

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο Κλιμάκιο

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 6 Σεπτεμβρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής Ευαγγελία Μιχολίτση, και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1597/09-08-2021 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «... (δ.τ. ...), και «...» όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Της Παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. 8028/1/182-ρπα'/26.7.2021 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 12.148,00€, λαμβανομένου υπόψη ότι η προϋπολογισθείσα αξία της σχετικής σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 2.429.516,13 €. Χωρίς ΦΠΑ συνοδευόμενο από το αντίγραφο της ΓΓΠΣ με την ένδειξη «δεσμευμένο».

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής της δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ και, συνεπώς, παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιόν της.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 27-7-2021, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 06-8-2021. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας 'ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ' του ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες στις 06-08-2021. Επ' αυτής ασκήθηκε παραδεκτώς η από 13/8/2021 παρέμβαση της παρεμβαίνουσας.

4. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι βάλλει κατά της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της που έκανε μη αποδεκτή την προσφορά της ως άνω ένωσης, ώστε να αναδειχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 16/8/2021 τις απόψεις μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν δια του αυτού τρόπου στην προσφεύγουσα. Το επ' αυτών από 01/09/2021 κατατεθέν υπόμνημα της προσφεύγουσας δεν λαμβάνεται υπόψη ως εκπροθέσμως ασκηθέν καθώς το άρθρο 365 παρ. 1γ ως ισχύει ορίζει ότι *«.....Η παράλειψη των ανωτέρω κοινοποιήσεων και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή, αν αυτό δεν είναι εφικτό ή αν ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής».*

6. Επειδή, με τη με αρ. 8/2020 διακήρυξη με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε η διενέργεια κλειστού ηλεκτρονικού διαγωνισμού δύο (2) σταδίων (Α' & Β') για την ανάθεση της σύμβασης «Δημιουργία Κεντρικής Υποδομής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου – Εξόδου», και ορίστηκε η 15η Ιουνίου 2020 και 14:00 ώρα, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής αιτήσεων συμμετοχής του Α' Σταδίου. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια, εγκατάσταση, παραμετροποίηση και παράδοση σε πλήρη λειτουργία της κεντρικής υποδομής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου Εξόδου (ΣΕΕ) και της υποδομής που θα δημιουργηθεί στις

Αριθμός Απόφασης:1528/2021

Υπηρεσίες Ελέγχου Διαβατηρίων, για την αντιμετώπιση μη διαθεσιμότητας του ΣΕΕ. Η κεντρική υποδομή του Εθνικού Συστήματος συμπεριλαμβάνει τα λογισμικά που περιγράφονται στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, τα οποία θα αναπτυχθούν και θα εξυπηρετήσουν τη λειτουργία του ΣΕΕ, τον απαραίτητο δικτυακό εξοπλισμό που θα εγκατασταθεί στην Εθνική κεντρική υποδομή, τις απαιτούμενες άδειες χρήσης και εφαρμογή φορητών μέσων (mobile-app). Στην υποδομή που θα δημιουργηθεί στις Υπηρεσίες Ελέγχου Διαβατηρίων για την αντιμετώπιση μη διαθεσιμότητας του Συστήματος Εισόδου Εξόδου περιλαμβάνεται λογισμικό τοπικής αποθήκευσης των απαραίτητων δεδομένων και στη συνέχεια την αποστολή τους στο κεντρικό Σύστημα Εισόδου Εξόδου όταν καταστεί αυτό εφικτό. Ο αριθμός των ταυτόχρονων χρηστών των ανωτέρω λογισμικών θα ανέρχεται περίπου στους δύο χιλιάδες (2.000). Το ΣΕΕ έχει τους ακόλουθους ειδικούς στόχους όπως προκύπτουν από τον Κανονισμό του: α) την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας των συνοριακών ελέγχων με τον υπολογισμό και την παρακολούθηση της διάρκειας της επιτρεπόμενης παραμονής κατά την είσοδο και την έξοδο των υπηκόων τρίτων χωρών στους οποίους χορηγείται άδεια βραχείας παραμονής, β) να βοηθήσει στην ταυτοποίηση υπηκόου τρίτης χώρας που δεν πληροί ή δεν πληροί πλέον τις προϋποθέσεις εισόδου ή βραχείας παραμονής στην επικράτεια των κρατών μελών, γ) την παροχή της δυνατότητας ταυτοποίησης και εντοπισμού προσώπων που υπερβαίνουν την επιτρεπόμενη διάρκεια παραμονής και την παροχή της δυνατότητας στις εθνικές αρμόδιες αρχές των κρατών μελών να λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα, δ) την παροχή της δυνατότητας ηλεκτρονικού ελέγχου στο ΣΕΕ των περιπτώσεων άρνησης εισόδου, ε) την παροχή της δυνατότητας αυτοματοποίησης των συνοριακών ελέγχων σε υπηκόους τρίτων χωρών, στ) την παροχή στις αρχές θεώρησης της δυνατότητας πρόσβασης σε πληροφορίες σχετικά με τη νόμιμη χρήση προηγούμενων θεωρήσεων, ζ) την ενημέρωση των υπηκόων τρίτων χωρών για τη διάρκεια της επιτρεπόμενης παραμονής τους, η) τη συγκέντρωση στατιστικών στοιχείων για τις εισόδους και τις εξόδους, τις αρνήσεις εισόδου και τις υπερβάσεις της επιτρεπόμενης διάρκειας παραμονής υπηκόων τρίτων χωρών, θ) την καταπολέμηση της υποκλοπής ταυτότητας και της κατάχρησης ταξιδιωτικών εγγράφων, ι) να συμβάλλει στην πρόληψη, την εξακρίβωση και τη διερεύνηση τρομοκρατικών

εγκλημάτων ή άλλων σοβαρών αξιόποινων πράξεων, ια) να παρέχει τη δυνατότητα παραγωγής πληροφοριών για έρευνες που συνδέονται με τρομοκρατικά εγκλήματα ή άλλες σοβαρές αξιόποινες πράξεις, περιλαμβανομένης της ταυτοποίησης δραστών, υπόπτων ή θυμάτων των εν λόγω πράξεων που έχουν περάσει τα εξωτερικά σύνορα και ιβ) το ΣΕΕ, κατά περίπτωση, στηρίζει τα κράτη μέλη για τη λειτουργία των εθνικών τους προγραμμάτων διευκόλυνσης που θεσπίζονται σύμφωνα με το άρθρο 8δ του κανονισμού (ΕΕ) 2016/399, προκειμένου να διευκολυνθεί η διέλευση των συνόρων για τους υπηκόους τρίτων χωρών, ως ακολούθως: i) παρέχοντας στις εθνικές αρμόδιες αρχές που αναφέρονται στο άρθρο 8δ του κανονισμού (ΕΕ) 2016/399 τη δυνατότητα πρόσβασης σε πληροφορίες σχετικά με προηγούμενες περιόδους βραχείας παραμονής ή αρνήσεις εισόδου για τους σκοπούς της εξέτασης των αιτήσεων πρόσβασης σε εθνικά προγράμματα διευκόλυνσης και της έκδοσης αποφάσεων που αναφέρονται στο άρθρο 25 του παρόντος κανονισμού, ii) ενημερώνοντας τις συνοριακές αρχές ότι χορηγείται πρόσβαση στο εθνικό πρόγραμμα διευκόλυνσης. Για την επίτευξη των στόχων αυτών, το ΣΕΕ επεξεργάζεται τόσο τα αλφαριθμητικά δεδομένα όσο και τα βιομετρικά δεδομένα, δηλαδή τα δακτυλικά αποτυπώματα και την εικόνα του προσώπου. Κριτήριο κατακύρωσης του ως άνω διαγωνισμού ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (αφορά το Β' Στάδιο), για τη σύναψη σύμβασης εκτιμώμενης αξίας 2.429.516,13 ευρώ, πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α. Η δαπάνη της σύμβασης χρηματοδοτείται από την Ευρωπαϊκή Ένωση, από το Ταμείο ..., σε ποσοστό 100 % ενωσιακή συμμετοχή. Στο Α' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας αξιολογήθηκαν οι αιτήσεις συμμετοχής, από το οποίο (στάδιο) θα αναδειχθούν οι οικονομικοί φορείς που θα προσκληθούν στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να υποβάλλουν προσφορά. Ειδικότερα, στο Β' Στάδιο θα προσκληθούν οι πέντε (5) πρώτοι οικονομικοί φορείς με βάση τη κατάταξη των αιτήσεων συμμετοχής, ήτοι οι φάκελοι αιτήσεων συμμετοχής με τις πέντε (5) υψηλότερες συνολικές βαθμολογίες, ενώ σε περίπτωση ισοβαθμίας περισσότερων συμμετεχόντων στην τελευταία θέση επιλογής των οικονομικών φορέων, προεπιλέγονται όλοι οι ισοβαθμούντες στην εν λόγω θέση για να υποβάλουν προσφορά στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής

διαδικασίας. Σε περίπτωση που οι αποδεκτές αιτήσεις συμμετοχής δεν υπερβαίνουν τις πέντε (5), τότε θα επιλεγούν εκείνοι οι οικονομικοί φορείς, των οποίων οι φάκελοι αιτήσεων συμμετοχής καλύπτουν τους όρους - απαιτήσεις της σχετική διακήρυξης, ακόμη και αν είναι λιγότεροι των πέντε (5) οικονομικών φορέων. Κατά το Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή θα προσκαλέσει τους επιλεγέντες οικονομικούς φορείς που θα προκύψουν από το Α' Στάδιο, προκειμένου να υποβάλουν προσφορά. Στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας θα δοθεί στους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς το Β' τεύχος διακήρυξης, στο οποίο θα περιλαμβάνεται ως χωριστό παράρτημα πλήρες τεύχος τεχνικών προδιαγραφών και θα προσκληθούν να υποβάλουν προσφορά (Δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά - οικονομική προσφορά). Η διαδικασία υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών του Β' Σταδίου, με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, βάσει της βέλτιστης ποιότητας - τιμής θα αναφέρονται στο Β' Τεύχος της Διακήρυξης. Κατόπιν της ολοκλήρωσης του Α' σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτό περιγράφηκε ανωτέρω, κατά το οποίο η παρεμβαίνουσα είχε υποβάλλει αίτηση συμμετοχής, προσκλήθηκε, ως επιλεγείσα μαζί με τους ακόλουθους τρεις οικονομικούς φορείς: (α) «...», (β) «...» & (γ) ένωση : «...», «...» και «...», να υποβάλλουν προσφορές (Β' Στάδιο). Ακολούθως, με το υπ' αριθ. 8028/1/183/25-νε' από 03-12-2020 Πρακτικό της ... / ... (...) σχετικά με την αποσφράγιση των προσφορών που κατατέθηκαν στο πλαίσιο του Β' Σταδίου της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας διαπιστώθηκε ότι υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα προσφορές από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς και έγιναν αποδεκτές, ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής, όλες οι προσφορές των οικονομικών φορέων. Εν συνεχεία, κατά τη φάση αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, δυνάμει του υπ' αριθ. 40-β' από 28-12-2020 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της αναθέτουσας αρχής, κλήθηκαν όλοι οι συμμετέχοντες στο Β' Στάδιο οικονομικοί φορείς να διευκρινίσουν τις τεχνικές τους προσφορές. Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ργ' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών / ..., προσκλήθηκε η παρεμβαίνουσα να διευκρινίσει την τεχνική προσφορά της ως προς τα διαλαμβανόμενα στο Πρακτικό 40-β' από 28-12-2020 της Επιτροπής

Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της αναθέτουσας αρχής. Συναφώς, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ρδ' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών/..., προσκλήθηκε ομοίως και η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων «i) «...» ii) «...» και iii) «...», να διευκρινίσουν την τεχνική προσφορά τους. Συναφώς, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ρε' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών/..., προσκλήθηκε ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», να διευκρινίσει την τεχνική προσφορά του. Συναφώς, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ροτ' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών/..., προσκλήθηκε και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», να διευκρινίσει την τεχνική προσφορά του. Μετά ταύτα, όλοι οι διαγωνιζόμενοι ανταποκρίθηκαν, αντίστοιχα, στα αιτήματα της αναθέτουσας αρχής και διευκρίνισαν, κατά τα σημεία που τους ζητήθηκε, τις τεχνικές προσφορές τους. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στις 11-01-2021, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τις διευκρινίσεις που της ζητήθηκαν. Ακολούθως, με το υπ' αριθ. 44-α' από 21-01-2021 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών εισηγήθηκε τα εξής, σε σχέση με την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης διέλαβε τα εξής: *«...Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού:· εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2· Oracle Java, τελευταία έκδοσης.»* Η ένωση οικονομικών φορέων στον Πίνακα συμμόρφωσης δήλωσε ρητά τη συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παρέπεμψε στην Τεχνική προσφορά, Κεφ. 2.7 Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού Παρ. 2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 -Payara. Ωστόσο: Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: *«Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FWμε Tomcat ή Jetty).»* Στη σελ. 46 του Κεφ. 3.4.3 του Τ.Φ. 01 - Main EES, αναγράφεται: *«The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty»*. Η Επιτροπή αρχικά παρατήρησε την ανωτέρω ασάφεια και κατόπιν τούτου υπέβαλε αίτημα υποβολής διευκρινίσεων προς την Ένωση Οικονομικών Φορέων, η οποία με το υπ' αριθ. AD.210111.002 από

Αριθμός Απόφασης:1528/2021

11/01/2021 έγγραφο, μας γνώρισε: «Η απάντησή μας για την ανωτέρω απαίτηση, ορθώς αναλύεται στις αναφερόμενες παραπομπές. Στο '...', ως γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο, αναγράφονται όλες οι δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Για την απόδειξη τούτου, σε πολλά σημεία του ... γίνεται αναφορά για υλοποίηση *open source* (όπως ακριβώς και η *Payara Server* η οποία είναι *open source*), και πιο συγκεκριμένα στις σελ. 48, 64, 65, 74, 77. Επίσης, στη σελ.69 γίνεται σαφής αναφορά στο «SEI CERT Oracle Coding Standard for Java». Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει ασάφεια, καθώς η απάντησή μας καλύπτει πλήρως τη ζητούμενη απαίτηση.». Συνεπώς από την τεχνική της προσφορά και τις υποβληθείσες διευκρινίσεις, δεν προκύπτει η χρήση του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητή (*Payara*), παρότι προσφέρεται από την ένωση οικονομικών φορέων. Συνεπώς, η προσφερόμενη τεχνική λύση δεν συμμορφώνεται με τους όρους του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών, ειδικότερα την απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών'. Ακολούθως, γνωμοδότησε, ομόφωνα, τα κάτωθι: «i. Η τεχνική προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων i) «... ..» και ii) «...» αξιολογείται ως μη αποδεκτή καθώς δεν συμμορφώνεται με τους όρους των Τεχνικών Προδιαγραφών της υπ' αριθ. 8/2020 Διακήρυξη (B' Στάδιο) (Συστ. Αρ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...) σύμφωνα την παρ. 2.4.6 της εν λόγω Διακήρυξης, για τους λόγους που αναφέρονται στην παρ. I του παρόντος.». Μετά ταύτα, η απόφαση, υπό στοιχεία 8028/1/182-ριδ'/23-1-2021 του Προϊσταμένου του ..., επικύρωσε την παραπάνω εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών και απέρριψε ως μη κανονική την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, ενώ, περαιτέρω, αποφάσισε ότι οι τεχνικές προσφορές των υπολοίπων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων ήταν κανονικές και πληρούσαν τους οικείους όρους της διακήρυξης. Κατόπιν προσφυγής της παρεμβαίνουσας εκδόθηκε η Ε3/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. που ακύρωσε την ως άνω απόφαση, κατά το μέρος που απέκλεισε την ως άνω ένωση. Σε συμμόρφωση με την τελευταία αυτή απόφαση της Α.Ε.Π.Π. εκδόθηκε η 8028/1/182-ρλδ'/20-03-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανακλήθηκε η 8028/1/182-ριδ'/23-01-2021 όμοια, έγινε αποδεκτή η προσφορά της ως άνω παρεμβαίνουσας ενώσεως και βαθμολογήθηκαν οι

