

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.12.2022, προδικαστική προσφυγή με (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1794/14.12.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν, άλλως, τροποποιηθούν συγκεκριμένοι όροι της υπ' αριθμ. .../2022 διακήρυξης της ..., που εκδόθηκε στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο «Υπηρεσίες υλοποίησης και ανάπτυξης ολοκληρωμένων εφαρμογών διεξαγωγής ηλεκτρονικών ανταγωνιστικών διαδικασιών για τις (CPV:)», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 140.000,00€ πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, που προκύπτει από την οικονομική προσφορά σύμφωνα με το Παράρτημα IV της διακήρυξης (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ:).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 167/2023

1.Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού επτακοσίων ευρώ (700,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την από 07.12.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1794/14.12.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα αναρτήθηκε στο σύστημα Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 22.11.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο και προβάλλει συγκεκριμένους και εξειδικευμένους ισχυρισμούς κατά συγκεκριμένων, αυθαίρετων, όπως υποστηρίζει, όρων της ένδικης διακήρυξης και των Παραρτημάτων I και III αυτής, που νοθεύουν τον ανταγωνισμό και εμποδίζουν την υποβολή ισότιμων και συγκρίσιμων οικονομικών προσφορών στον εν θέματι διαγωνισμό (βλ. και ΣτΕ 1259/2019), κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ελεύθερου ανταγωνισμού και επομένως, θεμελιώνει καταρχάς έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής. Ως αναλύεται στη σκέψη 5 της παρούσας απόφασης, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον διαγωνισμό, πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 31/2019). Περαιτέρω, ως επίκληση βλάβης, νοείται

Αριθμός απόφασης: 167/2023

όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευμένων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣΤΕ 1259/2019) ενώ περαιτέρω, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(ΕΑ) 314/2013, ΣΤΕ (ΕΑ) 472/2012, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ. κ.ά και, μεταξύ άλλων, αποφάσεις Α.Ε.Π.Π 578/2018, Α370/2019. Α129/2021 κλπ). Επίσης, όπως έχει κριθεί, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 4412/2016, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής έχει λήξει προτού εκδικασθεί η αίτηση παροχής προσωρινής προστασίας και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αιτήσεως αναστολής κατά της διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011 κλπ).

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής

Αριθμός απόφασης: 167/2023

στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

6. Επειδή, ο οικείος αναθέτων φορέας απέστειλε το, από 22.12.2022, έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση καταχρηστικών απαιτήσεων στο άρθρο 2.2.7 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας» της διακήρυξης. Στον όρο 2.2.7 («Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας») της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οφείλουν να συμμορφώνονται με: α) το Διεθνές Πρότυπο Διασφάλισης Ποιότητας ISO 9001:2015, ή ισοδύναμο, με πεδίο εφαρμογής υπηρεσίες συναφείς με τον σχεδιασμό, την ανάπτυξη, την εγκατάσταση και την υποστήριξη της παραγωγικής λειτουργίας ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων. β) το Διεθνές Πρότυπο Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών ISO 27001 : 2013 ή ισοδύναμο»*. Κατά

