

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 62/14.01.2022 της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων αποτελούμενη από : α) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» και β) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει, κατά δήλωσή της, στ.. ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 19606/31.12.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του και κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 3.930 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 11.01.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 786.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Υπηρεσίες Επέκτασης αρχιτεκτονικής κόμβου υπηρεσιών govHUB και υλοποίηση ψηφιακών υπηρεσιών ηλεκτρονικής διακυβέρνησης», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 1.120.836,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23.07.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 27.07.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 13.01.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για

Αριθμός απόφασης: 296/2022

του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 3.01.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 13.01.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 75/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 22.01.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 525/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης. Αβασίμως δε ο προσφεύγων προβάλλει ότι η παρέμβαση έχει ασκηθεί την 27.01.2022, δοθέντος ότι ο μόνος νομικά παραδεκτός τρόπος άσκησης παρέμβασης είναι δια της υποβολής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η οποία εν προκειμένω έλαβε χώρα την 22.01.2022, ουδεμία δε επίδραση ως προς το εμπρόθεσμο της παρέμβασης ασκεί το γεγονός ότι αυτή έλαβε αριθμό πρωτ. 1270/27.01.2022 από την αναθέτουσα αρχή.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 27.01.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: 296/2022

10. Επειδή ο προσφεύγων την 1.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 239038 και 238387 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 2/1.12.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε αφενός μεν την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, η οποία έλαβε βαθμολογία 111,45 βαθμούς και αφετέρου την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι *«Η προσφερόμενη λύση της Ένωσης Εταιρειών «...» για το «Υποσύστημα Στατιστικών Στοιχείων και Γραφημάτων» στηρίζεται στο λογισμικό ... της ... όπως περιγράφεται στο κεφάλαιο «2.8 Υποσύστημα Στατιστικών Στοιχείων και Γραφημάτων» της Τεχνικής Προσφοράς του προσφέροντος. Στην σελίδα 148 της Τεχνικής του Προσφοράς ο προσφέρων αναφέρει: «Στο πλαίσιο της υλοποίησης του έργου θα αξιοποιηθεί η ελεύθερη open source έκδοση του λογισμικού και συγκεκριμένα <https://www.../> και συγκεκριμένα η 7.14.1 διαθέσιμη το 2021. Σύμφωνα με την τελευταία 10-K έκθεση της εταιρείας του προσφερόμενου λογισμικού, της ..., τον Φεβρουάριο του 2021 με την έκδοση 7.11 του λογισμικού της, η ...άλλαξε το είδος των αδειών με τις οποίες διαθέτει το λογισμικό της ... από open source σε proprietary. Επισημαίνεται ότι, η 10-K είναι μια ολοκληρωμένη έκθεση που υποβάλλεται ετησίως από τις εταιρείες σχετικά με την οικονομική τους απόδοση. Η έκθεση απαιτείται από την Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς των ΗΠΑ (US Securities and Exchange Commission SEC) και είναι πολύ πιο λεπτομερής από την ετήσια έκθεση. Η τελευταία 10-K έκθεση της ... (25 Ιουνίου 2021) βρίσκεται στην επίσημη ιστοσελίδα με τα οικονομικά στοιχεία της εταιρείας*

(<https://ir...details/default.aspx?FilingId=...>).

