

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη - Μέλος, Ελευθερία Καλαμιώτη - Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 22-12-2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 2080/27-12-2023 Προδικαστική Προσφυγή της ... με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ... , επί της οδού ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ... (θέση ...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί να ακυρωθεί η υπό στοιχεία ... απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία αποφασίσθηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της παρεμβαίνουσας, αναφορικά με την προμήθεια του Τμήματος 3: «... », η υπό στοιχεία ... απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα του επίμαχου διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα, τα συμπροσβαλλόμενα από 29-05-2023 και 22-06-2023 Πρακτικά, ως και κάθε σχετική και συναφής συμπροσβαλλόμενη απόφαση, πράξη ή παράλειψη, η οποία ενσωματώνεται στην απόφαση προσωρινού αναδόχου και στην απόφαση κατακύρωσης, με σκοπό την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 4.400,00 € σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ») για το Τμήμα 3 της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 879.966,00,00 ευρώ χωρίς το ΦΠΑ, για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αρ. .../2023 Διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό, Ανοικτό, Δημόσιο Διαγωνισμό για τη Σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο (Σ-Π) 3ετούς Διάρκειας, για την Προμήθεια ... συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας για 3 έτη 3.488.350,76 €, συμπεριλαμβανομένου των εκάστοτε νόμιμων κρατήσεων και ΦΠΑ 24%. Η συμφωνία – πλαίσιο υποδιαιρείται σε 5 τμήματα κατ' είδος, καθώς πρόκειται για διαφορετικές προμήθειες. Το ΤΜΗΜΑ 3: «... » αυτής, είναι μεγίστης συνολικής εκτιμώμενης αξίας 879.966,00 € χωρίς Φ.Π.Α. (συνολικής εκτιμώμενη αξία 1.091.157,84 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%). Κριτήριο κατακύρωσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της ... δίδεται στην Προσθήκη «1» της Διακήρυξης. Η ανωτέρω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 01-03-2023 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ... Ως προελέχθη, το Τμήμα 3 κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα με τιμή κατακύρωσης ανά λίτρο 0,94 € ως μειοδότη, διότι, δυνάμει της υπ' αρ. ... προσβαλλόμενης, αποφασίστηκε η ανάδειξη ως προσωρινών αναδόχων κατά σειρά των εταιριών: της παρεμβαίνουσας με τιμή κατακύρωσης ανά λίτρο 0,94 €, της προσφεύγουσας με τιμή κατακύρωσης ανά λίτρο 1,75 €, της εταιρίας με την επωνυμία «...» με τιμή κατακύρωσης ανά λίτρο 1,89 € και της εταιρίας με την επωνυμία «...» με τιμή κατακύρωσης ανά λίτρο 1,90 € (Πίνακας του Παραρτήματος Β της προσβαλλόμενης απόφασης).

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η Αναθέτουσα Αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 22-12-2023 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης στις 15-12-2023, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ως βάσιμα ισχυρίζεται, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας. Τούτο, γιατί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού είναι αναρτημένο και το από 15-12-2023 μήνυμα της Αναθέτουσας Αρχής με το ακόλουθο περιεχόμενο: *«(...) Κατόπιν αιτήματος της εταιρείας ... , διαπιστώθηκε αδυναμία προβολής των αρχείων Συμμετοχής, Τεχνικής και Οικονομικής των εταιρειών. Μέσω της επικοινωνίας με το κέντρο εξυπηρέτησης του ΕΣΗΔΗΣ, το ζήτημα έχει λυθεί, επομένως η προθεσμία υποβολής προδικαστικής επαναπρογραμματίζεται έως την Τετάρτη 27 Δεκ 23. (...)»*, από το οποίο προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση των κρίσιμων στοιχείων στις 15-12-2023, ώστε να προβάλλει τις αιτιάσεις της κατά της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

5. Επειδή, στις 27-12-2023 η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής προς τους ενδιαφερόμενους, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 2448/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης.

7. Επειδή, στις 05-01-2024 η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την παρέμβασή της εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, ως έχουσα αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος του Τμήματος 3 της επίμαχης σύμβασης.

8. Επειδή, στις 08-01-2024 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε εκπρόθεσμα, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, τις με αριθμ. ... απόψεις της.

9. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.).

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

10. Επειδή, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, επάγονται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

11. Επειδή, **η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής της αναφορικά με τα δικαιολογητικά συμμετοχής της παρεμβαίνουσας υποστηρίζει ότι** δεν πληρούται το κριτήριο συμμετοχής - κριτήριο επιλογής (On-off), που προβλέπεται στον όρο 2.2.6.της Διακήρυξης, διότι είναι άνευ αποδεικτικής ισχύς η προσκόμιση της ... (Συμφωνίας – Πλαίσιο). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε ως δικαιολογητικό κατά το στάδιο της συμμετοχής, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπου στο Μέρος IV Κριτήριο Γ: Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα του οποίου δηλώνει, ότι κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις του είδους που έχει προσδιοριστεί, ως εξής: «*Περιγραφή:...* » και επομένως η παρεμβαίνουσα υπέβαλε, ως δικαιολογητικό κατά το στάδιο της συμμετοχής μία Συμφωνία – Πλαίσιο, παραβλέποντας εντελώς το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο και την πάγια νομολογία που θεωρεί και έχει κρίνει, αντίστοιχα, ότι η Συμφωνία – Πλαίσιο δεν παράγει καμία απολύτως δέσμευση για την Αναθέτουσα Αρχή και συνεπώς, δεν έχει καμία αποδεικτική ισχύ αναφορικά με την εκτέλεση του έργου που αφορά. Περαιτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ακόμα και η ίδια η Συμφωνία – Πλαίσιο που επικαλείται η παρεμβαίνουσα αναφέρει ρητά στο άρθρο 4.2 ότι καμία δέσμευση δεν συνεπάγεται η εν λόγω Συμφωνία – Πλαίσιο και συνεπώς, η προσκόμιση εκ μέρους της του εν λόγω «δικαιολογητικού» συμμετοχής είναι άνευ αξίας και δεν εισφέρει καμία απολύτως απόδειξη περί της εκτέλεσης του έργου. Επιπροσθέτως, αναφέρει η προσφεύγουσα ότι κατόπιν ελέγχου στο ΚΗΜΔΗΣ, διαπιστώθηκε ότι η ανωτέρω υπ' αριθμόν ... την οποία αναφέρει

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

η παρεμβαίνουσα στο προσκομισθέν εκ μέρους της ΕΕΕΣ, καθορίζει τους όρους με τους οποίους οι προμηθευτές θα προμηθεύσουν συγκεκριμένα εφόδια, όπου στη περίπτωση της παρεμβαίνουσας είναι η προμήθεια ... «...», συνολικής αξίας (άνευ ΦΠΑ) 327.600,00 € και ότι στο άρθρο 4.2 της εν λόγω Συμφωνίας _ Πλαίσιο ορίζεται ότι «*Η ... δεν αποτελεί δέσμευση εκ μέρους των Αγοραστών να υποβάλλουν παραγγελίες. Δέσμευση θα υπάρχει μόνο εάν και εφόσον η ... υποβάλει μία συγκεκριμένη πρόσκληση για την υπογραφή της εκτελεστικής σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους της...*». Ως εκ τούτου, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, συνάγεται ευθέως ότι η παρεμβαίνουσα ήδη από το στάδιο της συμμετοχής δεν πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής της εν θέματι Διακήρυξης, προσκόμισε ανεπαρκή και άνευ αποδεικτικής ισχύος δικαιολογητικά κατά το στάδιο της συμμετοχής και ως εκ τούτου, εσφαλμένως και μη νομίμως έγινε εξ αρχής δεκτή η προσφορά της από την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία έπρεπε να την θέσει εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας. **Επί του πρώτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής η παρεμβαίνουσα** υποστηρίζει από διατάξεις του Ν. 4412/2016 (αρ. 2 παρ. 1 περ. 10, αρ.39 παρ. 1 εδαφ. α' και αρ. 75) και ενόψει της αναλογικότητας ανάμεσα στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και το αντικείμενο της ανάθεσης, προκύπτει ότι, προκειμένης της επιλογής αντισυμβαλλομένων για σύναψη συμφωνίας - πλαίσιο, ευλόγως η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί, ως τεκμήριο εμπειρίας, συστάσεις από προηγούμενες εκτελεσθείσες συμφωνίες – πλαίσιο και ενώ η συμφωνία - πλαίσιο διαφέρει εννοιολογικά από τη σύμβαση, αυτό δεν αναιρεί το γεγονός ότι και η συμφωνία - πλαίσιο συνεπάγεται νομικές δεσμεύσεις για τον αντισυμβαλλόμενο (και συγκεκριμένα τη δέσμευση να υποβάλει παραδεκτές προσφορές κατά τη διεξαγωγή διαγωνισμών για την ανάθεση εκτελεστικών συμβάσεων) και δύναται να εκτελεσθεί προσηκόντως ή όχι. Εξ ου και για την καλή εκτέλεση συμφωνίας - πλαίσιο κατατίθεται από τον αντισυμβαλλόμενο εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, πλέον εκείνης που θα κατατεθεί από τον ανάδοχο της εκτελεστικής σύμβασης (άρθρο 72 παρ. 6 του ν. 4412/2016) και η οποία επιστρέφεται μετά τη λήξη της ισχύος της συμφωνίας - πλαίσιο (ασχέτως αναθέσεως και υλοποίησεως εκτελεστικών συμβάσεων). Στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με όσα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, το προς ανάθεση αντικείμενο είναι μία συμφωνία - πλαίσιο και όχι σύμβαση, οπότε νομίμως,