Αριθμός απόφασης: 167/2023

την προσφεύγουσα, η απαίτηση που θεσπίζεται στο άρθρ. 2.2.7 της διακήρυξης, κατά την οποία οι υποψήφιοι θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να είναι πιστοποιημένοι με το διεθνές πρότυπο ISO 27001:2013, που καθορίζει τις απαιτήσεις διαχείρισης ασφάλειας πληροφοριών εντός των εγκαταστάσεων του πιστοποιούμενου - με βάση το ανωτέρω πρότυπο - οργανισμού ή επιχείρησης «... θα μπορούσε να συνδέεται αντικειμενικά και κατά τρόπο ανάλογο με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, μόνο στην περίπτωση που το υπό προμήθεια λογισμικό για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικών δημοπρασιών επρόκειτο να εγκατασταθεί σε server του αναδόχου και κατά συνέπεια η διενέργεια των δημοπρασιών θα παρεχόταν με τη μορφή υπηρεσίας μέσω διαδικτύου...», συνθήκη που, ωστόσο, δεν συντρέχει στην προκείμενη περίπτωση. Συνεπώς, επειδή, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, το υπό προμήθεια λογισμικό που θα αναπτύξει ο ανάδοχος της σύμβασης, δεν θα εγκατασταθεί σε server του αναδόχου, αλλά σε server, που θα υποδείξει η αναθέτουσα αρχή και πιο συγκεκριμένα, στο G-Cloud της ..., η επίμαχη απαίτηση, η οποία τέθηκε καταχρηστικά, όχι μόνο νοθεύει τον υγιή ανταγωνισμό, αλλά και εμποδίζει τη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό, παρότι διαθέτει την επίσης ζητούμενη πιστοποίηση κατά ISO 9001:2015. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι μετά την άσκηση της προγενέστερης, υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1287/16.09.2022 προδικαστικής προσφυγής της, με την οποία στρεφόταν κατά του επίμαχου όρου - ο οποίος είχε περιληφθεί στη διακήρυξη, στο πλαίσιο προγενέστερης διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία και ματαιώθηκε - η επιτροπή του διαγωνισμού εξέδωσε την υπ' αριθ. 01/21.09.2022 εισήγηση, στην οποία αναφέρεται ότι: «... για λόγους ενίσχυσης του υγιούς ανταγωνισμού, με τη συμμετοχή περισσότερων συμμετεχόντων στον ανωτέρω Διαγωνισμό, η Επιτροπή εισηγείται τις ακόλουθες τροποποιήσεις της Διακήρυξης, κατόπιν ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξής του: ... Προτείνεται η κατάργηση της απαίτησης του στοιχείου β της παραγράφου 2.2.7 υπό τον τίτλο «Πρότυπα διασφάλιση ποιότητας» (κριτήριο επιλογής) και συγκεκριμένα η εξής απαίτηση: «β) το Διεθνές Πρότυπο Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών ISO 27001 : 2013 ή ισοδύναμο» και η απαλοιφή του από τα αποδεικτικά έγγραφα και τα Παραρτήματα της...». Εν συνεχεία, η ως άνω εισήγηση της επιτροπής έγινε δεκτή με την υπ' αριθ. .../22.09.2022 απόφαση του προέδρου της ..., από το

Αριθμός απόφασης: 167/2023

περιεχόμενο της οποίας προκύπτει, ότι η εισήγηση αυτή έγινε εν συνόλω - και όχι εν μέρει - αποδεκτή, με αποτέλεσμα τη ματαίωση της προηγηθείσας διαδικασίας και την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με τροποποίηση (μεταξύ των άλλων) και του επίμαχου όρου της διακήρυξης.

Β) Ωστόσο, στην προκείμενη περίπτωση κρίνονται βάσιμοι οι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα, κατά τις οποίες, η ασφάλεια των πληροφοριών αποτελεί βασικό μέλημα της ... όσον αφορά στο προσφερόμενο υπό ανάπτυξη λογισμικό, ιδιαίτερα με την εισαγωγή του GDPR τον Μάιο του 2018 και ως εκ τούτου, η θέσπιση της επίμαχης απαίτησης του άρθρ. 2.2.7 της διακήρυξης, η οποία, σε κάθε περίπτωση, είναι ανάλογη με το υπό ανάθεση αντικείμενο, ουδόλως παρεμποδίζει την ανάπτυξη συνθηκών ανταγωνισμού στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Λαμβανομένου υπόψη ότι το υπό προμήθεια πληροφοριακό σύστημα θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη τα εξής πέντε (5) δομικά στοιχεία: • Υλικό • Λογισμικό • Δεδομένα • Διαδικασίες • Άνθρωποι και ότι σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ο ανάδοχος θα πρέπει να προβεί στην ανάπτυξη του λογισμικού και στη μετέπειτα εγκατάστασή του σε server που θα υποδείξει η αναθέτουσα αρχή, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτό ότι το συγκεκριμένο πρότυπο διασφαλίζει την ασφάλεια των πληροφοριών, όχι μόνο μετά την εγκατάσταση του λογισμικού, αλλά και κατά το στάδιο της ανάπτυξής του, όταν δηλαδή βρίσκεται στην αποκλειστική σφαίρα ευθύνης του αναδόχου. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι ο ανάδοχος θα πρέπει να παράσχει μία προσέγγιση βασισμένη σε διαδικασίες, την οποία και θα πρέπει να εφαρμόσει κατά την ανάπτυξη του λογισμικού, ώστε να έχει τη δυνατότητα να εντοπίζει εγκαίρως τα προβληματικά σημεία κατά την εκτέλεση της διαδικασίας ανάπτυξης. Πέραν τούτων, ο ανάδοχος θα πρέπει απαραίτητα να σχεδιάζει ενέργειες για την διαχείριση των κινδύνων και των ευκαιριών που σχετίζονται με τις ανάγκες του νέου πληροφοριακού συστήματος (λογισμικού), οι δε βέλτιστες πρακτικές, σύμφωνα με το ζητούμενο πρότυπο ISO 27001: 2013, αποτρέπουν βασικά λάθη σε θέματα ασφάλειας. Επιπλέον, ως βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας, οι κανόνες ασφαλείας θα πρέπει να θεσπιστούν ως πολιτική, έτσι ώστε όλα τα εμπλεκόμενα μέρη να κατανοούν την προσέγγιση που ακολουθεί ο ανάδοχος στη φάση ανάπτυξης του προσφερόμενου λογισμικού.