Ακολουθεί η σχετική επίσημη διατύπωση που υπάρχει στη σελίδα 5 της έκθεσης αυτής: “In February 2021, with the release of version 7.11 of the ..., we changed the sourcecode of ...and ... that had previously been licensed under an open source license to be licensed under a proprietary license“. Επιπλέον στην επίσημη ιστοσελίδα της ... (<https://www.../pricing/faq/licensing>) σε σχετική σελίδα όπου η εταιρεία απαντάει σε ερωτήσεις αναφορικά με την αλλαγή των αδειών λογισμικού (FAQ on 2021 License Change), η ... διευκρινίζει πως δεν αναφέρουμε πλέον το ... ως open source, αφού δεν έχει πάρει έγκριση από το Open Source Institute (OSI) ακολουθεί η σχετική επίσημη διατύπωση : “Does this mean that ... and ... are no longer Open Source? Yes. Neither the ... License nor SSPL have been approved by the OSI, so to prevent confusion, we no longer refer to ... or ... as open source.” Η Ένωση Εταιρειών «...» προσφέρει για το «Υποσύστημα Στατιστικών Στοιχείων και Γραφημάτων» την έκδοση 7.14.1 του λογισμικού ... της ..., η οποία είναι μεταγενέστερη της 7.11, βγήκε μετά από τον Φεβρουάριο του 2021, και συνεπώς δεν προσφέρεται ως “open source”-ανοικτού κώδικα από την ... Άρα, σύμφωνα με τα παραπάνω, η Ένωση Εταιρειών «...» προσφέρει λογισμικό που δεν είναι open source, όπως η ίδια η ... επιβεβαιώνει με αναφορές της σε επίσημα νομικά έγγραφα και στην ιστοσελίδα της. Επομένως, τεκμηριώνεται ότι η προσφορά της ένωσης «...» δεν συμμορφώνεται με τις υποχρεωτικές δεσμευτικές απαιτήσεις της διακήρυξης : α) προδιαγραφή με Α/Α 7 στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – Πίνακας Συμμόρφωσης» της ενότητας «1. Γενικές Απαιτήσεις» της διακήρυξης και β) προδιαγραφή με Α/Α 3 στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – Πίνακας Συμμόρφωσης» της ενότητας «10. Υποσύστημα Στατιστικών Στοιχείων και Γραφημάτων» αναφορικά με την απαίτηση για open source λογισμικό, κατά συνέπεια η Τεχνική Προσφορά του προσφέροντος «...» κρίνεται τεχνικά μη αποδεκτή σύμφωνα με αναφερόμενα με την περίπτωση 8.β) της παρ. 2.4.6-Λόγοι απόρριψης προσφορών της διακήρυξης». Με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος και η αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος του διαγωνισμού, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

Περαιτέρω, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος και δοθέντος ότι ο προσφεύγων επικαλείται την επιδίωξή του για ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, καταρχάς μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς προς απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

Αριθμός απόφασης: 296/2022

Και τούτο διότι, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Επιπροσθέτως, με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, κρίθηκε ότι «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει

Αριθμός απόφασης: 296/2022

προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου».

14. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

15. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα, όπως δηλώσεις και δικαιολογητικά[...]».

16. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει 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

Αριθμός απόφασης: 296/2022

αδικοιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό[...]]».

17. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]».

18. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]».

19. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, 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, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».

20. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «...2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές των Παραρτημάτων: ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι:

ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – Πίνακας Συμμόρφωσης της παρούσας Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι τεχνικές προδιαγραφές της παρούσας δεν έχουν αποτυπωθεί στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του ΕΣΗΔΗΣ, για αυτό οι υποψήφιοι Οικονομικοί Φορείς συντάσσουν την τεχνική προσφορά τους και υποβάλλουν ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία της Τεχνικής Προσφοράς σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V – Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς της παρούσας Διακήρυξης (σε συμπιεσμένη μορφή και κατά προτίμηση σε ένα (1) αρχείο pdf).[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: 1) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.3 (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] 2) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης,[...] β η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, [...] η οποία παρουσιάζει διαφορές μεταξύ των Πινάκων Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές και των αντιστοίχων Πινάκων Οικονομικής Προσφοράς με τιμές,[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – Πίνακας Συμμόρφωσης

Αριθμός απόφασης: 296/2022

Ο υποψήφιος ανάδοχος συμπληρώνει τον παρακάτω πίνακα συμμόρφωσης με την απόλυτη ευθύνη της ακρίβειας των δεδομένων.

