

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1759/09.12.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Τ...ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «D... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «D... Α.Ε.» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη, επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. .../2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη»).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 912,30 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και

την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. .../06.09.2022 Διακήρυξης Ανοικτού Ηλεκτρονικού Δημόσιου Διαγωνισμού για την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Συστημάτων Έξυπνης Πόλης της Πράξης “ΑΝΟΙΚΤΟ ΚΕΝΤΡΟ ΕΜΠΟΡΙΟΥ ΔΗΜΟΥ ...”» συνολικού προϋπολογισμού 226.245,52€ με ΦΠΑ, ως δε κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, σύμφωνα με το άρ. 2.3.1 αυτής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 06.09.2022, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 28.11.2022, η δε προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 08.12.2022 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθότι η προσφορά της έγινε δεκτή, έλαβε δε βαθμολογία 103,75, δυνάμει της προσβαλλομένης. Βάλλει κατά της προσβαλλομένης κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά το μέρος της βαθμολόγησής της, καθώς και κατά το μέρος βαθμολόγησης της ίδιας της προσφεύγουσας.

5. Επειδή στις 13.12.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία»

του ΕΣΗΔΗΣ προς την παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 2446/2022 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, η οποία εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 111/2023 Πράξη του.

7. Επειδή στις 16.12.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α1007/2022 απόφαση τη ΕΑΔΗΣΥ με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και διατάχθηκε η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή στις 21.12.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή στις 23.12.2022 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς παρέμβαση, καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της και κατά της αποδοθείσας σε αυτήν βαθμολογίας.

10. Επειδή στις 27.12.2022 η προσφεύγουσα κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η πέμπτη ημέρα, σύμφωνα με την οριζόμενη στο άρ. 365, παρ. 1 τελ. εδάφιο του Ν. 4412/2016 συνέπιπτε με ημέρα εξαιρετέα (26.12.2022- δεύτερη ημέρα Χριστουγέννων).

11. Επειδή με την προσβαλλομένη με Θέμα 1ο έκτακτο *«Έγκριση πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας & Αξιολόγησης του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστημάτων έξυπνης πόλης της πράξης «Ανοικτό Κέντρο Εμπορίου Δήμου ...»»* αποφασίστηκε η έγκριση του από 30.09.2022 Πρακτικού αποσφράγισης-αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς του επίμαχου διαγωνισμού και η αποδοχή των προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, τις οποίες βαθμολογεί με 103,75 και 113,5, αντίστοιχα.

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ. Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της

18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

13. Επειδή, ο τρόπος σύνταξης των προσφορών στο πλαίσιο των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης, αφετέρου της ανάγκης ευχερούς σύγκρισης των προσφορών μεταξύ τους, καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού 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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 2.3.1 της Διακήρυξης «...*ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ... Κριτήριο 3ο (Κ3):*