Αριθμός Απόφασης:1528/2021

τέσσερις αποδεκτές προσφορές. Εν συνεχεία, η νυν παρεμβαίνουσα άσκησε την από 30.3.2021 και με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 682/2021 Προδικαστική προσφυγή κατά της ως άνω αναφερόμενης υπ' αριθ. 8028/1/182-ρλδ'/20.3.2021 απόφασης, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας ως προς την αξιολόγηση των φακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά». Με την υπ' αριθ. 837/2021 Απόφαση της ΑΕΠΠ, έγινε δεκτή η προσφυγή της νυν παρεμβαίνουσας, ενώ απερρίφθη η ασηκθείσα Παρέμβαση της νυν προσφεύγουσας, και η υπόθεση αναπέμφθηκε στην αναθέτουσα αρχή. Ως εκ τούτου, εξεδόθη τελικώς η με αριθ. 8028/1/182-ρλζ/28.05.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας. Εν συνεχεία, η Αναθέτουσα αρχή προέβη στο άνοιγμα και την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των υποψήφιων οικονομικών φορέων, των οποίων οι Τεχνικές προσφορές κρίθηκαν παραδεκτές. Στην συνέχεια η Επιτροπή Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, με το υπ' αριθ. 8028/1/183/25-ο'Πρακτικό της, έκρινε, ως απαράδεκτη την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι έχει κοστολογήσει τις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης, που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι «Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου-Εξόδου - Στάδιο Β'» της οικείας Διακήρυξης, οι οποίες όμως θα έπρεπε να παρέχονται δωρεάν, κατά παρέκκλιση των όρων της παραγράφου C.3.7. του προαναφερόμενου Παραρτήματος. Την ίδια στιγμή, η Επιτροπή γνωμοδότησε υπέρ της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...» και συνάμα πρότεινε την κλήση προς παροχή διευκρινήσεων των δύο εναπομείναντων οικονομικών φορέων, όπερ και εγένετο. Κατόπιν, λοιπόν, των παρασχεθεισών διευκρινήσεων των οικονομικών φορέων, η Επιτροπή Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει του υπ' αριθ. 8028/1/183/25-πε'/26.7.2021 πρακτικού της, εισηγήθηκε την αποδοχή της οικονομικής προσφοράς των δύο ανταγωνιστών, πέραν της ανθυποψήφιας εταιρείας «...», της οποίας η προσφορά είχε εξ αρχής κριθεί παραδεκτή. Ως εκ τούτου, κατ' αποδοχή του ανωτέρου πρακτικού της Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών, εξεδόθη η ήδη προσβαλλόμενη υπ' αριθ.

8028/1/182- ρπα'/26.7.2021 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία, αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, αφετέρου δε ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα ένωση εταιρειών με την επωνυμία «...», «...» και «...». Ενόψει αυτών, με την παρούσα προδικαστική προσφυγή, στρέφεται η προσφεύγουσα κατά της με αρ. πρωτ. 8028/1/182-ρπα'/26.7.2021 απόφασης της Αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος της που έκρινε ως απαράδεκτη και απορριπτέα την οικονομική προσφορά της.

7. Επειδή, στην παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων...». Περαιτέρω, ο ν. 4412/2016 ορίζει στο άρθρο 54 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. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.... 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 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». 5. ... 6. Όταν η

αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, ή αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. 8. ...». Στην δε παρ. 12 του άρθρου 80 Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016, ως ισχύει, κατόπιν προσθήκης της εν λόγω παραγράφου με την περ. αδ της παρ. 7 του άρθρου 43 του ν. 4605/2019 (Α/52/ 01.04.2019) ορίζεται ότι «12. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους, β) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 73 εφόσον είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί κατά τα οριζόμενα στην προηγούμενη περίπτωση, ...ε) οι υπεύθυνες δηλώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών». Συναφώς στο άρθρο 102 ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση

ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις υποπαραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για

την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

8. Επειδή, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, με τίτλο «Συμπλήρωση -αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» το οποίο εξάλλου επαναλαμβάνεται απaráλλαχτο στην σελίδα 33 της διακήρυξης αναφέρει τα κάτωθι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 2. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της

δημόσιας σύμβασης.3.Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 4. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. Σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη».

9. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της προσβαλλόμενης υποστηρίζοντας τα εξής: *«Το άρθρο 6.4 της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Εγγυημένη λειτουργία προμήθειας (δωρεάν εγγύηση)» αναφέρει μεταξύ άλλων ότι: «Η ελάχιστη ζητούμενη περίοδος Εγγύησης για το σύνολο της Δράσης είναι τουλάχιστον έξι (6) έτη. Κατά τη διάρκεια ισχύος της δωρεάν εγγύησης, η αναθέτουσα αρχή δεν θα ευθύνεται για οποιαδήποτε βλάβη των υπό προμήθεια ειδών προερχόμενη από τη συνήθη και ορθή χρήση του και δεν θα επιβαρύνεται με κανένα ποσό για εργατικά, ανταλλακτικά, υλικά και λοιπά έξοδα αποκατάστασης της βλάβης εκτός των αναλωσίμων υλικών... Κατά το διάστημα εγγύησης που θα προσφέρει ο Ανάδοχος, όλες οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που αναφέρονται στο παρόν Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών του παραρτήματος Ι της παρούσης, θα προσφέρονται δωρεάν.».*Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε, με

την προσβαλλόμενη απόφαση, την οικονομική προσφορά της ένωσης των εταιρειών μας, με την αιτιολογία ότι : «η ανωτέρω ένωση οικονομικών φορέων στον πίνακα με την ανάλυση της οικονομικής προσφοράς της και συγκεκριμένα στις γραμμές με α/α 22, 23, 24, 25, 26, 27 και 28 έχει κοστολογήσει τις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης, που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι «Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου- Εξόδου - Στάδιο Β'» της οικείας Διακήρυξης, οι οποίες όμως θα έπρεπε να παρέχονται δωρεάν, κατά παρέκκλιση των όρων της παραγράφου C.3.7. του προαναφερόμενου Παραρτήματος.». Ωστόσο, η Ένωσή μας έχει δηλώσει πολλαπλώς στην προσφορά μας ότι συμμορφώνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης και ότι προτίθεται να παρέχει της υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης δωρεάν. Ειδικότερα, στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης, στο πεδίο «0.3.7 Υπηρεσίες Περιόδου Εγγύησης-Συντήρησης (ΠΕΣ)», έχουμε δηλώσει ανεπιφύλακτα συμμόρφωση με την απαίτηση υπ' αριθ. 0.3.7.1 - 2 «Η ελάχιστη ζητούμενη περίοδος Εγγύησης για το σύνολο της Δράσης είναι τουλάχιστον έξι (6) έτη. Κατά το διάστημα εγγύησης που θα προσφέρει ο Ανάδοχος, όλες οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που αναφέρονται στο παρόν Τεύχος θα προσφέρονται δωρεάν». Περαιτέρω, στο τεύχος της Τεχνική προσφοράς της Εταιρείας μας στο Κεφάλαιο «3.7. Υπηρεσίες Περιόδου Εγγύησης-Συντήρησης (ΠΕΣ)» αναφέρουμε μεταξύ άλλων ότι: «Η περίοδος δωρεάν εγγύησης καλής λειτουργίας και υποστήριξης (ΠΕΣ) για το σύνολο της προσφερόμενης λύσης (hardware, software) ορίζεται στα οκτώ (8) έτη, η οποία υπερκαλύπτει την ελάχιστη ζητούμενη των έξι (6) ετών, με έναρξη από την οριστική παραλαβή της Δράσης. Κατά την εν λόγω περίοδο, η Ένωση των Εταιρειών μας ευθύνεται για την καλή λειτουργία του συστήματος, ενώ επιπρόσθετα, οφείλει κατά το διάστημα αυτό να προβαίνει στην προβλεπόμενη συντήρηση και αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης ή τεχνικής ανωμαλίας, όπως αυτό περιγράφεται στις τεχνικές προδιαγραφές και στο παρόν Τεύχος. Παράλληλα, η Ένωση των Εταιρειών μας θα παραδώσει όλες τις απαιτούμενες άδειες χρήσης, υποστήριξης και ενημέρωσης του συνολικού προσφερόμενου υλικού και λογισμικού, για όλη τη χρονική διάρκεια της εγγύησης.» Η ένωσή μας, δηλαδή, στην τεχνική της προσφορά, αφενός μεν είχε αναγνωρίσει την άνευ