1. Γενικές Απαιτήσεις

A/A	ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ	ΑΠΑΙΤΗΣΗ	ΑΠΑΝΤΗΣΗ	ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ
..	...	ΝΑΙ		
7	Όλα τα υποσυστήματα στηρίζονται σε open source τεχνολογίες	ΝΑΙ		

5. Διαδικτυακή Πύλη govhub.gr

A / A	ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ	ΑΠΑΙΤΗΣΗ	ΑΠΑΝΤΗΣΗ	ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ
1	Περιγραφή στησίματος διαδικτυακής πύλης και θεματικές ενότητες	ΝΑΙ		
2	Να ακολουθηθεί το Responsive Web Design	ΝΑΙ		
3	Να αναφερθεί το σύστημα CMS που θα χρησιμοποιηθεί, καθώς και η έκδοσή του	ΝΑΙ		
4	Να αναφερθούν το όνομα – Έκδοση – Χρονολογία διάθεσης του προτεινόμενου λογισμικού Webserver	ΝΑΙ		
5	Να αναφερθούν το όνομα – Έκδοση – Χρονολογία διάθεσης του προτεινόμενου λογισμικού Databaseserver	ΝΑΙ		

10. Υποσύστημα Στατιστικών Στοιχείων και Γραφημάτων

A/A	ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ	ΑΠΑΙΤΗΣΗ	ΑΠΑΝΤΗΣΗ	ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ
...	ΝΑΙ		
3	Open source	ΝΑΙ		

Τονίζεται ότι είναι υποχρεωτική η απάντηση σε όλα τα σημεία του Πινάκων συμμόρφωσης και η παροχή όλων των πληροφοριών που ζητούνται. Η επιτροπή θα αξιολογήσει τα παρεχόμενα από τους υποψήφιους Αναδόχους στοιχεία κατά την αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών. Σε περίπτωση που

Αριθμός απόφασης: 296/2022

δεν έχει απαντηθεί οποιοσδήποτε όρος των πινάκων, τότε η απάντηση θεωρείται αρνητική [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

A/A	ΤΙΤΛΟΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ	ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ
...		
5	Πίνακες ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ	ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II
6	Πίνακες Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές (Η εμφάνιση τιμής/τιμών στον εν λόγω Πίνακα αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς)	

».

21. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η 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.

22. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα

Αριθμός απόφασης: 296/2022

επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

23. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης 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).

24. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

25. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου...*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

26. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. 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 (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725,

Αριθμός απόφασης: 296/2022

σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

27. Επειδή, καταρχάς, ως προς τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί έλλειψης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς του και την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνοντος επισημαίνεται ότι, ως ρητώς αναφέρεται στην προσβαλλόμενη (σημείο 43, σελ. 5), για την έκδοση της απόφασης ελήφθη υπόψιν και το υπ' αριθμ. 2/01.12.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο αποτελεί στοιχείο του φακέλου του διαγωνισμού και στο οποίο ρητώς περιλαμβάνονται οι λόγοι αφενός μεν απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος και αφετέρου αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ο δε προσφεύγων ουδόλως αμφισβητεί ότι το ως άνω Πρακτικό, επί του οποίου ερείδεται η προσβαλλόμενη απόφαση, εμπεριέχει πλήρη, σαφή και επαρκή αιτιολογία ως προς την απόρριψη της προσφοράς του και την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, καθώς ως αναφέρει στην προσφυγή του, ανατρέχει στο σχετικό Πρακτικό για την προβολή των λόγων ακύρωσης της προσβαλλόμενης. Ούτε εξάλλου το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν αναφέρει ρητώς ότι επικυρώνει το υπ' αριθμ. 2/01.12.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού δύναται να ερμηνευθεί ότι το εν λόγω Πρακτικό δεν έχει εγκριθεί από την αναθέτουσα αρχή, δοθέντος ότι σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διαφοροποιείται από την απλή γνώμη/εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού οφείλει να αιτιολογήσει τούτο ειδικώς, εν προκειμένω δε ουδεμία τέτοια μνεία περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη θα πρέπει να ακυρωθεί ως παντελώς ανατιολόγητη ή μη εμπεριέχουσα επαρκή αιτιολογία, ενώ οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης αποτελεί ανέλεγκτη από την ΑΕΠΠ τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν απορριπτέοι ως προδήλως αβάσιμοι.

28. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι προσφέρει λογισμικό που στηρίζεται σε τεχνολογία open source (ανοιχτού κώδικα), όπως αυτό ρητώς πιστοποιείται

και βεβαιώνεται, τόσο από την ίδια την εταιρεία του προσφερόμενου λογισμικού ..., όσο και από τον αρμόδιο Ελληνικό Φορέα αναφορικά με τεχνολογίες open source (ανοιχτού κώδικα), ήτοι τον Οργανισμό Ανοικτών Τεχνολογιών (ΕΕΛΛΑΚ). Εφόσον δε η αναθέτουσα αρχή είχε αμφιβολίες ως προς την πλήρωση της σχετικής απαίτησης από τον προσφεύγοντα όφειλε κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016 να του ζητήσει διευκρινίσεις επί του επίμαχου ζητήματος.

29. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα II της διακήρυξης ρητώς τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή όλα τα υποσυστήματα να στηρίζονται σε open source (ανοιχτού κώδικα) τεχνολογίες. Συνεπώς, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 21-26 και τον όρο 2.4.6.8 β της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς διαγωνιζόμενου σε περίπτωση μη απόδειξης ότι τα υποσυστήματα του προσφερόμενου λογισμικού στηρίζονται σε open source τεχνολογίες.

30. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων δήλωσε στην τεχνική του προσφορά (σελ. 148) ότι θα αξιοποιηθεί η ελεύθερη open source έκδοση 7.14.1 του λογισμικού ...της εταιρείας ... και παρέμπει για περισσότερες πληροφορίες στην σελίδα της πλατφόρμας: <https://www.../>. Ωστόσο, ως προκύπτει από την ιστοσελίδα της εταιρείας ..., με την έκδοση 7.11 του λογισμικού ... και εφεξής η εταιρεία ... άλλαξε το είδος των αδειών με το οποίο διαθέτει το συγκεκριμένο λογισμικό από open source σε proprietary, και πλέον το συγκεκριμένο λογισμικό διατίθεται μόνον υπό καθεστώς διπλής άδειας (dual licenced) είτε την Eln2 είτε την SSPL 1.0 κατ'επιλογήν του χρήστη. Ειδικότερα, η μεν Eln2 χαρακτηρίζεται από την ίδια της εταιρεία ως proprietary source άδεια, η δε SSPL 1.0 ως source άδεια που παρέχει πολλές από τις ελευθερίες μιας open source άδειας αλλά με περιορισμούς και η οποία βασίζεται στην open source άδεια AGPL, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων. Επισημαίνεται ότι, όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα του Παγκόσμιου μη κερδοσκοπικού

