, το μοντέλο ανατολής/δύσης συνιστά μια αντικειμενική, μηχανική διαδικασία σύναψης σύμβασης, η οποία χρησιμοποιείται αφού έχει πραγματοποιηθεί η κατάταξη των προσφορών, και χωρίς άλλη αλληλεπίδραση μεταξύ της SKI και του προσφέροντος που υπέβαλε τη δεύτερη καλύτερη προσφορά, πλην της αποδοχής εκ μέρους του τελευταίου να εκτελέσει την προμήθεια υπό τους όρους που ορίζονται εκ των προτέρων στα έγγραφα του διαγωνισμού και στις ίδιες τιμές με τον προσφέροντα που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά.
- ότι πρόκειται επίσης για διαδικασία ανάθεσης σύμβασης σε τμήματα, η οποία περιγράφεται με σαφήνεια και διαφάνεια στα έγγραφα του διαγωνισμού. Ουδόλως παρέχει στη SKI ελευθερία επιλογής ως προς την ανάθεση των συμβάσεων κατά τρόπο αντίθετο προς την αρχή της διαφάνειας, όπως αυτή διατυπώνεται στο άρθρο 18 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ούτε επιτρέπει στον προσφέροντα που υπέβαλε τη δεύτερη καλύτερη προσφορά να τροποποιήσει αυθαίρετα την προσφορά του μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, περιερχόμενος έτσι σε καλύτερη κατάσταση από εκείνη που δικαιούτο βάσει των όρων των προδιαγραφών, και κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Αντιθέτως, η ανάθεση των συμβάσεων πραγματοποιείται εντός των προκαθορισμένων παραμέτρων για την ανάθεση των τμημάτων που περιγράφονται στα έγγραφα του διαγωνισμού, καθώς και εντός των ορίων του άρθρου 46 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, βάσει διαδικασίας που κείται εκτός της σφαίρας επιρροής τόσο της SKI όσο και των ενδιαφερόμενων προσφερόντων.
- ότι βάσει του μοντέλου ανατολής/δύσης η ανάθεση των συμβάσεων γίνεται ομοιόμορφα και στηρίζεται στην προηγούμενη αξιολόγηση των προσφορών που υποβλήθηκαν με βάση το καθορισμένο κριτήριο ανάθεσης της «χαμηλότερης τιμής» και ακολουθώντας μια προκαθορισμένη και σαφώς περιγραφόμενη διαδικασία για την ανάθεση των τμημάτων. Επιπλέον, δεδομένου ότι το μοντέλο εφαρμόζεται σε χρόνο μεταγενέστερο της κατάταξης των προσφορών (ήτοι, κατόπιν της αξιολόγησης), δεν υφίσταται κίνδυνος στρέβλωσης του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων υπό τη μορφή αθέμιτης δυσμενούς διάκρισης.

ΟΙ ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΙ ΤΗΣ ΚΑΘΗΣ

- 27 Η καθής υποστηρίζει ότι η απόφαση και η αιτιολογία της επιτροπής προσφυγών είναι ορθά και πρέπει να επικυρωθούν.
- 28 Η αρχή της ίσης μεταχείρισης που διατυπώνεται στο άρθρο 18 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και στο άρθρο 2, παράγραφος 1, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και η συνακόλουθη απαγόρευση των διαπραγματεύσεων συνεπάγονται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να

διαπραγματευθεί με έναν μόνον προσφέροντα στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας. Στο πλαίσιο αυτό, δεν ασκεί επιρροή το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή περιέγραψε τη δυνατότητα διαπραγμάτευσης στα έγγραφα του διαγωνισμού.

- 29 Η καθής ισχυρίζεται ότι η παροχή σε έναν προσφέροντα της δυνατότητας να τροποποιήσει την προσφορά του μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, ώστε να αντιστοιχεί στην τιμή που προσέφερε ο μειοδότης, συνιστά διαπραγμάτευση.
- 30 Κατά την καθής, η κατάσταση αυτή, κατά την οποία επιτρέπεται σε έναν προσφέροντα να μειώσει την τιμή της προσφοράς του, ώστε η τιμή να αντιστοιχεί σε αυτή του μειοδότη, συνιστά τροποποίηση της προσφοράς, η οποία δεν μπορεί να γίνει δεκτή μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.
- 31 Συνεπώς, το μοντέλο ανατολής/δύσης που χρησιμοποιήθηκε από τη SKI συνιστά διαπραγμάτευση κατά την έννοια της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.
- 32 Η καθής ισχυρίζεται επίσης ότι μια τέτοια διαδικασία δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί νομίμως στο πλαίσιο «ανοικτής διαδικασίας» σύναψης σύμβασης δυνάμει του άρθρου 27 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (βλ. άρθρο 56 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις). Ήτοι, σε αυτή την κατηγορία διαδικασίας ανάθεσης δεν προβλέπεται η δυνατότητα διαπραγμάτευσης, συμπεριλαμβανομένης της παροχής της δυνατότητας σε έναν μόνο προσφέροντα να τροποποιήσει την προσφορά του μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.
- 33 Αντιθέτως, η SKI θα έπρεπε να έχει προκηρύξει τον διαγωνισμό στο πλαίσιο των παραμέτρων της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ενώ υπάρχει η δυνατότητα χρήσης νόμιμων διαδικασιών, οι οποίες σε μεγάλο βαθμό εκπληρώνουν τους στόχους που επιθυμεί να επιτύχει η SKI με το μοντέλο ανατολής/δύσης. Ήτοι, μια αναθέτουσα αρχή δύναται να καταμήσει μια σύμβαση σε τμήματα, ενώ δύναται νομίμως να περιοριστεί η δυνατότητα του ίδιου προσφέροντος να αναλάβει όλα τα τμήματα, έτσι ώστε να διασφαλιστεί ο ανταγωνισμός στο μέλλον. Εντούτοις, στο πλαίσιο των διαδικασιών που προβλέπονται στην οδηγία για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, δεν είναι δυνατόν να προσελκύονται περισσότεροι του ενός δυνητικοί προμηθευτές και ταυτόχρονα να τους επιβάλλονται οι ίδιες τιμές. Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να επιλέξουν είτε έναν μόνο προσφέροντα στον οποίο θα ανατεθεί το σύνολο των τμημάτων στην ίδια τιμή είτε την ανάθεση των τμημάτων σε πλείονες διαφορετικούς προσφέροντες, αλλά σε διαφορετικές τιμές. Εάν η αναθέτουσα αρχή επιλέξει να περιορίσει τη δυνατότητα του ίδιου προσφέροντος να του ανατεθούν όλα τα τμήματα, τότε οφείλει να αποδεχθεί την προταθείσα από τον προσφέροντα με τη δεύτερη χαμηλότερη προσφορά τιμή για το μικρότερο τμήμα.