ανταλλάγματος (ΔΩΡΕΑΝ) συντήρηση και υποστήριξη του συνόλου της προσφερόμενης λύσης (hardware, software), αφετέρου δε είχε υπερκαλύψει την ελάχιστη ζητούμενη των έξι (6) ετών περίοδο δωρεάν εγγύησης καλής λειτουργίας και υποστήριξης με την προσφορά της εν λόγω περιόδου στα 8 χρόνια. Εντούτοις, προφανώς εκ παραδρομής, στην υποβληθείσα από εμάς οικονομική προσφορά, τα στοιχεία κόστους που προστέθηκαν στις «Λοιπές Απαιτήσεις» του προτύπου της οικονομικής προσφοράς, ως πεδία 22 έως 28 της δικής μας Οικονομικής Προσφοράς, περιγράφηκαν ως υπηρεσίες συντήρησης και υποστήριξης, ενώ τούτες πράγματι σύμφωνα και με την τεχνική μας προσφορά θα παρασχεθούν δωρεάν. Αντιθέτως, τα εν λόγω στοιχεία κόστους αποτελούν μέρος της τιμολογιακής πολιτικής εκάστου εκ των μελών της Ενώσεώς μας, όσον αφορά στην διακριτή τιμολόγηση ειδών και υπηρεσιών. Σε καμία, δηλαδή, περίπτωση δεν αποτελούν επιπλέον χρέωση προς την αναθέτουσα αρχή, προς την οποία θα εκδοθεί ένα ενιαίο τιμολόγιο με το συνολικό κόστος του έργου. Μάλιστα, προκειμένου να επεξηγήσουμε στην αναθέτουσα αρχή το εκ παραδρομής σφάλμα της ένωσης εταιρειών μας, και προς εξάλειψη πάσης αμφιβολίας ως προς το απαράδεκτο της οικονομικής προσφοράς μας, καταθέσαμε το υπ' αριθ. ΑΔ.210721.071/21-7-2021 αίτημα για ακρόαση από τη Μόνιμη Επιτροπή Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών/Α.Ε.Α., το οποίο δεν έγινε δεκτό. Μάλιστα, την ίδια στιγμή η αναθέτουσα αρχή κάλεσε προς παροχή διευκρινήσεων τόσο την ένωση εταιρειών «...», «...» και «...» (ΣΧΕΤ 5), όσο και την εταιρεία «...», την οποία μάλιστα κάλεσε δύο φορές, προκειμένου αμφότερες να διασαφηνίσουν συγκεκριμένα στοιχεία των οικονομικών προσφορών τους. Ενώ, δηλαδή, εμείς ζητήσαμε ακρόαση για να διασαφηνίσουμε την προσφορά μας και το αίτημα αυτό δεν εισακούστηκε ποτέ, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τις ανταγωνίστριες εταιρείες τρεις (3) φορές για παροχή διευκρινήσεων. Υπάρχει, λοιπόν, προφανής παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς δεν μας δόθηκε το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης, προκειμένου να δώσουμε τις κατάλληλες εξηγήσεις, τη στιγμή που κλήθηκαν δύο ανταγωνίστριες εταιρείες και μάλιστα η μία από αυτές δύο φορές. Θέλουμε να πιστεύουμε ότι πρόκειται για μία ατυχή στιγμή της αναθέτουσας αρχής και ουχί μία μεροληπτική στάση απέναντι στην ένωση εταιρειών μας. Εφόσον, είχε γίνει δεκτό το αίτημά μας για ακρόαση, είναι

βέβαιο ότι θα είχαμε παράσχει τις κατάλληλες διευκρινήσεις, επιβεβαιώνοντας τη δωρεάν παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών κατά το χρονικό διάστημα της εγγύησης, όπως απερίφραστα είχαμε δεσμευτεί στην τεχνική μας προσφορά, θα είχαμε διορθώσει το πρόδηλο σφάλμα (κοστολόγηση των εν λόγω υπηρεσιών) που εμφιλοχώρησε στην οικονομική μας προσφορά και δεν θα είχαμε φθάσει στο σημείο σήμερα να ασκούμε την παρούσα προσφυγή ενώπιον της Αρχής Σας. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πράξη τυγχάνει ακυρωτέα λόγω παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, καθώς για προδήλως όμοιες καταστάσεις (προφανή σφάλματα και ασάφειες των οικονομικών προσφορών), επεφύλαξε όμως διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων, επιτρέποντας στους ανθυποψηφίους μας να διευκρινίσουν τις προσφορές τους και στερώντας το ίδιο δικαίωμα από την προσφεύγουσα Ένωση των εταιρειών μας. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε για την εν λόγω πλημμέλεια να απορρίψει την προσφορά μας, αλλά ήταν υποχρεωμένη να μας καλέσει να διορθώσουμε την πλημμέλεια αυτή. Συγκεκριμένα, με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 (Α' 36), το οποίο είναι άμεσης εφαρμογής κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 142 παρ. 2 του νόμου, αντικαταστάθηκε το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 (Α' 147) και θεσπίστηκαν νεότεροι κανόνες προς ρύθμιση του συγκεκριμένου ζητήματος της παροχής διευκρινίσεων επί των προσφορών. Σημειωτέον ότι, όπως έχει πλέον νομολογηθεί, η τροποποίηση του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, η οποία τέθηκε σε ισχύ την 09/03/2021, τυγχάνει εφαρμογής και στις εκκρεμούσες διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως στην υπό κρίση περίπτωση. Οι νεότερες αυτές ρυθμίσεις κατατείνουν στην κάμψη του φορμαλισμού και στη διεύρυνση των δυνατοτήτων παροχής διευκρινίσεων προς αποφυγή αποκλεισμών και εντέλει προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνισμών. Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση - ανάλυση συνεπειών των ρυθμίσεων του Ν. 4782/2021 «...Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να

διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα...». Εν όψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι με τις νεότερες αυτές ρυθμίσεις δεν επιβάλλονται πρόσθετες υποχρεώσεις ή βάρη στους διαγωνιζομένους, αλλά, αντιθέτως, διευκολύνεται η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, μολονότι στον νόμο δεν έχει περιληφθεί σχετική ρητή πρόβλεψη, κατά την έννοια των εν λόγω διατάξεων, οι ως άνω νεότερες ρυθμίσεις είναι εφαρμοστέες και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες και λαμβάνονται υπ' όψιν από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού κατά την εξέταση του παραδεκτού της υποβολής των προσφορών και κατά τον έλεγχο των αποδεικτικών στοιχείων που υποβάλλονται για την τεκμηρίωση της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής (βλ. ΣτΕ ΕΑ 133/2019). Τούτο δε, δεν αντίκειται στην αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, όπως κατοχυρώνονται στο εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, δεδομένου ότι αφορά εξίσου όλους τους εκκρεμείς διαγωνισμούς και όλους τους διαγωνιζομένους (πρβλ. ΣτΕ 2029/2015). Περαιτέρω, εφ' όσον οι εν λόγω ρυθμίσεις καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, είναι ληπτές υπ' όψιν και από την Α.Ε.Π.Π., όταν η Αρχή επιλαμβάνεται προδικαστικής προσφυγής, με την οποία προβάλλεται ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ζητήσει διευκρινίσεις από οικονομικό φορέα του οποίου η προσφορά επιδέχεται διορθώσεων, ακόμη και αν οι διατάξεις του ν. 4782/2021 τέθηκαν σε ισχύ μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των προσκομισθέντων στοιχείων από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού, πόσο μάλλον αν τέθηκαν εν ισχύ πριν από την ολοκλήρωση του ελέγχου. Μάλιστα, δεν θα μπορούσε να λεχθεί ότι εν προκειμένω δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, διότι θα τροποποιείτο η προσφορά μας με τέτοιο τρόπο ώστε να μας δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα

έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης για δύο λόγους. Πρώτον, πρέπει να καταστεί σαφές ότι σε κάθε περίπτωση δεν θα μεταβληθεί η συνολική τιμή της προσφοράς μας, καθώς τα στοιχεία κόστους των πεδίων 22 έως 28 δεν θα αφαιρεθούν από αυτή. Αντιθέτως, θα διευκρινιστεί παραδεκτως η περιγραφή των εργασιών στα οποία αυτά αντιστοιχούν. Δεύτερον, είναι σημαντικό να τονισθεί ότι η ένωση εταιρειών μας όχι μόνο συγκέντρωσε την υψηλότερη βαθμολογία στο πλαίσιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, αλλά συγχρόνως προσέφερε και την οικονομικά καλύτερη προσφορά. Δηλαδή, προσφέραμε όχι μόνο την καλύτερη οικονομική προσφορά αλλά και δύο χρόνια επιπλέον της ελάχιστης περιόδου της εγγύησης. Δεδομένου, δε, ότι με την επιτρεπτή διόρθωση της διατυπώσεως της οικονομικής προσφοράς μας δε θα μεταβληθεί η συνολική τιμή, αυτή δηλαδή δεν θα μειωθεί, ακόμη και με την εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, η ένωση μας δεν θα αποκτούσε αθέμιτο πλεονέκτημα σε βάρος των λοιπών υποψηφίων, ούτε θα τροποποιείτο η προσφορά μας ουσιωδώς ώστε να επηρεάζεται η έκβαση του διαγωνισμού, αφού ήδη έχουμε προσφέρει την χαμηλότερη τιμή στο διαγωνισμό και είναι βέβαιο πως αν δεν είχε επιλοχωρήσει η εσφαλμένη απόρριψη της προσφοράς μας, θα είχαμε ανακηρυχθεί εμείς ως προσωρινοί μειοδότες. Συγκεκριμένα, το λάθος που επιλοχώρησε στην οικονομική μας προσφορά (εκ παραδρομής περιγραφή των εργασιών των πεδίων 22 έως 28 ως υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης κατά το χρονικό διάστημα της εγγύησης), προδήλως εμπίπτει στην έννοια των «λανθασμένων πληροφοριών», κατά το τροποποιημένο άρθρο 102 του Νόμου 4412/2016, καθώς και στην έννοια των πληροφοριών που «χρηάζουν αποσαφήνισης», κατά την ίδια διάταξη, αφού έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τη, ρητώς εκπεφρασμένη στην τεχνική μας προσφορά, δέσμευση της ένωσης των εταιρειών μας για δωρεάν παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών κατά το χρονικό διάστημα της εγγύησης. Όφειλε, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή, βλέποντας αυτήν την πρόδηλη αναντιστοιχία μεταξύ τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της ένωσης των εταιρειών μας, να μας καλέσει να διευκρινίσουμε τι τελικά ισχύει, και να μας αποκλείσει μόνο εφόσον, από τις παρεχόμενες εξηγήσεις μας, διαπιστώσει ότι η προσφορά μας αφήσεται ουσιωδών όρων της Διακήρυξης. Αντίθετα, με το να μας αποκλείσει χωρίς να μας παράσχει το δικαίωμα παροχής εξηγήσεων - διευκρινίσεων,