Αριθμός απόφασης: 167/2023

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, το ζητούμενο πρότυπο επιτρέπει τη δημιουργία ενός ισχυρού επιχειρηματικού μοντέλου και ενός αξιόλογου συστήματος διαχείρισης ασφάλειας πληροφοριών, με συνέπεια, να εξασφαλίζεται η προστασία, η ακεραιότητα, η εμπιστευτικότητα, η μακροζωία και η διαθεσιμότητα του παρεχόμενου λογισμικού και των πληροφοριών που διανέμονται μέσω αυτού. Λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να εφαρμόζει τις πολιτικές σε ολόκληρο τον κύκλο ζωής του υπόψη έργου, αλλά και να διαθέτει τεκμηριωμένα στοιχεία για τον σκοπό αυτόν, δεν θα αρκούσε μια απλή δήλωσή του για το ότι η ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών είναι πιστοποιημένη, διότι στην περίπτωση αυτή, τόσο οι στόχοι, όσο και τα δεδομένα του λογισμικού θα ετίθεντο σε διακινδύνευση. Συνεπώς, η απαίτηση πιστοποίησης του αναδόχου με το ως άνω πρότυπο κρίνεται, εν προκειμένω, απαραίτητη και σε κάθε περίπτωση, σχετική με το προκηρυσσόμενο αντικείμενο, αφού με την πιστοποίηση αυτή – δια της οποίας διασφαλίζεται η εμπιστευτικότητα, η ακεραιότητα και η διαθεσιμότητα των πληροφοριών – αποδεικνύεται ότι ο ανάδοχος λαμβάνει σοβαρά υπόψη του την ασφάλεια των πληροφοριών, κατά την ανάπτυξη του λογισμικού και λαμβάνει μέτρα για να διασφαλίζει ότι η αποθήκευση και επεξεργασία των δεδομένων, που συλλέγονται και διανέμονται μέσω του υπό προμήθεια λογισμικού, γίνεται με τον πλέον κατάλληλο τρόπο, που μειώνει τον κίνδυνο διαρροής ή παραβίασής τους, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

Τέλος, όσον αφορά στην εισήγηση της επιτροπής του ματαιωθέντος διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι ο οικείος αναθέτων φορέας, αποδεχόμενος την προαναφερόμενη εισήγηση της επιτροπής, αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του, με τροποποίηση των όρων της διακήρυξης, υιοθετώντας ωστόσο, μερικώς τις προτεινόμενες αλλαγές. Πιο συγκεκριμένα, στο πλαίσιο της συνολικής αναθεώρησης του τεύχους διακήρυξης, αποφασίστηκε από την ολομέλεια της ... (βλ. υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση) να παραμείνει στο άρθρ. 2.2.7 της νέας διακήρυξης, η απαίτηση με την οποία ζητείται πιστοποίηση κατά το διεθνές πρότυπο διαχείρισης ασφάλειας πληροφοριών ISO 27001: 2013. Και τούτο, διότι αποφασίστηκε ότι η πιστοποίηση αυτή είναι απαραίτητη για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, καθότι αποδεικνύει ότι, κατά το στάδιο ανάπτυξης του υπόψη έργου, ο