Αποτελεσματικότητα του οργανωτικού σχήματος της Ομάδας Έργου Αξιολογείται ο βαθμός εμπλοκής των μελών της προτεινόμενης Ομάδας Έργου, δηλαδή η επάρκεια της κατανομής του χρόνου απασχόλησης στα διαφορετικά αντικείμενα, τις φάσεις και τις δραστηριότητες του έργου, καθώς και ο βαθμός κάλυψης των απαιτήσεων του συγκεκριμένου έργου, που προκύπτει από την παραπάνω κατανομή. Σημειώνεται ότι ΔΕΝ αξιολογούνται τα προσόντα και η εμπειρία της προτεινόμενης Ομάδας Έργου. ...», στο άρ. 2.4.3.2 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 13 της Κ.Υ.Α. ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες: (α) έναν ηλεκτρονικό (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται το σύνολο των κατά περίπτωση απαιτούμενων δικαιολογητικών και η τεχνική προσφορά, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) έναν ηλεκτρονικό (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και το σύνολο των κατά περίπτωση απαιτούμενων δικαιολογητικών. ...» και σύμφωνα με το άρ. 2.4.3.2 «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το Παράρτημα Ι της 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 Οικονομικοί Φορείς υποχρεούνται να επισυνάψουν ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα πρόσθετα, σε σχέση με τις αναφορές (εκτυπώσεις) της παραγράφου 2.4.2.4, σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία ήτοι: ... Ότι άλλο κρίνουν οι υποψήφιοι ότι θα εισφέρει στην αξιολόγηση των τεχνικών Προσφορών τους, σύμφωνα με τα κριτήρια της παρούσας και, σε καμία περίπτωση, δεν θα γίνεται αναφορά σε οικονομικά μεγέθη. ... ». Στο άρ. 2.4.6 προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους 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)... ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης...». Στο Παράρτημα Ι, ήτοι στην υπ' αρ. .../2022 Μελέτη, αναφέρεται στο σημ. 3 (ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ) Α (ΣΥΣΤΗΜΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΑΣΥΡΜΑΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΣΤΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟ) για τον Ελεγκτή Ασύρματου Δικτύου (Access Point Controller) (σελ. 7/40) ότι «...Ο Ανάδοχος οφείλει να προμηθεύσει τις κατάλληλες άδειες (licenses) ώστε να είναι δυνατή η διαχείριση όλων των Access Points που αντιστοιχούν σε αυτόν. Οι άδειες αυτές θα πρέπει να είναι μόνιμες (perpetual), δηλαδή να μην αναιρείται η δυνατότητα πλήρους διαχείρισης των Access Points μετά την παρέλευση οποιουδήποτε χρονικού διαστήματος.». Στο σημ. ΣΤ «ΛΟΙΠΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ» στο πεδίο «Πιλοτική Λειτουργία», ορίζεται ότι «Μετά την ολοκλήρωση της υλοποίησης του συστήματος, ο Ανάδοχος θα πρέπει να θέσει το σύστημα σε Πιλοτική Λειτουργία κάτω από πραγματικές συνθήκες για χρονικό διάστημα τεσσάρων(4) μηνών, έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η απαιτούμενη διαθεσιμότητα.».

15. Επειδή με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, ενώ στους Πίνακες Συμμόρφωσης (σελίδα 28 της Μελέτης) σχετικά με το Σύστημα Διαχείρισης Δικτύου (ΣΔΔ) αναφέρεται ότι «Το προσφερόμενο λογισμικό/υλικό θα πρέπει να συνοδεύεται από τις απαραίτητες άδειες λειτουργίας για την κάλυψη του συνόλου των προσφερόμενων συσκευών, καθώς και όλες τις άδειες για την υποστήριξη των λειτουργιών που περιγράφονται στον παρόντα πίνακα. Οι άδειες πρέπει να είναι διαρκείς (perpetual)», από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, που προσφέρει το λογισμικό ... της εταιρίας ..., προκύπτει ότι αυτό απαιτεί ετήσιες, τριετείς ή πενταετείς συνδρομητικές ανανεώσεις για τις άδειες χρήσης, όπως φαίνεται στο website της εταιρίας ... Υποστηρίζει δε ότι αυτό επιβεβαιώνεται και από το τεχνικό φυλλάδιο της εταιρείας ..., στην σελ. 3 του οποίου προβλέπονται οι περίοδοι ανανέωσης των αδειών.