Η ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΩΝ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΕΡΩΤΗΜΑΤΩΝ

- 34 Η νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και την αρχή της διαφάνειας στην οδηγία για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και το περιεχόμενο της συνακόλουθης απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων αφορά, μεταξύ άλλων, τα όρια του χειρισμού εκ μέρους αναθέτουσας αρχής των επιφυλάξεων που διατυπώνονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τα όρια της εκ μέρους αναθέτουσας αρχής αναδρομικής συλλογής και συμπερίληψης πληροφοριών (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις του Δικαστηρίου της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova A/S*, C-336/12, EU:C:2013:647, και της 11ης Μαΐου 2017, *Archus και Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358), ή της συλλογής ελλειπουσών ή ανακριβών πληροφοριών σε υποβληθείσα προσφορά (βλ. απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 Επιπλέον, το Δικαστήριο φαίνεται να έχει εξετάσει το πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων σε σχέση με την αντικατάσταση επιχειρήσεων στον οποίον τις δυνατότητες σκοπεύει να στηριχθεί ο προσφέρων (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 3ης Ιουνίου 2021, *Rad Service Srl Unipersonale κ.λπ. κατά Del Debbio SpA κ.λπ.*, C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Στην προγενέστερη πρακτική φαίνεται να είναι κοινός τόπος ότι το περιεχόμενο της απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων ερμηνεύεται σε σχέση με τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θεραπεύσει το γεγονός ότι ο υποψήφιος/προσφέρων δεν πληροί τις τιθέμενες από τα έγγραφα του διαγωνισμού προϋποθέσεις και, ως εκ τούτου, ενδέχεται να αποκτά νομικό καθεστώς το οποίο, βάσει των εγγράφων αυτών, δεν δικαιούτο, αντίθετα προς τις θεμελιώδεις αρχές του δικαίου της Ένωσης (βλ. απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου της Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257· απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου του Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, καθώς και απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz κατά Zarzad Oczyszczania Miasta*, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Εντούτοις, το Δικαστήριο δεν φαίνεται να είχε την ευκαιρία να εξετάσει σε ποιον βαθμό η απαγόρευση των διαπραγματεύσεων σε σχέση με προκήρυξη διαγωνισμού σε τμήματα στο πλαίσιο «ανοικτής διαδικασίας» σύναψης σύμβασης απαγορεύει να παρέχεται σε προσφέροντα, ο οποίος δεν υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η δυνατότητα, μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, και σύμφωνα με τους προκαθορισμένους όρους των προδιαγραφών, να αποδεχθεί την παροχή των προτεινόμενων για ένα τμήμα υπηρεσιών στην ίδια τιμή με τον προσφέροντα ο οποίος υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και στον οποίο, επομένως, ανατέθηκε διαφορετικό τμήμα.

- 38 Το Østre Landsret (εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία), το οποίο εν προκειμένω δικάζει σε πρώτο βαθμό, εκτιμά, βάσει των προαναφερθέντων, ότι πρέπει να υποβληθεί στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα.

ΔΙΑΤΑΣΣΕΤΑΙ:

- 39 Να υποβληθεί στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

Αποκλείεται βάσει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης του άρθρου 18 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και της συνακόλουθης απαγόρευσης των διαπραγματεύσεων να παρέχεται σε προσφέροντα ο οποίος υπέβαλε την κατά σειρά δεύτερη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας σύναψης σύμβασης σε τμήματα (βλ. άρθρα 27 και 46 της οδηγίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων) η δυνατότητα, μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, και σύμφωνα με τους προκαθορισμένους όρους των προδιαγραφών, να παράσχει τις προτεινόμενες για ένα τμήμα υπηρεσίες στην ίδια τιμή με τον προσφέροντα ο οποίος υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και στον οποίο, επομένως, ανατέθηκε διαφορετικό τμήμα της σύμβασης, προκηρυχθέν ταυτόχρονα;

[...]