Αριθμός απόφασης: 167/2023

ανάδοχος λαμβάνει σοβαρά υπόψη του την ασφάλεια των πληροφοριών, διασφαλίζοντας ότι δεν θα υπάρξει κίνδυνος διαρροής ή παραβίασης των δεδομένων, που συλλέγονται, διανέμονται και τυγχάνουν επεξεργασίας μέσω του υπό προμήθεια λογισμικού. Εξάλλου, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στον διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι η επίμαχη απαίτηση συνδέεται με το φυσικό αντικείμενο ένδικου διαγωνισμού, νομίμως τέθηκε στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, προς τον σκοπό ανεύρεσης του πλέον κατάλληλου αναδόχου, ο οποίος θα δύναται να προστατεύσει την ασφάλεια των πληροφοριών, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και περαιτέρω, ως απαράδεκτος.

- 2^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση αντιφατικών όρων στη διακήρυξη.

A) Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, από τη συγκριτική επισκόπηση των όρων 1.3.1. και 1.6.1. του Παραρτήματος Ι, καθίσταται σαφές ότι τα όσα ορίζονται στον όρο 1.3.1. για την υποχρέωση συντήρησης και αναβάθμισης του λογισμικού και των εφαρμογών από τον ανάδοχο, έρχονται σε πλήρη αντίθεση με τον όρο 1.6.1 του ίδιου Παραρτήματος, όπου προβλέπεται ότι ο ανάδοχος δεν έχει ευθύνη για τη συντήρηση του εξυπηρετητή φιλοξενίας του εξοπλισμού, με αποτέλεσμα, να προκύπτει αοριστία και ουσιώδης ασάφεια της διακήρυξης, που άγει σε αδυναμία των υποψηφίων να καταθέσουν ορισμένες και συγκρίσιμες οικονομικές προσφορές. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: i) η θέσπιση ρητής πρόβλεψης στον όρο 1.6.1. του Παραρτήματος Ι περί μη ευθύνης του αναδόχου για την εν γένει λειτουργία και συντήρηση του εξυπηρετητή φιλοξενίας του λογισμικού, παρίσταται ως εύλογη, καθόσον οι υποδομές φιλοξενίας (εν προκειμένω, το G-cloud), δεν ανήκουν, αλλά ούτε έχουν επιλεγεί από τον υποψήφιο ανάδοχο, ii) κατά τα οριζόμενα στον όρο 1.3.1 του Παραρτήματος Ι, όσον αφορά στην ευθύνη του αναδόχου για την εύρυθμη λειτουργία του εξυπηρετητή, δημιουργούνται υποχρεώσεις για τον υποψήφιο ανάδοχο και επομένως,

Αριθμός απόφασης: 167/2023

αντίστοιχα κόστη, τα οποία οφείλει να συνυπολογίσει κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής του προσφοράς, οι οποίες, όμως (υποχρεώσεις), εκφεύγουν της σφαίρας επιρροής του, καθόσον ο εξυπηρετητής, όπου θα φιλοξενείται το υπό προμήθεια λογισμικό, δεν ανήκει, ούτε στον υποψήφιο ανάδοχο, ούτε στην αναθέτουσα αρχή, αφού η λειτουργία του εξυπηρετητή G-Cloud ανήκει στη ..., iii) η αδυναμία διαμόρφωσης ορισμένων και συγκρίσιμων οικονομικών προσφορών καθίσταται ακόμη πιο πρόδηλη, εάν ληφθεί υπόψη ότι, μολονότι δεν είναι εκ των προτέρων γνωστό, εάν και σε ποιο βαθμό θα χρειαστεί να παρασχεθούν οι υπηρεσίες συντήρησης, αναβάθμισης κλπ του προσφερόμενου λογισμικού, που προβλέπονται στον όρο 1.3.1., εντούτοις, ζητείται να είναι διαθέσιμες επί 24ωρης βάσης και επί 7 ημέρες την εβδομάδα, ενώ το κόστος τους θα πρέπει να προϋπολογιστεί συνολικά από τον υποψήφιο ανάδοχο ως ορισμένο ποσό και να ενταχθεί στο προσφερόμενο τίμημα.