Αριθμός απόφασης: 296/2022

οργανισμού Open Source Initiative <https://opensource.org/licenses> οι άδειες Eln2 και SSPL 1.0 δεν είναι καταχωρημένες ως open source άδειες, αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο εν λόγω οργανισμός δεν αποτελεί επίσημο φορέα, ενώ βασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων ότι από πλήθος σχετικών άρθρων, στα οποία και παραπέμπει, προκύπτει σαφώς ότι η άδεια SSPL 1.0 δεν είναι ανοιχτού κώδικα. Επομένως, το προσφερόμενο από τον προσφεύγοντα λογισμικό δεν είναι open source αλλά διατίθεται υπό άδεια ή οποία βασίζεται σε άδεια open source, ήτοι προσφέρει κάποιες από τις ελευθερίες ενός open source λογισμικού και άρα δεν πληροί τη σχετική τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος II της διακήρυξης, ο δε ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι κατά τη διακήρυξη δεν απαιτείται συγκεκριμένη άδεια λογισμικού ούτε και τύπος άδειας προβάλλεται αλυσιτελώς, καθώς επιρρωνύει τη θέση ότι κατά τη διακήρυξη δεν θεσπίστηκε η εναλλακτική της στήριξης του λογισμικού σε open source άδεια. Περαιτέρω, αφενός μεν στην προσκομισθείσα με την προσφυγή με αριθμ. πρωτ. 11/7.01.2022 επιστολή του Οργανισμού Ανοιχτών Τεχνολογιών ΕΕΛΛΑΚ αναφέρεται ότι το ... και το ... είναι τεχνολογίες ανοιχτού κώδικα, χωρίς ωστόσο να περιλαμβάνεται μνεία της έκδοσης στην οποία τούτο αφορά, ενώ επίσης δηλώνεται ότι το λογισμικό διατίθεται υπό τις άδειες Eln2 και SSPL 1.0, η δε άδεια SSPL 1.0 στηρίζεται στην άδεια ελεύθερου λογισμικού AGPL, αφετέρου στο προσκομισθέν με την προσφυγή από 4.02.2022 ηλεκτρονικό μήνυμα της εταιρείας ... δηλώνεται εκ νέου ότι το λογισμικό ... διατίθεται με διπλή άδεια και άρα ουδόλως εκ των ως άνω εγγράφων προκύπτει ότι η συγκεκριμένη έκδοση του λογισμικού που προσφέρεται από τον προσφεύγοντα είναι ανοιχτού κώδικα, ως βασίμως προβάλλουν η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τα ίδια λογισμικά, καθώς τούτο δεν αναιρεί την υποχρέωση πλήρωσης της συγκεκριμένης απαίτησης της διακήρυξης, την οποία δεν καλύπτει ο προσφεύγων. Ομοίως αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την από 8.12.2021 απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η οποία δεν αφορά το υπό κρίση ζήτημα καθώς άπτεται του λογισμικού που παράγεται από την ίδια την Επιτροπή και για το οποίο κατέχει τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας.

Επίσης, το γεγονός ότι το συγκεκριμένο λογισμικό του προσφεύγοντος στηρίζεται στην ίδια με το λογισμικό του παρεμβαίνοντος βιβλιοθήκη ανοιχτού κώδικα ..., δεν καθιστά το λογισμικό του προσφεύγοντος open source, ενώ ουδόλως προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι και το λογισμικό του παρεμβαίνοντα δεν είναι open source. Πέραν των ανωτέρω, η αιτίαση του προσφεύγοντος ότι στην προϋπάρχουσα υφιστάμενη υποδομή του gονhub και δη στο υποσύστημα «Χρονοσήμανσης και διατήρησης αρχείου συναλλαγών» προϋπάρχουν και λειτουργούν ήδη εγκαταστημένα τα λογισμικά ... και ... search και άρα για τους προϋπάρχοντες χρήστες δεν θα επέλθει οιαδήποτε αλλαγή τυγχάνει απορριπτέα διότι, ως βασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, ο παρών διαγωνισμός δεν ζητά επαναχρησιμοποίηση υφιστάμενης δομής αλλά σχεδιασμό και ανάπτυξη υποσυστημάτων βάσει open source τεχνολογιών. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί κλήσης του προς παροχή διευκρινίσεων σημειώνεται ότι, καταρχάς, εν προκειμένω, δεν συντρέχει ασάφεια της προσφοράς του προσφεύγοντος ως προς την πλήρωση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής αλλά αποδεδειγμένα μη κάλυψη αυτής, το δε άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ακόμα και υπό τη νέα του διατύπωση, δεν μπορεί να οδηγήσει στη θεραπεία πλημμέλειας που συνεπάγεται τον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

31. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, εφόσον κρίθηκε νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς προς απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι το προσφερόμενο από τον παρεμβαίνοντα λογισμικό ... και ... δεν είναι δωρεάν αλλά διέπονται από περιορισμούς. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος αφενός μεν αποκαλύπτονται οικονομικά στοιχεία αφετέρου υφίστανται σφάλματα και ελλείψεις κατά την συμπλήρωση των Πινάκων οικονομικής χωρίς τιμές και των Πινάκων Συμμόρφωσης, κατά παράβαση των οικείων όρων της διακήρυξης που καθιστούν την προσφορά

Αριθμός απόφασης: 296/2022

του απορριπτέα. Επίσης, ως προς την αρχιτεκτονική συστήματος-συμβατότητα με G-CLOUD, ο παρεμβαίνων στην τεχνική του προσφορά παρουσιάζει τους αντίστοιχους πόρους που απαιτούνται για το έτοιμο open source λογισμικό, αλλά όχι για το αντίστοιχο εμπορικό λογισμικό ασφάλειας. Πέραν των ανωτέρω, ο παρεμβαίνων δεν αποδεικνύει ότι τα άτομα της ομάδας έργου έχουν πιστοποιήσεις ασφάλειας στη μέγιστη βαθμίδα.

32. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν με την τεχνική τους προσφορά συμπληρωμένους τους Πίνακες Συμμόρφωσης του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα II περιλαμβάνονται Πίνακες Συμμόρφωσης με τέσσερις στήλες (ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ, ΑΠΑΙΤΗΣΗ, ΑΠΑΝΤΗΣΗ, ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ), στους οποίους έχουν ήδη συμπληρωθεί από την αναθέτουσα αρχή οι στήλες ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ και ΑΠΑΙΤΗΣΗ (με τη λέξη ΝΑΙ). Επισημαίνεται ότι, κατά το Παράρτημα II της διακήρυξης, είναι υποχρεωτική η απάντηση σε όλα τα σημεία του Πινάκων Συμμόρφωσης και η παροχή όλων των πληροφοριών που ζητούνται. Περαιτέρω, στα υποχρεωτικά κατά το Παράρτημα V της διακήρυξης περιεχόμενα της τεχνικής προσφοράς περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και οι Πίνακες της Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές. Επομένως, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 21-26, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς διαγωνιζόμενου σε περίπτωση μη ορθής και προσήκουσας συμπλήρωσης είτε των Πινάκων Συμμόρφωσης είτε των Πινάκων Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές.

33. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με την τεχνική του προσφορά τους Πίνακες Συμμόρφωσης του Παραρτήματος II της διακήρυξης, όπου στη στήλη ΑΠΑΝΤΗΣΗ δηλώνει ως προς όλες τις προδιαγραφές τη λέξη ΝΑΙ. Ωστόσο, ως προς τις Προδιαγραφές 4, 6, 7 του Πίνακα 5.2, 2 του Πίνακα 5.3, 2 του Πίνακα 5.4 και 3, 4, 5 του Πίνακα 5.5 η διακήρυξη απαιτεί ως προδιαγραφή να αναφερθούν το όνομα, η έκδοση και η χρονολογία διάθεσης των προσφερόμενων λογισμικών και άρα κατά τη λογική και κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας ως προς τις συγκεκριμένες προδιαγραφές η απάντηση ΝΑΙ στη στήλη ΑΠΑΝΤΗΣΗ στερείται οιοδήποτε νοήματος καθώς θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 296/2022