Αντίθετα, υποστηρίζει ότι η ίδια η προσφεύγουσα έχει προσφέρει το λογισμικό ... (μοντέλο ...) της εταιρείας ..., το οποίο δεν απαιτεί την ανανέωση συνδρομής, με αποτέλεσμα οι άδειες να είναι μόνιμες. Συνεπώς, ισχυρίζεται ότι οι προσφερόμενες από την παρεμβαίνουσα άδειες για το προσφερόμενο λογισμικό .. δεν είναι μόνιμες, καθώς λήγουν μετά την παρέλευση του αντίστοιχου χρονικού διαστήματος (ενός, τριών ή πέντε ετών) και άρα δεν πληροί τις ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές και θα έπρεπε να είχε απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι στην περιγραφή του Συστήματος Παροχής Ασύρματης Πρόσβασης στο Διαδίκτυο της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας αναφέρεται ως διακριτικός τίτλος του προσφερόμενου λειτουργικού συστήματος το «...» και πως στους Πίνακες Συμμόρφωσης εξειδικεύεται η περιγραφή και στη σελ.519 πράγματι αναφέρεται το λειτουργικό σύστημα ως «...», όμως στην παραπομπή της τεκμηρίωσης, ήτοι στο Τεχνικό Φυλλάδιο με αρ. 5 (ΤΦ5_access points) προκύπτει ότι προσφέρει το λειτουργικό με την ονομασία «...», καθώς έχει φωτοσκιάσει την επιλογή του στο επίσημο datasheet της εταιρίας, επιπλέον, αναφέρει ότι στους Πίνακες Συμμόρφωσης δεσμεύεται ρητά ότι το προσφερόμενο λειτουργικό σύστημα θα έχει μόνιμες (perpetual) άδειες. Η παρεμβαίνουσα παραθέτει τον υποβληθέντα στη σελ. 519 της Τεχνικής μας Προσφοράς και στους Πίνακες Συμμόρφωσης 7.1.2 Συσκευές Ασύρματης Πρόσβασης (Access Points) πίνακα, από τον οποίο προκύπτει ότι προσφέρει μόνιμες άδειες. Επιπλέον, αναφέρει ότι στον Πίνακα Συμμόρφωσης παραπέμπει στο ΤΦ5, σελ. 1, όπου έχει σημειώσει με διαφορετικό χρώμα την προσφερόμενη άδεια ήτοι σημειώνει την σχετική περιοχή του Φυλλαδίου, η οποία και απαντά στο κατά πόσον οι προσφερόμενες άδειες χρήσης είναι στο διηνεκές (perpetual), ήτοι μόνιμες και η οποία περιοχή αναφέρεται στο λογισμικό «...». Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι στον σύνδεσμο στην ιστοσελίδα του κατασκευαστή (...) που αναφέρει η προσφεύγουσα στην αιτιολογία της, αναφέρεται συγκεκριμένα το παρακάτω «... License-free management that delivers a disruptive Total Cost of Ownership (TCO) for organizations of all sizes.» , η δε έκδοση ... του λογισμικού ..., διατίθεται ελεύθερα και χωρίς χρέωση για την διαχείριση των

ασύρματων σημείων πρόσβασης της εταιρίας cambium και πως στο ΤΦ.5 που έχει υποβάλει ως υλικό τεκμηρίωσης, στη σελ. 1 αυτού, έχει υπογραμμιστεί η έκδοση και πως συμπεριλαμβάνει την έκδοση η οποία είναι και ελεύθερα διαθέσιμη από την ιστοσελίδα του Κατασκευαστή της, για όλους τους χρήστες των προϊόντων της. Ακολούθως, ισχυρίζεται ότι στον Πίνακα Συμμόρφωσης του Ελεγκτή Ασύρματου Δικτύου (Access Point Controller), υπάρχει επίσης η παρακάτω απαίτηση: «Υποστήριξη κατάλληλης «διεπαφής» (API) έτσι ώστε να είναι δυνατή η σύνδεση του με άλλα εργαλεία τρίτων κατασκευαστών αλλά και με εργαλεία που θα αναπτύξει ή θα λειτουργήσει η Αναθέτουσα Αρχή.» και πως, για την ικανοποίηση της συγκεκριμένης απαίτησης, για την δυνατότητα δηλαδή διαλειτουργικότητας μέσω διεπαφής API με εργαλεία τρίτων κατασκευαστών, έχει συμπεριλάβει στην προσφορά της επιπλέον της έκδοσης ... και την έκδοση ... Χ. Επιπλέον, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι, ακόμα και στην περίπτωση όπου η αναθέτουσα αρχή είχε αμφιβολίες για το προσφερόμενο λογισμικό, θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις επί των όσων περιγράφει στην προσφορά της, με βάση το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, καθότι αποτελεί ζήτημα διευκρινιστικής φύσεως και όχι λόγο απόρριψης της προσφοράς της. Με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή, ενώ παραδέχεται ότι στην Τεχνική Προσφορά και στον Πίνακα Συμμόρφωσης που έχει υποβάλλει η παρεμβαίνουσα, η ίδια έχει δηλώσει ότι προσφέρει το λειτουργικό σύστημα «...Χ», το οποίο απαιτεί συνδρομή για τις άδειες λειτουργίες κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών, εντούτοις ισχυρίζεται ότι βάσισε την αποδοχή της προσφοράς στην φωτοσκίαση που είχε το τεχνικό φυλλάδιο της κατασκευάστριας, δηλαδή αγνόησε τις ρητές δηλώσεις της παρεμβαίνουσας και αρκέστηκε σε φωτοσκιάσεις, σφάλλοντας, καθώς στο τεχνικό φυλλάδιο ΤΦ5_access points που υπεβλήθη ως συνημμένο της τεχνικής της προσφοράς, η παρεμβαίνουσα έχει φωτοσκιάσει στις σελίδες 2 και 3 τεχνικά χαρακτηριστικά τόσο του «...» όσο και του «...Χ» (που φαίνεται είτε με κίτρινο χρώμα είτε με «Χ» δίπλα σε κάποιο χαρακτηριστικό). Συνεπώς, ισχυρίζεται ότι τόσο από τις ρητές δηλώσεις στον Πίνακα Συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας (σελίδες