Β) Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» και ειδικότερα στον επίμαχο όρο 1.6.1. «Χαρακτηριστικά συνεργασίας» (σελ. 67 - 68 της διακήρυξης), ορίζεται ότι: *«Ο ανάδοχος θα προσδιορίσει το απαιτούμενο υλικό και λογισμικό για την εγκατάσταση των εφαρμογών σε υποδομές που θα επιλέξει η ... και συγκεκριμένα στο G-cloud. Ο ανάδοχος θα πρέπει να προτείνει στην Προσφορά του την σύνθεση του εξοπλισμού (εξυπηρετητές, γλώσσες προγραμματισμού, λειτουργικό σύστημα, βάση δεδομένων) που καλύπτουν την πλήρη λειτουργία του συστήματος βάση των απαιτήσεων της παρούσας διακήρυξης. Η προμήθεια, η υποστήριξη και η συντήρηση των υποδομών αυτών δεν είναι ευθύνη του αναδόχου»*. Περαιτέρω, στον επίμαχο όρο 1.3.1. («Ετήσια συντήρηση και τροποποίηση λογισμικού και εφαρμογών») του ως άνω Παραρτήματος ορίζεται ότι: *«Μετά την οριστική παραλαβή του τμήματος Α της παρούσας Διακήρυξης, ο ανάδοχος του Τμήματος Β θα είναι υπεύθυνος για την τριετή συντήρηση και υποστήριξη των εφαρμογών λογισμικού διεξαγωγής ανταγωνιστικών διαδικασιών για τις ...»*. Επίσης, στον όρο 1.3.1. προβλέπονται οι επί μέρους υποχρεώσεις του αναδόχου, στις οποίες περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων: α) η εύρυθμη λειτουργία του εξυπηρετητή – εξοπλισμού που θα φιλοξενείται το λογισμικό, ώστε να είναι συνεχώς σε λειτουργική ετοιμότητα και up and running και β) τυχόν αναβαθμίσεις του

Αριθμός απόφασης: 167/2023

λογισμικού εφαρμογών σε νέες εκδόσεις των υποστηριζόμενων εργαλείων και γλωσσών προγραμματισμού και βάσεων δεδομένων, ώστε να επιτυγχάνεται η απρόσκοπτη και ασφαλής λειτουργία του. Μάλιστα, στον επίμαχο όρο 1.3.1. ορίζεται αφενός μεν, ότι οι υπηρεσίες συντήρησης, αναβάθμισης κλπ εκ μέρους του αναδόχου θα πρέπει να είναι διαθέσιμες όλο το εικοσιτετράωρο και τις επτά (7) ημέρες της εβδομάδας με χρόνο απόκρισης τριών (3) ωρών εντός των εργασίμων ημερών μεταξύ (09:00 – 5:00) και για τα Σαββατοκύριακα και τις επίσημες αργίες, εντός της επόμενης εργάσιμης ημέρας, από την στιγμή που θα του γνωστοποιηθεί το αίτημα της αναθέτουσας αρχής στο σύστημά του (είτε τηλεφωνικώς, είτε με αποστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου), αφετέρου δε, ότι η ετήσια συντήρηση και τροποποίηση του προσφερόμενου λογισμικού απαιτείται να εκτελείται χωρίς επιπλέον οικονομική επιβάρυνση, πέραν του προσφερόμενου τιμήματος.