παραβίασε όχι μόνο την αρχή της ίσης μεταχείρισης, όπως ανωτέρω εκτέθηκε, αλλά και τον πυρήνα του δικαιώματος των διαγωνιζομένων στη διευκρίνιση - συμπλήρωση των προσφορών τους, όπως αυτό κατοχυρώνεται στο νέο άρθρο 102 του Νόμου 4412/2016. Μάλιστα, με την πρακτική της αυτή, η αναθέτουσα αρχή έκανε ακριβώς αυτό για την αποφυγή του οποίου θεσπίστηκε το νέο άρθρο 102 του Νόμου 4412/2016 : δηλαδή απέκλεισε, για τυπικό λόγο, και χωρίς να παράσχει τη δυνατότητα υποβολής διευκρινίσεων, την προσφορά του διαγωνιζόμενου που έλαβε τη μεγαλύτερη βαθμολογία και που προσέφερε τη μεγαλύτερη έκπτωση, και μάλιστα για μια πρόδηλη παραδρομή κατά τη σύνταξη της προσφοράς αυτού, υιοθετώντας την πιο ακραία μορφή τυπολατρίας και φορμαλισμού, για την εξάλειψη των οποίων θεσπίστηκε η συγκεκριμένη διάταξη. Αποτέλεσμα αυτής της πρακτικής είναι να πλήττεται βάναυσα το δημόσιο συμφέρον, καθώς απορρίφθηκε η προσφορά της ένωσης των εταιρειών μας, η οποία είναι εκείνη με το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, τη μεγαλύτερη σταθμισμένη βαθμολογία και τη μεγαλύτερη περίοδο εγγύησης λειτουργίας, αφού προσφέρουμε 8 έτη εγγύησης, και κατακυρώνονται τα αποτελέσματα του διαγωνισμού σε ανθυποψήφιο με ακριβότερη τιμή, χαμηλότερη βαθμολογία και μικρότερο παρεχόμενο χρονικό διάστημα εγγύησης».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, που διαβίβασε στην ΑΕΠΠ με το από 14-8-2021 έγγραφό της και τις γνωστοποίησε στις 16/08/2021 στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ» του ΕΣΗΔΗΣ, προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής προβάλλει τα εξής: «γ. Στην παρ. 1 και 2 του άρθρου 215 του Ν. 4412/2016, ορίζονται τα ακόλουθα : «1. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί όταν κρίνει σκόπιμο για σύμβαση συγκεκριμένης προμήθειας να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης και εγγυημένη λειτουργία του αντικειμένου της προμήθειας. Ο χρόνος και το περιεχόμενο της εγγυημένης λειτουργίας περιγράφεται στα έγγραφα της σύμβασης. 2. Κατά την περίοδο της εγγυημένης λειτουργίας, ο ανάδοχος ευθύνεται για την καλή λειτουργία του αντικειμένου της προμήθειας. Επίσης, οφείλει κατά το χρόνο της εγγυημένης λειτουργίας να προβαίνει στην προβλεπόμενη συντήρηση και να αποκαταστήσει οποιαδήποτε βλάβη με τρόπο και σε χρόνο που περιγράφεται στις τεχνικές προδιαγραφές και στα λοιπά τεύχη της σύμβασης». δ. Στην υπ'

αριθ. 8028/1/182-ογ' από 26-10-2020 Απόφαση - Πρόσκλησή μας, για την υποβολή προσφοράς στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, ορίζονται τα ακόλουθα : Στην παράγραφο 2.4.4, που αφορά την οικονομική προσφορά ορίζονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα : «(...)Επισημαίνεται ότι, στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος, θα συμπληρωθεί η τιμή προσφοράς, σε ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., συμπεριλαμβανομένων των υπέρ τρίτων κρατήσεων και κάθε είδους δαπανών, για την υλοποίηση της Κεντρικής Υποδομής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου - Εξόδου, στον τόπο παράδοσης και με τον τρόπο που προβλέπεται από την παρούσα Διακήρυξη. Επιπρόσθετα ο οικονομικός φορέας, οφείλει επί ποινή απορρίψεως, να συμπληρώσει και να υποβάλει το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς (Παράρτημα IV) ψηφιακά υπογεγραμμένο. «Η τιμή προσφοράς που θα καταχωρηθεί στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος θα πρέπει να ταυτίζεται, με την αντίστοιχη τιμή που θα δηλωθεί στο πεδίο «Συνολική Τιμή, άνευ Φ.Π.Α. συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και δαπανών» του υποδείγματος οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το Παράρτημα IV της παρούσας Διακήρυξης». Στο Παράρτημα IV, που αφορά το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς ορίζονται τα ακόλουθα : Στην παράγραφο 2.4.6, ορίζονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα : «Η Αναθέτουσα Αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας». Στην παράγραφο 6.4, που αφορά την Εγγυημένη λειτουργία προμήθειας ορίζονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα : «6.4 Εγγυημένη λειτουργία προμήθειας (δωρεάν εγγύηση). Η ελάχιστη ζητούμενη περίοδος Εγγύησης για το σύνολο της Δράσης είναι τουλάχιστον έξι (6) έτη.(Γ) Κατά την περίοδο της εγγυημένης λειτουργίας (δωρεάν εγγύησης), ο ανάδοχος ευθύνεται για την καλή λειτουργία του

αντικειμένου της προμήθειας. Επίσης, οφείλει κατά το χρόνο της εγγυημένης λειτουργίας να προβαίνει στην προβλεπόμενη συντήρηση και να αποκαταστήσει οποιαδήποτε βλάβη με τρόπο και σε χρόνο που περιγράφεται στο τεύχος τεχνικών προδιαγραφών στο παράρτημα Ι της παρούσης.(...)). Στην παράγραφο Β.3.7.1 του Παραρτήματος Ι που αφορά στους όρους τεχνικών προδιαγραφών ορίζονται , μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα : «Η ελάχιστη ζητούμενη περίοδος Εγγύησης για το σύνολο της Δράσης είναι τουλάχιστον έξι (6) έτη. Κατά το διάστημα εγγύησης που θα προσφέρει ο Ανάδοχος, όλες οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που αναφέρονται στο παρόν Τεύχος θα προσφέρονται δωρεάν. Κατόπιν των αναλυτικώς αναφερομένων στις ανωτέρω -α- έως και -δ- παραγράφους προκύπτει σαφώς ότι οι υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης, κατά την περίοδο της εγγυημένης λειτουργίας, προσφέρονται χωρίς κόστος, σε χρόνο και με τρόπο που περιγράφεται στις τεχνικές προδιαγραφές. Η ως άνω απαίτηση συνιστά ουσιώδη όρο της διαγωνιστικής διαδικασίας, λαμβανομένου υπόψη ότι τα προσφερόμενα έτη της εγγυημένης λειτουργίας της προμήθειας αποτελέσαν στοιχείο βαθμολόγησης. Οι συμμετέχοντες όφειλαν, επί ποινή αποκλεισμού, να συντάξουν το απαιτούμενο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς, προσφέροντας τα είδη προμήθειας σύμφωνα με τους απαιτούμενους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ως προβλέπεται στην παράγραφο 2.4.4 αναφορικά με τον τρόπο σύνταξης οικονομικής προσφοράς. Εν προκειμένω η ως άνω ένωση οικονομικών φορέων, στο φάκελο οικονομικής προσφοράς της, υπέβαλε το απαιτούμενο υπόδειγμα του παραρτήματος ΙV, συμπληρωμένο ως προς το κελί με τίτλο «Λοιπές απαιτήσεις - Λοιπά στοιχεία που προδιαγράφονται ρητά στο κείμενο και στους πίνακες του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών», ως ακολούθως : Συνεπώς, κατά την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών διαπιστώθηκε ότι, οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης κατά τη διάρκεια της εγγυημένης λειτουργίας της προμήθειας δεν προσφέρονται, ως απαιτείται, δωρεάν, αλλά αντιθέτως έναντι κόστους, το οποίο συνυπολογίστηκε στη συνολική τιμή προσφοράς. Ειδικότερα, το κόστος παροχής υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης κατά τη διάρκεια της εγγυημένης λειτουργίας της προμήθειας, υπολογίστηκε από την προσφεύγουσα ένωση στο χρηματικό ποσό των #299.866,60# ευρώ, άνευ Φ.Π.Α. συμπεριλαμβανομένων