υπό το πρίσμα των πιο πάνω διατάξεων, η Αναθέτουσα Αρχή δέχθηκε (και σε επίπεδο δικαιολογητικών συμμετοχής και σε επίπεδο δικαιολογητικών κατακύρωσης) την συμφωνία - πλαίσιο και τη βεβαίωση καλής εκτέλεσης αυτής. Τέλος, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας κατά τον οποίο για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείτο αποκλειστικά η υποβολή συμβάσεων και αποδεικτικών εκτέλεσής τους είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί. **Επί του πρώτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής η Αναθέτουσα Αρχή** αναφέρει, επί λέξει, ότι «(...) 1. Αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής περί μη πλήρωσης της 2.2.6.1 παραγράφου της διακήρυξης, η παράγραφος αναφέρει για παρεμφερείς συμβάσεις παροχής εφοδίων που στην προκειμένη περίπτωση δεν αφορά παρεμφερή αλλά πανομοιότυπη συμφωνία-πλαίσιο στην οποία η εταιρεία «...» είχε κριθεί ικανή να υλοποιήσει (υπ' αριθ...). Επιπλέον το άρθρο στο οποίο αναφέρεται η προσφεύγουσα, άρθρο 4 της υπ' αριθ. ...«Η ... δεν αποτελεί δέσμευση εκ μέρους των Αγοραστών να υποβάλλουν παραγγελίες. Δέσμευση θα υπάρχει μόνο εάν και εφόσον η ... υποβάλει μία συγκεκριμένη πρόσκληση για την υπογραφή της εκτελεστικής σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους της...», αφορά την εξασφάλιση της υπηρεσίας (...) σε περίπτωση που δεν υποβάλλει παραγγελίες έτσι ώστε να μην έχει καμία υποχρέωση/δέσμευση απέναντι στους προμηθευτές. Αυτό δεν αναιρεί το γεγονός ότι ο προμηθευτής εξακολουθεί να έχει τη δυνατότητα να παράσχει την πλήρη ποσότητα που αναγράφεται στη ... , την οποία έχει συνάψει, σε περίπτωση που του ζητηθεί καθώς με την σύναψη της εν λόγω ... έχει ήδη κριθεί ικανός. (...)».