Από την επισκόπηση των ως άνω δύο (2) όρων του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, προκύπτουν τα εξής συμπεράσματα: i) Με την θέσπιση στον όρο 1.6.1. απαίτησης, που αφορά στην εύρυθμη λειτουργία του εξυπηρετητή, όπου θα φιλοξενείται το λογισμικό, ο οικείος αναθέτων φορέας ορθώς υποχρεώνει τον ανάδοχο να βρίσκεται σε επικοινωνία με τον διαχειριστή των υποδομών που αυτός θα επιλέξει (στην προκειμένη περίπτωση, το G-Cloud, που ανήκει στην σφαίρα ευθύνης της ...), για λόγους ενημέρωσης και επίλυσης προβλημάτων που ενδέχεται να προκύψουν και που θα μπορούσαν να προσβάλλουν την εύρυθμη λειτουργία του συστήματος (λειτουργική ετοιμότητα – up and running). Μάλιστα, η θέσπιση της επίμαχης απαίτησης στον όρο 1.6.1 (ο οποίος τιτλοφορείται: «Χαρακτηριστικά συνεργασίας»), κρίθηκε αναγκαία, διότι σε περίπτωση που θα προκύψει ανάγκη ενημέρωσης, αναβάθμισης και τροποποίησης των εγκαταστάσεων του G-Cloud, ο ανάδοχος θα πρέπει να έχει προσαρμοστεί κατάλληλα, ώστε να εξασφαλίσει την εύρυθμη λειτουργία της εφαρμογής. ii) Με τη θέσπιση στον όρο 1.3.1. απαίτησης, που αφορά στις αναβαθμίσεις του προσφερόμενου λογισμικού και των εφαρμογών, ο αναθέτων φορέας ορθώς υποχρεώνει τον ανάδοχο να προσαρμόζεται και να αναβαθμίζει το προς προμήθεια λογισμικό, ώστε αυτό να λειτουργεί στις τελευταίες και πιο σύγχρονες ενημερώσεις σε όλους του τομείς εφαρμογής. Δηλαδή ο ανάδοχος θα πρέπει να είναι σε θέση να ενημερώνει και να συντηρεί την εφαρμογή για νέες εκδόσεις σε εξυπηρετητές,

Αριθμός απόφασης: 167/2023

γλώσσες προγραμματισμού, λειτουργικό σύστημα, βάση δεδομένων κλπ. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται ότι σκοπός του όρου 1.3.1 είναι να διασφαλισθεί πως το λογισμικό των εφαρμογών συμβαδίζει σε κάθε χρονική περίοδο με τις τελευταίες εξελίξεις σε υποστηριζόμενα εργαλεία, ήτοι, να διασφαλισθεί η απρόσκοπτη και η ασφαλής λειτουργία του, απορριπτομένων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος ότι δεν μπορούν να υποβληθούν συγκρίσιμες οικονομικές προσφορές, επειδή δήθεν δεν είναι εκ των προτέρων γνωστό, πόσες και ποιες υπηρεσίες συντήρησης, αναβάθμισης κλπ θα απαιτηθούν κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του υπόψη έργου.

Καταληκτικά, τόσο η εύρυθμη λειτουργία του εξυπηρετητή-εξοπλισμού, όπου θα φιλοξενείται το λογισμικό (G-Cloud), όσο και η υποχρέωση συντηρήσεων/αναβαθμίσεων του προσφερόμενου λογισμικού και των εφαρμογών, ορθώς θεσπίσθηκαν ως υποχρεώσεις του αναδόχου, οι επίμαχες δε υποχρεώσεις είναι συνήθεις στο πλαίσιο διεξαγωγής δημόσιων διαγωνισμών με παρόμοιο αντικείμενο. Έτι περαιτέρω, ο όρος 1.3.1. δεν έρχεται σε αντίθεση με τον όρο 1.6.1., ως λανθασμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, αλλά αντιθέτως, συμπληρώνει/αποσαφηνίζει το περιεχόμενο του όρου 1.6.1. Και τούτο, διότι ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι ο ανάδοχος δεν έχει την γενική ευθύνη του εξυπηρετητή, στον οποίο θα εγκατασταθεί/φιλοξενηθεί το υπό προμήθεια λογισμικό, ως προβλέπεται στον όρο 1.6.1., εντούτοις, παρίσταται ως εύλογη η ανάγκη ενημέρωσης, αναβάθμισης και τροποποίησης των εγκαταστάσεων του G-Cloud, στο πλαίσιο της συνεργασίας που προβλέπεται στον ως άνω όρο, για λόγους διασφάλισης της αξιοπιστίας και της απρόσκοπτης λειτουργίας του συστήματος. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ασάφειας της προσβαλλόμενης διακήρυξης, που έχει δήθεν ως αποτέλεσμα να μην δύνανται να υποβληθούν συγκρίσιμες οικονομικές προσφορές, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, θα πρέπει να απορριφθούν. Συναφώς, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