519 και 522) όσο και από τις φωτοσκιάσεις στο συνημμένο τεχνικό φυλλάδιο ΤΦ5, είναι σαφές ότι έχει προσφέρει το λειτουργικό σύστημα «...Χ» το οποίο δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές και πως το γεγονός ότι έχει δηλώσει ότι θα παρέχει μόνιμες άδειες ουδεμία επίδραση έχει, δεδομένου ότι προκύπτει το αντίθετο από το σύνολο της προσφοράς της.

16. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, κατά τις παρατιθέμενες στη σκ. 14 της παρούσας διατάξεις της Διακήρυξης και του Παραρτήματος Ι αυτής, προβλέπεται ότι επί ποινή αποκλεισμού απαιτείται για τον προσφερόμενο Ελεγκτή Ασύρματου Δικτύου (Access Point Controller) ο διαγωνιζόμενος να προμηθεύσει μόνιμες (perpetual) άδειες, δηλαδή να μην αναιρείται η δυνατότητα πλήρους διαχείρισης των Access Points μετά την παρέλευση οποιουδήποτε χρονικού διαστήματος. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα στην υποβληθείσα προσφορά της έχει προσκομίσει, μεταξύ άλλων, το έγγραφο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», όπου, στον πίνακα για τον Ελεγκτή Ασύρματου Δικτύου στη στήλη «ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ» *«Να αναφερθεί το μοντέλο και ο κατασκευαστής»* αναγράφει στις στήλες «ΑΠΑΙΤΗΣΗ», «ΑΠΑΝΤΗΣΗ», «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ» *«ΝΑΙ Χ Βλ. ΤΦ5_access points»*, αντίστοιχα (σελ. 519/733). Στη δε επίμαχη προδιαγραφή *«Ο Ανάδοχος οφείλει να παρέχει κάθε είδους άδειας χρήσης που είναι απαραίτητο για την σωστή λειτουργία του Controller, τη διαχείριση όλων των Access Point και την υποστήριξη των λειτουργιών που προδιαγράφονται στο έργο. Οι άδειες χρήσης θα πρέπει να είναι μόνιμες.»*, η παρεμβαίνουσα στις τρεις ως άνω στήλες αναγράφει *«ΝΑΙ ΝΑΙ Μόνιμες Βλ. ΤΦ5_access points σελ. 1»* (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 519/733). Στο δε τεχνικό φυλλάδιο που παραπέμπει, στη σελ. 1 αυτού, η παρεμβαίνουσα έχει χρωματίσει το λειτουργικό σύστημα «... Essentials» και όχι το «... Χ», που, κατά τα ανωτέρω, έχει δηλώσει ως προσφερόμενο λειτουργικό σύστημα (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΦ5_access points.pdf», σελ. 1/4, εντός του φακέλου «Σύστημα Ασύρματης Πρόσβασης στο Διαδίκτυο» που βρίσκεται στο φάκελο «ΤΕΧΝΙΚΑ ΦΥΛΛΑΔΙΑ»). Όπως προκύπτει από το τεχνικό φυλλάδιο της εταιρίας Cambium Networks, που η προσφεύγουσα προσκόμισε με την