12. Επειδή, **επί του πρώτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής:** Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 10 του Ν. 4412/2016 «10) ως «συμφωνία - πλαίσιο» νοείται μία συμφωνία που συνάπτεται μεταξύ μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων και ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων, η οποία αποσκοπεί στον καθορισμό των όρων που διέπουν τις συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν κατά τη διάρκεια συγκεκριμένης περιόδου, ιδίως όσον αφορά τις τιμές και, όπου ενδείκνυται, τις προβλεπόμενες ποσότητες,», σύμφωνα δε με το άρθρο 39 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν συμφωνίες-πλαίσιο κατά την έννοια της περίπτωσης

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

10 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 εφόσον εφαρμόζουν τις διατάξεις που προβλέπονται στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221). (...) 3. Οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο ανατίθενται, σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπονται στην παρούσα παράγραφο, καθώς και στις παρ. 4 και 5. (...)». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, οι συμφωνίες-πλαίσιο συνάπτονται μεταξύ μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων, με σκοπό τον καθορισμό των όρων που θα διέπουν τις συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν κατά τη διάρκεια συγκεκριμένης περιόδου (εκτελεστικές συμβάσεις), ιδίως όσον αφορά τις τιμές και, όπου ενδείκνυται, τις προβλεπόμενες ποσότητες. Ειδικότερα, οι συμφωνίες αυτές επιτρέπουν στις αναθέτουσες αρχές να προεπιλέγουν, με ανταγωνιστικές διαδικασίες, δυνητικούς αντισυμβαλλομένους, κατάλληλους για την εκτέλεση των ζητούμενων παροχών, δεσμεύοντάς τους ως προς τα οριζόμενα στη συμφωνία στοιχεία. Για τις εκτελεστικές συμβάσεις που συνάπτονται ακολούθως, εάν και όποτε ανακύψει η συγκεκριμένη ανάγκη, εντός του χρόνου ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο, δεν απαιτείται κατά κανόνα η διεξαγωγή νέου διαγωνισμού, ενώ στις περιπτώσεις που ο προσδιορισμός των μη καθορισθέντων όρων επιβάλλει τη διεξαγωγή νέων μίνι διαγωνισμών (call-off), αυτοί διενεργούνται μεταξύ των προεπιλεγέντων αναδόχων και σύμφωνα με τους καθορισθέντες στη συμφωνία-πλαίσιο όρους, καθώς «οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να συνεπάγονται ουσιώδεις τροποποιήσεις στους όρους της συμφωνίας-πλαίσιο (άρθρο 39 παρ. 3 του ν. 4412/2016) (Πρακτικά της 16^{ης} Γενικής Συνεδρίασης της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου της 12^{ης} Δεκεμβρίου 2018). Σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 3 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 246/2014 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με ΘΕΜΑ: “Η Συμφωνία-Πλαίσιο στις Δημόσιες Συμβάσεις” (σελ. 2-3, 5) «(..)1. Έννοια Συμφωνίας-Πλαίσιο (..) 5. Επισημαίνεται κατ' αρχάς ότι η συμφωνία-πλαίσιο δεν αποτελεί έναν νέο τύπο δημόσιας σύμβασης, αλλά μια μέθοδο την οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί να χρησιμοποιήσει για την επιλογή του αντισυμβαλλόμενου της. Ως συμφωνία-πλαίσιο επομένως νοείται μια γενική συμφωνία, μία συμφωνία ομπρέλα” μεταξύ των αναθετουσών αρχών και οικονομικών φορέων, στην οποία αποτυπώνονται εκ των προτέρων κάποιιοι ή και όλοι οι όροι με βάση τους οποίους θα εκτελεστούν οι μελλοντικές

συμβάσεις που θα συναφθούν καθ' όλη τη διάρκεια αυτής της συμφωνίας. 6. Η συμφωνία-πλαίσιο δεν δημιουργεί από μόνη της μια νομικά δεσμευτική σύμβαση, και δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση, σε αντίθεση με τις επιμέρους συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των συμφωνιών αυτών. Σε γενικές γραμμές τα μέρη σε μια συμφωνία-πλαίσιο δεν υποχρεούνται εκ του νόμου να παρέχουν ή να δεχτούν τις υπηρεσίες που αποτελούν αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο, παρά μόνον εάν και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει τη σύναψη συγκεκριμένης σύμβασης. (...) III. ΣΥΝΑΨΗ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ-ΠΛΑΙΣΙΟ