κρατήσεων και δαπανών. Κατόπιν αυτού, η Αναθέτουσα Αρχή, είχε δέσμια υποχρέωση και όχι διακριτική ευχέρεια να απορρίψει άνευ ετέρου την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών. Η μη απόρριψη της προσφοράς, θα ισοδυναμούσε με άνιση μεταχείριση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στο πλαίσιο της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, παραβίαση της αρχής της δεσμευτικότητας της διακήρυξης και εν τέλει ακυρότητά της. Περαιτέρω σημειώνεται ότι, η ως άνω ουσιώδη απόκλιση δεν δύναται να διευκρινιστεί δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθότι δεν πρόκειται για ασάφεια ή ήσσονος σημασία ατέλεια ή επουσιώδη παράλειψη ή πρόδηλο τυπικό ή υπολογιστικό σφάλμα, αλλά για κοστολόγηση υπηρεσιών που απαιτείται ρητώς από τη διακήρυξη να παρασχεθούν δωρεάν. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε τη δυνατότητα να καλέσει την προσφεύγουσα ένωση εταιρειών, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, να διευκρινίσει την οικονομική προσφοράς της, προκειμένου : είτε να αφαιρέσει το χρηματικό ποσό των #299.866,60# ευρώ, άνευ Φ.Π.Α. συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και δαπανών από τη συνολική τιμή προσφοράς, είτε να ανακατανέμει αυτό στη τιμή των λοιπών προσφερομένων ειδών, είτε να μετονομάσει την περιγραφή των παρεχομένων υπηρεσιών που αντιστοιχούν στο εν λόγω χρηματικό ποσό, δεδομένου ότι μια τέτοια πράξη θα ισοδυναμούσε με την υποβολή νέας οικονομικής προσφοράς προς συμμόρφωση με τους απαραίτους όρους της Διακήρυξης, μη προβλεπόμενη από τις διατάξεις του Ν.4412/2016. Η Διεύθυνση Προμηθειών/..., ως Αναθέτουσα Αρχή, τήρησε τις διατάξεις του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, αντιμετωπίζοντας τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις, ενεργώντας με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών και της ελευθερίας του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, αναφορικά με την προβαλλόμενη, στην υπό εξέταση προσφυγή, διάκριση και άνιση μεταχείριση των συμμετεχόντων ως προς την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, τονίζεται ότι η ένωση οικονομικών φορέων «...», «...» και «...», κλήθηκε να διευκρινίσει την οικονομική προσφορά της αναφορικά με την τιμή ανά τεμάχιο όσο αφορά το κελί με α/α 17 του υποδείγματος οικονομικής προσφοράς, ενώ ο οικονομικός φορέας «...» κλήθηκε αρχικώς να διευκρινίσει την οικονομική

Αριθμός Απόφασης:1528/2021

προσφορά του αναφορικά με πρόδηλο υπολογιστικό σφάλμα στο κελί με α/α 12 ($4 \times 43.915,03 = 175.660,12$ και όχι $175.660,14$ ως υπολόγισε) και τις τιμές ανά τεμάχιο όσο αφορά τα κελία με α/α 4,5 και 18 του υποδείγματος οικονομικής προσφοράς και εν συνεχεία κλήθηκε εκ νέου να διευκρινίσει την απόκλιση που διαπιστώθηκε μεταξύ της συνολικής τιμής προσφοράς (2.147.916,18€) και του αθροίσματος των συνολικών τιμών των επιμέρους προσφερόμενων ειδών (2.147.917,174€), ήτοι απόκλιση ενός λεπτού του ευρώ. Οι ως άνω κλήσεις για παροχή διευκρινίσεων τυγχάνουν εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθόσον πρόκειται για πρόδηλα υπολογιστικά σφάλματα αναγόμενα στο λεπτό του ευρώ και για περαιτέρω ανάλυση των τιμών ανά τεμάχιο των επιμέρους ειδών. Επιπροσθέτως, ζητήθηκε από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο που προέβη στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, να μας παράσχει τις απόψεις της επί των διαλαμβανομένων στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, το οποίο αναφορικά με το λόγο αποκλεισμού μας γνώρισε τα κάτωθι : «1. α) Η ένωση οικονομικών φορέων με τις επωνυμίες i) «...» και ii) «...» για την διαμόρφωση της συνολικής τιμής προσφοράς της έχει συνυπολογίσει, όπως προκύπτει από τον πίνακα με την ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς, συνολικό ποσό #299.866,60# €, το οποίο αφορά το κόστος για τις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης, β) Σύμφωνα με την παρ. C. 3.7.1 του Παραρτήματος I «Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου- Εξόδου - Στάδιο Β'» της οικείας Διακήρυξης, αναφέρονται τα εξής: «2. Η ελάχιστη ζητούμενη περίοδος Εγγύησης για το σύνολο της Δράσης είναι τουλάχιστον έξι (6) έτη. Κατά το διάστημα εγγύησης που θα προσφέρει ο Ανάδοχος, όλες οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που αναφέρονται στο παρόν Τεύχος θα προσφέρονται δωρεάν.». γ) Σύμφωνα με το υπ' αριθ. 42-β από 14.01.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Κατάρτισης Τεχνικών Προδιαγραφών και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών για την Υλοποίηση Κεντρικής Υποδομής και Μηχανογραφικής Εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου - Εξόδου, αναγράφεται το εξής: «Στην σελίδα 283 της Τεχνικής Προσφοράς της Ένωσης οικονομικών φορέων i) «...» και ii) «...», και ειδικότερα στις σειρές 22 έως 28 του Πίνακα της Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές, γίνεται αναφορά σε στοιχεία τα οποία υπάγονται στις

υπηρεσίες εγγύησης, οι οποίες παρέχονται χωρίς κόστος για την Αναθέτουσα Αρχή, δεδομένο το οποίο κρίνεται ότι πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά το στάδιο εξέτασης της οικονομικής προσφοράς του υποψήφιου Αναδόχου, σε περίπτωση που αυτά έχουν κοστολογηθεί. Τα στοιχεία αυτά είναι: -22, Συντήρηση για όλο το έτοιμο λογισμικό (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά) -23, Συντήρηση για όλες τις Εφαρμογές (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά) -24, Συντήρηση για τον εξοπλισμό (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά) -25, Τεχνική Υποστήριξη (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά) -26, On-site υποστήριξης (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά) -27, Εργασίες έμπειρων διαχειριστών (System/Database/Network administrator) (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά) -28, Εργασίες έμπειρων προγραμματιστών (senior developer) (Όπως περιγράφεται στην Τεχνική μας Προσφορά)». Επομένως, ο λόγος απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων από την Επιτροπή μας, που προέκυψε κατόπιν της αξιολόγησης των εγγράφων που υπέβαλε στον εν λόγω διαγωνισμό λαμβάνοντας υπόψη και τις παρατηρήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς, είναι προφανές ότι δεν αποτελεί μη ουσιώδη πλημμέλεια, καθόσον, όπως άλλωστε παραδέχεται και η προσφεύγουσα στην υποβληθείσα προσφυγή της, βάσει της αρχής της τυπικότητας, οι διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν στον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων και οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται, είναι σε κάθε περίπτωση ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτές οδηγεί σε απόρριψή της». Αναφορικά με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, το ως άνω γνωμοδοτικό όργανο, λαμβάνοντας υπόψη την ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, μας γνώρισε τα κάτωθι : «β) Σύμφωνα με το υπ' αριθ. 2339 από 16.04.2021 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με τίτλο «Διευκρινήσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν. 4782/2021 (Α' 36). Τροποποίηση του Ν. 4412/2016 και άλλες διατάξεις» ορίζεται το εξής: «Εν προκειμένω, επισημαίνεται, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο του Δικαστηρίου της Ε.Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, ότι το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της

διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα, γενική αρχή, προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ.» γ) Σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016, όπως ίσχυε προ της τροποποίησής του με το Ν.4782/2021, αναγράφονται τα εξής: «2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 2. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 3. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να

θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.». Από τα προλεχθέντα γίνεται σαφές ότι η Επιτροπή μας δεν όφειλε να καλέσει την προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων να διευκρινίσει την οικονομική της προσφορά καθώς έκρινε ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι της παρ. 4 του ως άνω άρθρου, αλλά αντίθετα οι τιμές, που έχουν δοθεί στον πίνακα με την ανάλυση της συνολικής τιμής προσφοράς της, είναι σαφείς και συγκεκριμένες, πλην όμως, κοστολογούνται υπηρεσίες οι οποίες όφειλαν να παρασχεθούν δωρεάν. Ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί, ότι η Επιτροπή ζητούσε διευκρίνιση από την ανωτέρω ένωση οικονομικών φορέων, αυτό θα προσέδιδε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές, με συνέπεια την παραβίαση της αρχής της διαφάνειας που πρέπει να διέπει τους διαγωνισμούς, η οποία διασφαλίζει την ίση μεταχείριση των συμμετεχόντων σ' αυτούς. δ) Η ένωση οικονομικών φορέων με τις επωνυμίες i) «...», ii) «...» και iii) «...» και ο οικονομικός φορέας «...» κλήθηκαν να διορθώσουν υπολογιστικά σφάλματα και να συμπληρώσουν τιμές στον πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς, ενέργεια η οποία είναι επιτρεπτή, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016».

11. Επειδή, σχετικώς η παρεμβαίνουσα προς αντίκρουση της προσφυγής προβάλλει τα εξής. «Όπως διαπιστώθηκε με το προαναφερόμενο από 16-07-2021 πρακτικό η προσφεύγουσα στην οικονομική της προσφορά και ειδικότερα στις γραμμές με αύξοντες αριθμούς 22 έως και 28 έχει αναγράψει προσφερόμενη τιμή για τις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι (Τεχνικές Προδιαγραφές), αν και κατά τη διακήρυξη (άρθρο 6.4 της διακήρυξης, παρ. Β.3.7.1, Β.3.7.3 των Τεχνικών Προδιαγραφών και C.3.7.3/1 του Πίνακα Συμμόρφωσης) οι υπηρεσίες αυτές έπρεπε να προσφερθούν δωρεάν. Με το δεδομένο αυτό η προσφορά της προσφεύγουσας έπρεπε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να απορριφθεί δυνάμει του άρθρου 2.4.6 περίπτωση η' της διακήρυξης ως «προσφορά που παρουσιάζει αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της Σύμβασης» και ορθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε. Με την προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι προτίθεται να προσφέρει τις συγκεκριμένες

υπηρεσίες δωρεάν, ότι η συμπλήρωση των ως άνω γραμμών έγινε «εκ παραδρομής» και ότι πρόκειται για κόστη που ανάγονται στην τιμολογιακή πολιτική της, ενώ η αναθέτουσα αρχή θα πληρώσει ένα ενιαίο τίμημα. Οι ισχυρισμοί αυτοί πρέπει να απορριφθούν. Διότι η τελική προσφερόμενη τιμή της προσφοράς της προσφεύγουσας διαμορφώνεται αφού προστεθούν και οι προσφερόμενες τιμές των ως άνω γραμμών που αντιστοιχούν στις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης (οι οποίες θα έπρεπε να προσφέρονται δωρεάν. Συνεπώς οι τιμές αυτές αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της οικονομικής της προσφοράς και συνακολούθως διαψεύδεται η δήλωση, ότι δήθεν οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης παρέχονται δωρεάν. Περαιτέρω, το αν για την είσπραξη της αμοιβής της προσφεύγουσας θα εκδοθούν ένα ή περισσότερα τιμολόγια είναι θέμα αναγόμενο στην εφαρμογή της φορολογικής νομοθεσίας και δεν αναιρεί, ότι οι συγκεκριμένες υπηρεσίες (συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης) θα παρασχεθούν έναντι συγκεκριμένης αμοιβής που αναφέρεται στην οικονομική προσφορά ως διακριτή από την αμοιβή για τις λοιπές υπηρεσίες της σύμβασης. Η προσφεύγουσα περαιτέρω ισχυρίζεται, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάζει την αρχή της ισότητας, επειδή η ένωσή μας καθώς και έτερη ανταγωνίστρια κλήθηκαν σε παροχή διευκρινίσεων, ενώ η ίδια όχι. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτός. Κατ' αρχήν δεν αναφέρεται στην προσφυγή, ποιο ήταν το θέμα, για το οποίο η ένωσή μας και η έτερη ανταγωνίστρια κληθήκαμε για διευκρινίσεις, με αποτέλεσμα να είναι αστήρικτος ο ισχυρισμός περί παραβίασεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Περαιτέρω, επειδή η διαδικασία παροχής διευκρινίσεων κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 αποτελεί εξειδίκευση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης που κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 του Συντάγματος, ο οικονομικός φορέας, που με την προδικαστική προσφυγή παραπονείται για παράλειψη κλήσης του σε παροχή διευκρινίσεων, έχει το βάρος να εκθέσει ρητά στην προσφυγή, ποιες διευκρινίσεις θα είχε παράσχει, εάν είχε κληθεί προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή. Στην προκειμένη περίπτωση η προσφεύγουσα δεν αναφέρει στην προσφυγή της, ποιες διευκρινίσεις θα είχε παράσχει στην αναθέτουσα αρχή, εάν είχε κληθεί προς τούτο πριν την απόρριψη της προσφοράς της. Έτσι είναι αδύνατο να κριθεί, αν οι τυχόν παρεχόμενες διευκρινίσεις θα ήταν ουσιώδεις για την αξιολόγηση της προσφοράς της

προσφεύγουσας και άρα και ο λόγος αυτός της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Ειδικά όσον αφορά την αρχή της ίσης μεταχείρισης σημειώνουμε ότι με την 11/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., που εκδόθηκε στο πλαίσιο διαγωνισμού διακήρυξης της ίδιας αναθέτουσας αρχής, κρίθηκε, ότι η αναφορά, στην οικονομική προσφορά της πρώτης από εμάς τιμής που αναφέρεται σε υπηρεσίες εγγύησης και συντήρησης καθιστά την προσφορά απορριπτέα, επειδή αυτές έπρεπε να παρέχονται δωρεάν. Κρίθηκε ακόμη, ότι η ως άνω πλημμύλεια δεν είναι δεκτική εκ των υστέρων διευκρίνισης, διότι πρόκειται για πλημμύλεια που καθιστά την προσφορά απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, που δεν δύναται να αρθεί χωρίς τροποποίηση της προσφοράς. Κατ' εφαρμογή, λοιπόν, της αρχής της ισότητας επιβάλλεται η απόρριψη της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Τέλος η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι σε εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, θα έπρεπε να της επιτραπεί διόρθωση της προσφοράς της. Ο ισχυρισμός αυτός είναι πολλαπλώς αβάσιμος. Κατ' αρχήν το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 εφαρμόζεται μόνο σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που εκκινούν μετά τη δημοσίευση του νόμου αυτού στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (09-03-2021 - δείτε έγγραφο Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2339/16-04-2021 σελ. 10). Άρα δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω, καθόσον πρόκειται για διαγωνισμό που εκκίνησε το έτος 2020 (τεύχος Α' φάσης 30-04-2020, τεύχος Β' φάσης 26-10-2020). Επίσης, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/016 επιτρέπει στους οικονομικούς φορείς «να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση», όταν «όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα». Δεν επιτρέπει την εκ των υστέρων τροποποίηση των προσφορών και δη των προσφερόμενων τιμών μετά την υποβολή και την αποσφράγισή τους. Επειδή, δε η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, ως έχει, είναι απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι δυνατό να διασωθεί με εφαρμογή του νέου άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Ιδίως είναι αδύνατο να διασωθεί νομίμως η προσφορά της προσφεύγουσας, αν «διευκρινιστεί η περιγραφή των εργασιών στα οποία αυτά αντιστοιχούν» (ενν. οι τιμές των

γραμμών 22 έως και 28 της οικονομικής προσφοράς), όπως η προσφεύγουσα υποστηρίζει. Διότι είναι ήδη δεδομένο, και δεν το αρνείται η προσφεύγουσα, ότι οι τιμές αυτές αντιστοιχούν στις υπηρεσίες εγγύησης και συντήρησης, οι οποίες θα έπρεπε, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, να παρέχονται δωρεάν και άρα κάθε περαιτέρω διευκρίνιση του είδους των εργασιών, για τις οποίες πρόκειται, δεν αίρει την πλημμέλεια της προσφοράς. Είναι, τέλος, νομικώς αδιάφορο, ότι η προσφορά της προσφεύγουσας, αν γίνει αποδεκτή, θα είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη. Διότι στη σύγκριση μεταξύ των προσφορών, που οδηγεί σε ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας, δικαιούνται να συμμετέχουν μόνο οι παραδεκτές προσφορές και όχι και οι απαράδεκτες, όπως είναι η προσφορά της προσφεύγουσας.»