προδικαστική προσφυγή της, το δηλωθέν από την παρεμβαίνουσα «... Χ» προκύπτει ότι διαθέτει άδειες που δεν είναι μόνιμες, καθώς λήγουν μετά την παρέλευση του αντίστοιχου χρονικού διαστήματος. Τούτο δεν αμφισβητείται από την παρεμβαίνουσα. Αβάσιμα δε, τόσο η παρεμβαίνουσα, όσο και η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζουν ότι από την πρώτη δηλώθηκε το λειτουργικό σύστημα «...» και πως, επιπλέον της έκδοσης αυτής, συμπεριέλαβε το λειτουργικό σύστημα «... Χ». Τούτο διότι σαφώς και ρητώς έχει δηλώσει στην προσφορά της, και ειδικότερα στον Πίνακα Συμμόρφωσης, ότι το λειτουργικό σύστημα που θα χρησιμοποιήσει είναι το «... Χ», ουδόλως δε η απλή επισήμανση με χρωματισμό στο οικείο τεχνικό φυλλάδιο δύναται να ανατρέψει την ως άνω δήλωση, άλλως να τροποποιήσει αυτήν. Επιπλέον, η μόνη αναφορά στον Πίνακα Συμμόρφωσης ότι οι άδειες χρήσης του προσφερόμενου, ως άνω, λειτουργικού συστήματος, είναι μόνιμες, ουδόλως επαρκεί, καθώς, κατά ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης (άρ. 2.4.3.2), θα πρέπει να περιγράφονται πώς οι συγκεκριμένες προδιαγραφές πληρούνται, με την προσκόμιση των σχετικών εγγράφων και δικαιολογητικών. Συναφώς, σε κανένα σημείο της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν αναφέρεται το «...» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...»), ει μη μόνον το δηλωθέν, κατά τα ανωτέρω, «... Χ». Από τα ως άνω προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα έχει δηλώσει το λειτουργικό σύστημα «... Χ» που δεν πληροί τη ρητή προδιαγραφή περί μόνιμων (perpetual) αδειών, με αποτέλεσμα η προσφορά της να καθίσταται απορριπτέα κατ' άρ. 2.4.3.2 και 2.4.6 περ. α και ι της Διακήρυξης. Εξ ετέρου, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί ότι πρόκειται για ασάφεια της προσφοράς, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα, η οποία, ενώ στον Πίνακα Συμμόρφωσης δηλώνει το λειτουργικό σύστημα «... Χ», εντούτοις στο τεχνικό φυλλάδιο χρωματίζει το «... Essentials», το οποίο το πρώτον με την παρέμβασή της δηλώνει ότι συμπεριλαμβάνει επιπλέον στο δηλωθέν λειτουργικό σύστημα. Τούτο διότι, και υπό αυτή την προϋπόθεση, η προσφορά της καθίσταται και πάλι ακυρωτέα, καθώς ουδόλως η συγκεκριμένη ασάφεια θα ηδύνατο όπως διευκρινιστεί, δυνάμει των άρ. 102 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης, καθώς θα οδηγούσε σε μη νόμιμη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της.

Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος, η δε προσφορά της παρεμβαίνουσας καθίσταται απορριπτή.

17. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι ειδικά η περίοδος της Πιλοτικής Λειτουργίας δεν μπορεί να είναι μικρότερη από τέσσερις (4) μήνες και μάλιστα τούτο έχει τεθεί ως τεχνική προδιαγραφή επί ποινή απόρριψης. Εντούτοις, υποστηρίζει ότι η παρεμβαίνουσα προσφέρει ως διάρκεια της Φάσης 4 «Πιλοτική Λειτουργία και Εκπαίδευση» τρεις (3) μήνες, από τον 7ο έως τον 9ο, ήτοι έναν (1) ολόκληρο μήνα λιγότερο από την ελάχιστη απαιτούμενη διάρκεια και συνεπώς θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να είχε απορρίψει την προσφορά της ως απαράδεκτη γιατί δεν πληρούνται οι ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι στη σελ. 491 παρ. 6.4 «Πιλοτική λειτουργία» του τεύχους της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας αναγράφεται αριθμητικώς και ολογράφως ότι η διάρκεια πιλοτικής λειτουργίας που προσφέρει είναι 4 μήνες, ότι στο ίδιο τεύχος, σελ. 279 παρ. 4.1.2 «Πίνακας Παραδοτέων» αναφέρεται ότι ο μήνας παράδοσης της πιλοτικής λειτουργίας είναι ο 10ος από την υπογραφή της σύμβασης και πως σε άλλο σημείο της Τεχνικής Προσφοράς της ίδιας εταιρίας, σελ. 277 παρ. 4.1.1 «Φάσεις Έργου» παρουσιάζεται η διάρκεια της πιλοτικής λειτουργίας ως 3 μήνες. Ακολουθως, υποστηρίζει ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε πως οι Πίνακες Συμμόρφωσης είναι το σημείο που τεκμηριώνονται τέτοιου είδους ασάφειες. Επί του λόγου αυτού η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι από τη μελέτη και την διακήρυξη δεν προκύπτει ότι η διάρκεια της Πιλοτικής Λειτουργίας θα πρέπει να είναι κατ' ελάχιστο διάρκειας 4 μηνών και πως δεν υπάρχει αναφορά για επί ποινή αποκλεισμού όρο. Εν συνεχεία, παραθέτει απόσπασμα της τεχνικής της προσφοράς, παρ. 6.4, υποστηρίζοντας ότι υπερκαλύπτει τις ελάχιστες ζητούμενες υπηρεσίες στο σύνολό τους. Με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή παραπέμπει για την τεκμηρίωση της 4μηνιας διάρκειας της προσφερόμενης Πιλοτικής Λειτουργίας στις ενότητες της τεχνικής προσφοράς της D... που παρουσιάζουν απλά τα