15. Οι συμφωνίες-πλαίσιο ολοκληρώνονται σε δύο φάσεις: κατά την πρώτη φάση συνάπτεται η συμφωνία-πλαίσιο, η οποία όπως αναφέρθηκε δεν περιλαμβάνει εκ του νόμου καμία συμβατική δέσμευση, αλλά προδιαγράφει κατά κανόνα τους όρους και τις προϋποθέσεις της τελικής σύμβασης που θα ισχύσει όταν αγοραστούν τα προϊόντα, οι υπηρεσίες και τα έργα, καθώς και τις τιμές ή ένα μηχανισμό καθορισμού της τιμή για τις υπηρεσίες που τελικά θα παρασχεθούν. Η δεύτερη φάση είναι η ανάθεση των συμβάσεων που βασίζονται σε μια συμφωνία-πλαίσιο, των εκτελεστικών συμβάσεων ("call-off"), με τις οποίες και δημιουργείται τελικά η συμβατική δέσμευση για την αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών συγκεκριμένης ποσότητας, όγκου ή αξίας. (...)».

Σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. (...) 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. (...). Περαιτέρω, σύμφωνα με τους όρους 2.2.6.1 και 2.2.6.2 της Διακήρυξης «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης ... , οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδεικνύουν ότι διαθέτουν εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο ποιοτικό επίπεδο. Συγκεκριμένα απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας Τριετίας (2020, 2021 και 2022), να έχουν υλοποιήσει κατ' ελάχιστον μία ή περισσότερες παρεμφερείς (συσκευασίας τροφίμων) συμβάσεις παροχής εφοδίων όπως προκύπτει από σχετικά προσκομιζόμενα αποδεικτικά (συμβάσεις ή τιμολόγια πωλήσεων, με αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης κ.λπ.), αθροιστικού ύψους ίσο ή μεγαλύτερο από το 30% της καθαρής συμβατικής αξίας, άνευ ΦΠΑ. 2.2.6.2 Για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, η ... θα λαμβάνει υπόψη στοιχεία σχετικών μέσων που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία (και μέχρι την τελευταία δεκαετία)». Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι η Συμφωνία – Πλαίσιο δεν δημιουργεί από μόνη της μια νομικά δεσμευτική σύμβαση και ότι δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση, σε αντίθεση με τις επιμέρους συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των συμφωνιών αυτών. Περαιτέρω, από τους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης προκύπτει ότι όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την προκείμενη διαδικασία σύναψης Συμφωνίας - Πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδεικνύουν ότι διαθέτουν εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο ποιοτικό επίπεδο και συγκεκριμένα απαιτείται κατά τη διάρκεια της

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

τελευταίας 3ετίας (2020, 2021 και 2022), να έχουν υλοποιήσει κατ' ελάχιστον μία ή περισσότερες παρεμφερείς (συσκευασίας τροφίμων) συμβάσεις παροχής εφοδίων, αθροιστικού ύψους ίσο ή μεγαλύτερο από το 30% της καθαρής συμβατικής αξίας, άνευ ΦΠΑ. Από την επισκόπηση του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι δηλώθηκαν εκ μέρους της και τα εξής (σελ. 12-13 του αρχείου με τίτλο «16α. ...pdf»): «(...) Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη/γνωστοποίηση. Για τις συμβάσεις προμηθειών: παραδόσεις είδους που έχει προσδιοριστεί Μόνο για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη. Περιγραφή ... Συμφωνία- Πλαίσιο (...) 2 ετους διάρκειας για τη προμήθεια Α' υλών ... και ... από την μονάδα παραγωγής ... Ποσό 327600 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 08.09.2021 - 08.09.2023 Αποδέκτες ... Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι (...)». Από την μελέτη των εγγράφων του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού και των ισχυρισμών των ενδιαφερομένων μερών προκύπτει ότι μη νομίμως και αναιτιολόγητα, έγινε δεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, διότι με την ανωτέρω δήλωσή της στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της δεν (προ) απέδειξε ότι διαθέτει εμπειρία για να εκτελέσει την σύμβαση σε κατάλληλο ποιοτικό επίπεδο και συγκεκριμένα με την επίκληση της ... Συμφωνίας - Πλαίσιο (...) 2ετους διάρκειας για τη προμήθεια Α' υλών ... και ... από την μονάδα παραγωγής ... δεν (προ) απέδειξε ότι έχει υλοποιήσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας 3ετίας (2020, 2021 και 2022) κατ' ελάχιστον μία ή περισσότερες παρεμφερείς (συσκευασίας τροφίμων) συμβάσεις παροχής εφοδίων, αθροιστικού ύψους ίσο ή μεγαλύτερο από το 30% της καθαρής συμβατικής αξίας, άνευ ΦΠΑ δοθέντος ότι η ως άνω Συμφωνία – Πλαίσιο που