• 3^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση μη νόμιμων απαιτήσεων στον όρο 1.6.1. του Παραρτήματος I και στο σημείο 91 του Παραρτήματος III «Πίνακας

Αριθμός απόφασης: 167/2023

Συμμόρφωσης» της διακήρυξης. Α) Ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ο όρος που τέθηκε στο Παράρτημα III, σημείο 91 της διακήρυξης, κατά τον οποίο: «ο πηγαίος κώδικας του ολοκληρωμένου συστήματος εφαρμογών διεξαγωγής ηλεκτρονικών ανταγωνιστικών για τις ..., ανήκει κατά πλήρη κυριότητα στην ..., η οποία θα είναι και ο μοναδικός κάτοχος της πνευματικής και διανοητικής ιδιοκτησίας αυτού...», σε συνδυασμό και με την απαίτηση για «... παράδοση του πηγαίου κώδικα, των δικαιωμάτων πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας της και εκμετάλλευση αυτών με οποιοδήποτε τρόπο, μέσο και μέθοδο, οπουδήποτε στην Ελλάδα ή και στο εξωτερικό», που τέθηκε στον όρο 1.6.1 του Παραρτήματος I, θα πρέπει να ακυρωθούν, διότι αποτελούν «ευθεία ανταγωνιστική πρόταση» για τη δική της επιχείρηση, αφού τα όσα ορίζονται στους ανωτέρω όρους εκφεύγουν των μη κερδοσκοπικών ορίων μίας δημόσιας ανεξάρτητης αρχής για χρήση εφαρμογών, προς κάλυψη ιδίων αναγκών. Και τούτο, διότι οι ως άνω όροι παρέχουν τη δυνατότητα στη ... - ωσάν να ήταν οιαδήποτε εμπορική εταιρεία του ιδιωτικού τομέα - να διαθέσει και να εκμεταλλευτεί το λογισμικό σε δυνητικούς πελάτες της επιχείρησής της και ως εκ τούτου, να πλήξει την ανάπτυξη, την κερδοφορία και την εμπορική πολιτική της προσφεύγουσας. Β) Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» και πιο συγκεκριμένα, στον όρο 1.6.1 «Χαρακτηριστικά Συνεργασίας», όπως επίσης και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III, Πίνακας Συμμόρφωσης, σημείο 91, ορίζεται ότι: «ο πηγαίος κώδικας του ολοκληρωμένου συστήματος εφαρμογών διεξαγωγής ηλεκτρονικών ανταγωνιστικών διαδικασιών για τις ..., ανήκει κατά πλήρη κυριότητα στην ..., η οποία θα είναι και ο μοναδικός κάτοχος της πνευματικής και διανοητικής ιδιοκτησίας αυτού. Ο ανάδοχος θα παραδώσει τον πηγαίο κώδικα με πλήρη τεκμηρίωση στην Πάσης φύσεως τυχόν δικαιώματα πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας επί του λογισμικού (συμπεριλαμβανομένων αυτών επί του πηγαίου και επί του αντικειμενικού κώδικα αυτού) που θα δημιουργήσει /αναπτύξει ο Ανάδοχος για λογαριασμό της ... και που αποτελεί αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, ανήκουν στο σύνολό τους στην ..., η οποία καθίσταται η μόνη και αποκλειστική δικαιούχος επί του συνόλου των δικαιωμάτων αυτών, και η μόνη και αποκλειστική δικαιούχος εκμετάλλευσης αυτών με οποιοδήποτε τρόπο, μέσο και μέθοδο, οπουδήποτε στην Ελλάδα ή και στο εξωτερικό, για όλη τη διάρκεια

Αριθμός απόφασης: 167/2023

προστασίας των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας (πνευματικής και βιομηχανικής).».