γίνει δήλωση των συγκεκριμένων ζητούμενων στοιχείων, ενώ αβασίμως ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι στη στήλη ΑΠΑΝΤΗΣΗ αρκεί ο συμμετέχων απλώς να δηλώνει αν πληροί την επίμαχη προδιαγραφή. Αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι στους υποβληθέντες από τον παρεμβαίνοντα Πίνακες Συμμόρφωσης υπάρχουν ακριβείς παραπομπές όπου τεκμηριώνονται οι απαντήσεις καθώς, εν προκειμένω, τίθεται ζήτημα μη ορθής συμπλήρωσης του Πίνακα Συμμόρφωσης και όχι πλήρωσης τεχνικής προδιαγραφής, η δε όποια ακρίβεια των παραπομπών δεν αναιρεί την έλλειψη/μη ορθή συμπλήρωση της στήλης ΑΠΑΝΤΗΣΗ στους Πίνακες Συμμόρφωσης του παρεμβαίνοντος ως προς τις επίμαχες προδιαγραφές. Επίσης απαραδέκτως και αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων παραθέτει στην παρέμβαση έτερους από τους υποβληθέντες με την τεχνική του προσφορά Πίνακες Συμμόρφωσης, στους οποίους έχει προσθέσει μια νέα στήλη υπό τίτλο «Απόσπασμα στο Κεφάλαιο» και στην οποία δηλώνονται το πρώτον τώρα το όνομα, η έκδοση και η χρονολογία διάθεσης των προσφερόμενων λογισμικών. Όσον αφορά τον ισχυρισμό του παρεμβαίνοντος ότι και ο προσφεύγων υιοθετεί τον ίδιο τρόπο συμπλήρωσης των Πινάκων Συμμόρφωσης, σημειώνεται ότι ο εν λόγω ισχυρισμός δεν αφορά τις ίδιες προδιαγραφές που επικαλείται ο προσφεύγων για τις οποίες ως απάντηση έπρεπε να δηλωθούν συγκεκριμένα στοιχεία αλλά έτερες απαιτήσεις όπου η απάντηση ΝΑΙ του προσφεύγοντος θεωρείται επαρκής και σε κάθε περίπτωση ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης δοθέντος ότι ο προσφεύγων δεν προβάλλει ότι γενικώς η δήλωση ΝΑΙ δεν αποτελεί αποδεκτή συμπλήρωση της στήλης ΑΠΑΝΤΗΣΗ του Πίνακα Συμμόρφωσης αλλά ότι ως προς τις συγκεκριμένες Προδιαγραφές 4, 6, 7 του Πίνακα 5.2, 2 του Πίνακα 5.3, 2 του Πίνακα 5.4 και 3, 4, 5 του Πίνακα 5.5 η απάντηση ΝΑΙ δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης να δηλωθούν συγκεκριμένα στοιχεία, το οποίο δεν έπραξε ο παρεμβαίνων. Απαραδέκτως δε με την παρέμβαση προβάλλονται ισχυρισμοί περί έτερων πλημμελειών των Πινάκων Συμμόρφωσης του προσφεύγοντος. Πέραν των ανωτέρω, βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων ότι οι Πίνακες Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές έχουν συμπληρωθεί ελλιπώς από τον παρεμβαίνοντα καθώς αφενός μεν στον

Αριθμός απόφασης: 296/2022

Πίνακα «Ετοιμα λογισμικό» αναφέρεται μόνον το λογισμικό ασφαλείας και όχι τα υπόλοιπα λογισμικά που προσφέρονται από τον παρεμβαίνοντα ούτε έχει συμπληρωθεί η στήλη Ποσότητα, αφετέρου στον Πίνακα «Υπηρεσίες» δεν έχει συμπληρωθεί η στήλη Ανθρωπομήνες. Δοθέντος δε ότι στον όρο 2.4.6.8 στ) προβλέπεται ρητώς ως λόγος αποκλεισμού η ύπαρξη διαφορών ανάμεσα στους Πίνακες Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές που θα υποβληθούν με την τεχνική προσφορά και στους αντίστοιχους της οικονομικής προσφοράς, η έλλειψη συμπλήρωσης στηλών στους Πίνακες Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές καθιστά αδύνατο τον έλεγχο ταυτοποίησης με τους αντίστοιχους Πίνακες της Οικονομικής, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων. Αβασίμως ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων ότι η διακήρυξη δεν προβλέπει συγκεκριμένο τρόπο συμπλήρωσης ως προς Πίνακες Οικονομικής Προσφοράς χωρίς τιμές καθώς οι εν λόγω Πίνακες προδήλως θα πρέπει να συμπληρωθούν σε συνάρτηση και κατ' ακολουθία με τα αναφερόμενα στην τεχνική προσφορά έκαστου συμμετέχοντος και να μην παραλείπονται κρίσιμα στοιχεία άλλως συντρέχει ασάφεια μεταξύ των εγγράφων της τεχνικής προσφοράς και του τί ακριβώς προσφέρεται από τον διαγωνιζόμενο και επί του οποίου έχει διαμορφωθεί η οικονομική του προσφορά. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος, ενόψει δε τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφυγής περί αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος.

34. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

35. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι μόνον κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

36. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

37. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 37, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 296/2022

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 19606/31.12.2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 3.930 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 2 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α.Α.
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