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

επικαλέστηκε αυτή δεν αναφέρεται σε υλοποίηση έργου, αλλά μόνον σε, κατ' αρχήν, συμφωνία μελλοντικής υλοποίησης, συνεπώς δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση υλοποίησης, όπως βάσιμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Απορριπτέος ως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί του ότι το προς ανάθεση αντικείμενο είναι μία συμφωνία - πλαίσιο και όχι σύμβαση, οπότε νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή δέχθηκε και σε επίπεδο δικαιολογητικών συμμετοχής την συμφωνία - πλαίσιο διότι, ως προελέχθη, βάσει των όρων της Διακήρυξης όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την προκείμενη διαδικασία σύναψης Συμφωνίας - Πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδεικνύουν ότι έχουν υλοποιήσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2020, 2021 και 2022) κατ' ελάχιστον μία ή περισσότερες παρεμφερείς (συσκευασίας τροφίμων) συμβάσεις παροχής εφοδίων. Βάσει των ανωτέρω, αφού διαπιστώθηκε η ανωτέρω έλλειψη στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της ήδη κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός. Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί της μη δυνατότητας συμπλήρωσης/θεραπείας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (εν προκειμένω των δικαιολογητικών συμμετοχής) κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, κατά το αντίστοιχο σκέλος του 3^{ου} λόγου της προσφυγής σχετικά με τις περιπτώσεις δικαιολογητικών τα οποία υποβάλλονται και εκ των οποίων αποδεικνύεται η μη πλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης και του νόμου και δη κατά το στάδιο της συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς, λεκτέα είναι τα εξής: Η εξεταζόμενη προσφορά δεν ήταν, σε κάθε περίπτωση, δεκτική διευκρίνισης ως προς το κρινόμενο ζήτημα και τούτο, διότι οι διευκρινίσεις που υποβάλλονται, δυνάμει της διατάξεως του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, δεν μπορούν να «θεραπεύσουν» την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. Εξάλλου, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών, στην δε αιτιολογική

Αριθμός Απόφασης: 332 / 2024

έκθεση του ν. 4782/2021 αναφέρεται ρητά ότι: «η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί» (ΕΑΔΗΣΥ 1561, 1562/2023). Περαιτέρω, τυχόν κλήση σε παροχή διευκρινίσεων «...θα συνιστούσε παροχή δυνατότητας να προσκομισθεί ουσιώδες στοιχείο, απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού, και όχι απλώς κλήση προς διευκρίνιση επουσιώδους ασάφειας ή προς διόρθωση τυπικού σφάλματος ή επουσιώδους πλημμέλειας» (βλ. ΣΤΕ 147/2022, σκ. 34). Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο τρίτος λόγος της προσφυγής κατά το σκέλος αυτού που αφορά την μη δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός, απορριπτόμενων ως αβάσιμων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της Αναθέτουσας Αρχής περί εφαρμογής του άρθρου 103 στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης δοθέντος ότι, εν προκειμένω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας αφορούν το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής (πρώτος λόγος της προσφυγής).

13. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω αναλυθέντα στις δύο προηγούμενες σκέψεις σχετικά με την προσφορά της παρεμβαίνουσας, δεδομένου ότι γίνεται δεκτός ως βάσιμος ο ανωτέρω πρώτος λόγος της προσφυγής, καθώς και ο τρίτος λόγος της προσφυγής κατά το σκέλος αυτού που αφορά την μη δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας και, ως εκ τούτου, παρέχουν αυτοτελές έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της, για τους λόγους αυτούς, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής σχετικά με την προσφορά της, οι οποίοι αφορούν το στάδιο της κατακύρωσης (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, 969/2019 σκ. 49, 1360/2020, σκ.48).

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί, η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί κατά το αντίστοιχο μέρος της και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμ. ... , κατά το μέρος αυτής με το οποίο κατακυρώθηκε το Τμήμα 3 της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 19 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