Στην προκείμενη περίπτωση, όπως βασίμως ισχυρίζεται η ..., η θέσπιση της επίμαχης απαίτησης παράδοσης του πηγαίου κώδικα εφαρμογών μαζί με τα σχετικά δικαιώματα, αποτελεί καταρχάς δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα που προκηρύσσει τον διαγωνισμό και ορίζει το αντικείμενο της σύμβασης. Η ... ευλόγως επιθυμεί να έχει πάσης φύσεως δικαιώματα επί του λογισμικού που θα δημιουργήσει/αναπτύξει ο ανάδοχος, έναντι αντίστοιχης αμοιβής και να καθίσταται η μόνη και αποκλειστική δικαιούχος επί του συνόλου των δικαιωμάτων αυτών και η μόνη αποκλειστική δικαιούχος εκμετάλλευσης αυτών, με οποιονδήποτε τρόπο, μέσο και μέθοδο, οπουδήποτε στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό για όλη την διάρκεια προστασίας των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ότι δηλαδή οι επίμαχες απαιτήσεις εκφεύγουν των μη κερδοσκοπικών ορίων μίας δημόσιας ανεξάρτητης αρχής για χρήση εφαρμογών προς κάλυψη ιδίων αναγκών. Εξάλλου, η επιλογή αυτή της ... συνάδει, τόσο με την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, όσο και με την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης που οφείλει να ακολουθεί μια αναθέτουσα αρχή, κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, προκειμένου να μην καθίσταται δέσμια εξαρτήσεων από τρίτους που κατέχουν τον πηγαίο κώδικα. Ειδικότερα, η συγκεκριμένη επιλογή του αναθέτοντος φορέα διασφαλίζει αφενός μεν, ότι σε περίπτωση ανάγκης οποιασδήποτε λογισμικής αναβάθμισης θα μπορεί να απευθυνθεί και πάλι στην αγορά με την προκήρυξη δημόσιου διαγωνισμού, χωρίς να εξαρτάται από έναν και μοναδικό οικονομικό φορέα που κατέχει τον κώδικα, αφετέρου δε, ότι θα μπορεί να διασφαλίσει ελάχιστο κόστος σε συνθήκες αγοράς. Εξάλλου οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα οδηγούσαν στο άτοπο να διενεργείται για παράδειγμα, ένας διαγωνισμός ανάθεσης δημόσιας μελέτης και ο μελετητής να αμφισβητεί την παράδοση της συνταχθείσας μελέτης προς την αναθέτουσα αρχή που προκήρυξε τον διαγωνισμό, με το σκεπτικό ότι πρόκειται για προϊόν πνευματικής ιδιοκτησίας του. Εν όψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, κατά τους οποίους: *«Το αντικείμενο όμως της παρούσας Διακήρυξης πέραν των συγκεκριμένων ειδικών προσαρμογών που ζητούνται για την ..., αποτελεί*

Αριθμός απόφασης: 167/2023

εμπορικό προϊόν για την εταιρεία μας, η οποία δραστηριοποιείται σε ηλεκτρονικά συστήματα υποβολής εκδηλώσεων ενδιαφέροντος, ηλεκτρονικών διαγωνισμών και ηλεκτρονικών δημοπρασιών...», θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι. Και τούτο, διότι λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στον διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Επιπλέον, έχει κριθεί ότι δεν αποκλείεται τυχόν περιορισμός του κύκλου των συμμετεχόντων, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν με αυτές τις προδιαγραφές εξυπηρετούνται αποτελεσματικά οι ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και την εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό, θεσπίζοντας, κατά το δοκούν, επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, οι επίμαχες απαιτήσεις τέθηκαν νομίμως για την κάλυψη των αναγκών της ..., με συνέπεια, ο προσφεύγων να μην δύναται να τις αμφισβητήσει, με βάση τις δικές του εκτιμήσεις και τα δικά του επιχειρηματικά συμφέροντα. Συναφώς, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 167/2023

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού επτακοσίων ευρώ (700,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10^η Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Ιανουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