12. Επειδή, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη αποτελεί την κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν [ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.], όσο και τους διαγωνιζόμενους. Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋκτικού 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Έτσι, η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς. Όπως επικουρικώς και στην απίθανη

περίπτωση που θεωρηθεί ότι οι προαναφερόμενοι όροι επιδέχονται κάποιας άλλης ερμηνείας, ή εμπεριέχουν κάποια ασάφεια, και πάλι η ερμηνεία αυτή δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, όπως εμείς εν προκειμένω, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, Εφθεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Συνεπώς, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της διακήρυξης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων και να οδηγούν άνευ άλλου τινός στον αποκλεισμό τους, γιατί κάτι τέτοιο καταστρατηγεί αρχές του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών.

13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης (Διακήρυξης) στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI), ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

14. Επειδή, στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάσσονται επίσης και οι διευκρινήσεις που παρέχονται από την αναθέτουσα αρχή στους διαγωνιζόμενους, με την έκδοση σχετικής πράξης παροχής διευκρινίσεων, η οποία εκδίδεται πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, ως προς τα σημεία των όρων της διακήρυξης ή των τεχνικών προδιαγραφών ή άλλων ζητημάτων που χρήζουν περαιτέρω επεξηγήσεων, οι οποίες συμπληρώνουν τους όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται. Όπως, δε, έχει παγίως κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους

Αριθμός Απόφασης:1528/2021

αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Αντιστοίχως, έχει κριθεί, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων προς αυτές - και δη εφόσον έχουν αποσταλεί εμπροθέσμως με βάση το οικείο κανονιστικό πλαίσιο και αφορούν εμπροθέσμως και νομοτύπως αποσταλείσες στην αναθέτουσα αρχή ερωτήσεις - συνιστούν πράξη εκτελεστή, και δύνανται να προσβληθούν με την προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλομένη ως πλημμελής και η διακήρυξη (πρβλ. Ε.Α. 45/2008, 952/2007, 474/2005, 532/2004). Επομένως, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. ΑΕΠΠ 5/2018).

15. Επειδή, προσφάτως εκρίθη (82/2021 ΔΕφΠειρ.), ότι «Όμως, εφόσον δεν περιέχεται ειδική ρύθμιση στο ν.4782/2021 ότι η εν λόγω τροποποίηση καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες (ΕΑ ΣτΕ 1904/2020, 129/2018), εφαρμοστέο εν προκειμένω είναι το άρθρο 102, όπως ίσχυε πριν την ως άνω τροποποίησή του, κατά το χρόνο δημοσίευσης της επίμαχης διακήρυξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο αυτό, τυχόν επιγενόμενη του χρόνου υποβολής της τεχνικής προσφοράς προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων, συνιστά (απαράδεκτη) αναπλήρωση ελλειπόντων κατά τον κρίσιμο χρόνο της υποβολής της προσφοράς στοιχείων και, μάλιστα, αξιουμένων επί ποινή αποκλεισμού, με σκοπό αυτή να καταστεί επιγενομένως παραδεκτή (ΕΑ ΣτΕ 1573/2019, 401/2018346, 14/2017, 424/2014, 228/2013, 733/2009)».

16. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω από την επισκόπηση του φακέλου κρίνονται τα κάτωθι. Με το από 16-07-2021 πρακτικό η προσφεύγουσα στην οικονομική της προσφορά και ειδικότερα στις γραμμές με αύξοντες αριθμούς 22 έως και 28 έχει αναγράψει προσφερόμενη τιμή για τις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι (Τεχνικές Προδιαγραφές), αν και σύμφωνα με τη διακήρυξη

(άρθρο 6.4 της διακήρυξης, παρ. Β.3.7.1, Β.3.7.3 των Τεχνικών Προδιαγραφών και C.3.7.3/1 του Πίνακα Συμμόρφωσης) οι υπηρεσίες αυτές έπρεπε σύμφωνα με την αρχή της γραμματικής ερμηνείας της οικείας διακήρυξης να παρασχεθούν δωρεάν. Συνεπώς, η προσφορά της προσφεύγουσας, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να απορριφθεί, δυνάμει του άρθρου 2.4.6 περίπτωση η' της διακήρυξης ως «προσφορά που παρουσιάζει αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της Σύμβασης». Με την προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι προτίθεται να προσφέρει τις συγκεκριμένες υπηρεσίες δωρεάν, ότι η συμπλήρωση των ως άνω γραμμών έγινε «εκ παραδρομής» και ότι πρόκειται για κόστη που ανάγονται στην τιμολογιακή πολιτική της, ενώ η αναθέτουσα αρχή θα πληρώσει ένα ενιαίο τίμημα. Εντούτοις, εκ της ανάγνωσης του οικείου όρου της διακήρυξης παρέπεται ότι η τελική προσφερόμενη τιμή της προσφοράς της διαμορφώνεται, αφού προστεθούν και οι προσφερόμενες τιμές των ως άνω γραμμών που αντιστοιχούν στις υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης, οι οποίες θα έπρεπε να προσφέρονται δωρεάν. Συνεπώς, οι τιμές αυτές κρίνεται ότι συνιστούν αναπόσπαστο μέρος της οικονομικής της προσφοράς και άρα απορρίπτεται προεχόντως ως αναπόδεικτος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας και σε κάθε περίπτωση ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, ότι οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης παρέχονται δωρεάν. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός που αφορά το αν για την είσπραξη της αμοιβής της προσφεύγουσας θα εκδοθούν ένα ή περισσότερα τιμολόγια, αυτός απορρίπτεται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος καθώς είναι θέμα αναγόμενο στην εφαρμογή της φορολογικής νομοθεσίας και δεν αναιρεί, ότι οι συγκεκριμένες υπηρεσίες (συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης) θα παρασχεθούν έναντι συγκεκριμένης αμοιβής που αναφέρεται στην οικονομική προσφορά, ως διακριτή από την αμοιβή για τις λοιπές υπηρεσίες της σύμβασης. Η προσφεύγουσα περαιτέρω ισχυρίζεται, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάζει την αρχή της ισότητας, επειδή η έτερη ανταγωνίστρια κλήθηκε σε παροχή διευκρινίσεων, ενώ η ίδια όχι. Ειδικά όσον αφορά την επικληθείσα εκ της προσφεύγουσας αρχή της ίσης μεταχείρισης, λεκτέο είναι ότι με την 11/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., που εκδόθηκε στο πλαίσιο διαγωνισμού διακήρυξης της ίδιας αναθέτουσας αρχής, κρίθηκε, ότι «η αναφορά, στην

οικονομική προσφορά της πρώτης από την παρεμβαίνουσας τιμής που αναφέρεται σε υπηρεσίες εγγύησης και συντήρησης καθιστά την προσφορά απορριπτέα, επειδή αυτές έπρεπε να παρέχονται δωρεάν». Κρίθηκε ακόμη, ότι «η ως άνω πλημμέλεια δεν είναι δεκτική εκ των υστέρων διευκρίνισης, διότι πρόκειται για πλημμέλεια που καθιστά την προσφορά απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, που δεν δύναται νομίμως να ιαθεί χωρίς ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς». Συνεπώς ο συγκεκριμένος ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι σε εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, θα έπρεπε να της επιτραπεί διόρθωση της προσφοράς της. Ο ισχυρισμός αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος. Τούτο, διότι το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 εφαρμόζεται μόνο σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που εκκινούν μετά τη δημοσίευση του νόμου αυτού στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Άρα δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω, καθόσον πρόκειται για διαγωνισμό που εκκίνησε το έτος 2020 (τεύχος Α' φάσης 30-04-2020, τεύχος Β' φάσης 26-10-2020). Περαιτέρω ως συνομολογεί η προσφεύγουσα, οι τιμές που αντιστοιχούν στις υπηρεσίες εγγύησης και συντήρησης, θα έπρεπε, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, να παρέχονται δωρεάν και άρα κάθε περαιτέρω διευκρίνιση του είδους των εργασιών, δεν αίρει την ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της.

17. Επειδή, συνεπώς η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... της προσφεύγουσας πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου ...), ποσού 12.148,00 €, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 6/9/2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 27/9/2021 (δοθέντος ότι η τελευταία μέρα ήταν εξαιρετέα).

Ο Πρόεδρος
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η Γραμματέας
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