παραδοτέα (4.1.2 "Πίνακας Παραδοτέων") ή δίνουν γενικές πληροφορίες σχετικά με τις υπηρεσίες πιλοτικής λειτουργίας χωρίς να ορίζεται σαφής χρόνος έναρξης και λήξης της διάρκειας της Φάσης 4 (6.4 "Υπηρεσίες Πιλοτικής Λειτουργίας"), ωστόσο, τα πιο βασικά σημεία της προσφοράς της παρεμβαίνουσας όπου αναφέρονται αναλυτικά οι φάσεις υλοποίησης του έργου είναι η ενότητα 4.1.1 "Φάσεις Έργου", όπου στην υποενότητα 4.1.1.4 "Φάση 4: Πιλοτική Λειτουργία και Εκπαίδευση" αναφέρεται ρητά διάρκεια τριών (3) μηνών με συγκεκριμένο χρόνο αρχής (7ος μήνας) και χρόνο λήξης (9ος μήνας) για την πιλοτική λειτουργία, καθώς και η ενότητα 4.1.3 "Χρονοδιάγραμμα Έργου" όπου φαίνεται ότι η προτεινόμενη πιλοτική λειτουργία είναι ίση με τρεις (3) μήνες και η συνολική προτεινόμενη από την παρεμβαίνουσα διάρκεια του έργου ίση με εννέα (9) μήνες και πως, επομένως, δεν μπορεί η αναθέτουσα αρχή βασίμως να υποστηρίξει ότι η παρεμβαίνουσα έχει προσφέρει πιλοτική λειτουργία διάρκειας τεσσάρων (4) μηνών. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι αβάσιμα η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι ο μειωμένος χρόνος παράδοσης κατά (1) μήνα οφείλεται στη μείωση του χρόνου παράδοσης υλικών, καθώς από την προσφορά της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι η εν λόγω προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού θα ολοκληρωθούν τον 7ο μήνα υλοποίησης, οπότε και άρχεται η περίοδος της πιλοτικής λειτουργίας.

18. Επειδή, όπως ορίζεται στις διατάξεις της Διακήρυξης που εκτέθηκαν στη σκ. 14 της παρούσας, η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα Ι, την υπ' αρ. .../2022 Μελέτη, προβλέπεται ότι ο Ανάδοχος, μετά την ολοκλήρωση υλοποίησης του συστήματος, θα πρέπει να θέσει το σύστημα σε Πιλοτική Λειτουργία κάτω από πραγματικές συνθήκες για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών. Δοθέντος ότι δεν προκύπτει το αντίθετο, ο ως άνω όρος είναι ουσιώδης, εντάσσεται δε στο Παράρτημα Ι, όπου περιγράφεται το σύνολο των απαιτήσεων και προδιαγραφών των προσφερόμενων ειδών. Η δε ως άνω απαίτηση περιλαμβάνεται ρητώς στον

Πίνακα Συμμόρφωσης του εν λόγω Παραρτήματος Ι, όπου, στον επιμέρους πίνακα «ΣΤ. ΛΟΙΠΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ» αναφέρεται ως προδιαγραφή, για την οποία πρέπει οι προσφέροντες να απαντήσουν *«Πλήρης συμμόρφωση με τις απαιτήσεις για παροχή υπηρεσιών πιλοτικής λειτουργίας βάσει της παραγράφου «Πιλοτική Λειτουργία» της παρούσας μελέτης»* (σελ. 40/40 Μελέτης). Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα στον υποβληθέντα με την προσφορά της Πίνακα Συμμόρφωσης (ενότητα 7.6 ΣΤ. Λοιπές Απαιτήσεις και Προδιαγραφές Υλοποίησης), αναφέρει για την οικεία προδιαγραφή *«Πλήρης συμμόρφωση με τις απαιτήσεις για παροχή υπηρεσιών πιλοτικής λειτουργίας βάσει της παραγράφου «Πιλοτική Λειτουργία» της παρούσας μελέτης»* στα πεδία «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» και «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» «ΝΑΙ», στη δε στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ» αναφέρει «Βλ. Κεφάλαιο 6.4» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 569/733). Στην εν λόγω ενότητα 6.4 «Υπηρεσίες πιλοτικής λειτουργίας» αναφέρεται ότι *«Μετά την ολοκλήρωση της υλοποίησης του συστήματος, η εταιρεία θα θέσει το σύστημα σε Πιλοτική Λειτουργία κάτω από πραγματικές συνθήκες για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών, έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η απαιτούμενη διαθεσιμότητα.»* (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 491/733). Εντούτοις, στην ενότητα 4.1.1.4 «Φάση 4: Πιλοτική Λειτουργία και Εκπαίδευση», στον εκεί παρατιθέμενο πίνακα αναγράφεται *«Μήνας Έναρξης 7ος Μήνας Λήξης 9ος»* «Στόχοι Στην Φάση 4 θα πραγματοποιηθεί η αρχικοποίηση και πιλοτική λειτουργία του ολοκληρωμένου συστήματος έξυπνης πόλης, καθώς και η εκπαίδευση των στελεχών ή/και χρηστών που θα προταθούν από την Αναθέτουσα Αρχή.» «Περιγραφή • Θέση σε λειτουργία και πιλοτική λειτουργία συστήματος...» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 278-279/733), το αυτό χρονικό διάστημα αναφέρεται ρητά και στον πίνακα που παρατίθεται στην ενότητα 4.1.1 «Φάσεις Έργου», στον οποίο στην με Α/Α 4 σειρά αναφέρεται για τη Φάση 4 με τίτλο *«Πιλοτική Λειτουργία, και Εκπαίδευση»* ως μήνας έναρξης «7», ως μήνας λήξης «9» και ως διάρκεια φάσης «3Μ» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 277/733). Συνεπώς, από τα ως άνω, ειδικότερα από τα δηλωθέντα στην

υποβληθείσα τεχνική προσφορά της, προκύπτει ότι η προσφερόμενη από αυτήν πιλοτική λειτουργία ανέρχεται σε τρεις μήνες, ήτοι από τον 7ο έως και τον 9ο μήνα, ήτοι κατά παράβαση της απαίτησης του Παραρτήματος Ι (Μελέτη 17/2022), όπου ρητά ορίζεται ότι «...ο Ανάδοχος θα πρέπει να θέσει το σύστημα σε Πιλοτική Λειτουργία κάτω από πραγματικές συνθήκες για χρονικό διάστημα τεσσάρων(4) μηνών...». Ο δε ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι «οι Πίνακες Συμμόρφωσης είναι το σημείο που τεκμηριώνονται τέτοιου είδους ασάφειες» απορρίπτεται ως αβάσιμος, δοθέντος ότι η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, που διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει και την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010). Ρητά δε στο άρ. 2.4.3.2 αυτής ορίζεται ότι στην τεχνική προσφορά περιγράφονται ακριβώς πώς οι απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι πληρούνται, ουδόλως δε αρκείται η απλή αναφορά στους Πίνακες Συμμόρφωσης περί της οικείας πλήρωσης. Από τα ως άνω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, όπως απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατ' άρ. 2.4.6, 2.4.3.2 περ. α και ι της Διακήρυξης. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

19. Επειδή με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, υποστηρίζει ότι από τους όρους της Διακήρυξης που παραθέτει, σε συνάφεια με τις ισχύουσες διατάξεις του νόμου και των εκτελεστικών αυτού αποφάσεων, συνάγεται ότι η οικονομική προσφορά υποβάλλεται σε ξεχωριστό φάκελο από το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς, υποβάλλεται, δε, μόνον ηλεκτρονικά και δεν περιλαμβάνεται εκτυπωμένη στα έγγραφα και δικαιολογητικά που υποβάλλονται και σε έντυπη μορφή εντός τριών ημερών από την υποβολή του ηλεκτρονικού (υπο)φακέλου με τα δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς. Εν προκειμένω, υποστηρίζει ότι στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας γίνονται αναφορές σε δωρεάν παροχή υπηρεσιών, ειδικότερα, στις σελ. 87, 164 και 457, υποστηρίζει δε ότι, παρόλο που η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να είχε απορρίψει την προσφορά της, βαθμολόγησε αυτήν για τις δύο εκ των τριών αναφερόμενων περιπτώσεων, την έχει βαθμολογήσει με επιπλέον βαθμούς

για το Κριτήριο Κ3, ακριβώς λόγω της στελέχωσης της Ομάδας Έργου «με περισσότερα άτομα από τα προβλεπόμενα στο οργανωτικό σχήμα». Συνεπώς, υποστηρίζει ότι η προσφορά της καθίσταται απορριπτέα και για τον λόγο αυτό. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι οι ως άνω υπηρεσίες είναι συνοδευτικές του έργου της διακήρυξης, δεν αποτελούν αντικείμενο του έργου, δεν έχουν προκηρυχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και ως εκ τούτου δεν ζητούνται από κανένα σημείο της διακήρυξης και προσφέρονται από αυτήν για λόγους ενίσχυσης της αποτελεσματικότητας της ορθής ολοκλήρωσης του έργου και πως σε κανένα σημείο του Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς όπως ζητείται από το σχετικό κεφάλαιο της Μελέτης, δεν περιλαμβάνει την εν λόγω απαίτηση. Ακόμη, υποστηρίζει ότι οι εν λόγω υπηρεσίες ουδεμία βαθμολόγηση λαμβάνουν από την Επιτροπή Αξιολόγησης στο Κριτήριο Κ1 και άρα δεν επηρεάζουν την τελική βαθμολογία. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι η χρήση της φράσης «δωρεάν» στη σελ. 457 της προσφοράς της δεν αναφέρεται σε υπηρεσίες που περιγράφονται στην οικονομική προσφορά της, δεν αφορούν στο αντικείμενο του έργου ως παραδοτέο, δεν αναφέρουν κάτι σε σχέση με την οικονομική της προσφορά και δεν μπορεί να αποτελεί σημείο απόρριψης χωρίς αιτιολόγηση για το ποιο ακριβώς είναι το αντικείμενο που αποκαλύφθηκε. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα κακώς βαθμολογήθηκε με επιπλέον βαθμούς για το Κριτήριο Κ3 είναι αβάσιμη και δεν στηρίζεται με τα όσα αναφέρει στην τεχνική της προσφορά. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού ουδέποτε προέβη σε αξιολόγηση των σημείων που αναφέρονται ως δωρεάν παροχή υπηρεσιών, καθώς εκτίμησε ότι περιλαμβάνονται στις συμβατικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις του αναδόχου και πως αποτελούν περιττή αναφορά στο τεύχος της Τεχνικής Προσφοράς. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι οι επιπρόσθετες λειτουργίες και παροχές αποτελούν υποχρεώσεις του υποψηφίου αναδόχου που εμπίπτουν στις υπηρεσίες που δεσμεύεται ότι θα προσφέρει με την εγγύηση καλής λειτουργίας των 2 ετών και ως εκ τούτου εξυπακούεται ότι θα είναι χωρίς οικονομικό αντίκρισμα. Ως εκ τούτου, ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή αξιολόγησε μόνο το οργανωτικό σχήμα ως προς την ποιότητα, τη

διαθεσιμότητα, το ανθρώπινο δυναμικό και την αποτελεσματικότητα και όχι ως προς τις αναφερόμενες υπηρεσίες που σε κάθε περίπτωση παρέχονται δωρεάν από τον ανάδοχο. Η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της ισχυρίζεται ότι οι υπηρεσίες που προσφέρονται δωρεάν από την παρεμβαίνουσα προσφέρονται ως υπερκάλυψη των ελάχιστων απαιτήσεων, επομένως αβάσιμα ισχυρίζεται ότι οποιοσδήποτε ανάδοχος θα τις προσέφερε και μάλιστα δωρεάν, το ότι δε πράγματι ελήφθησαν υπόψη κατά την αξιολόγηση προκύπτει από την προσβαλλομένη, η παρεμβαίνουσα προσφέρει επιπλέον και με σκοπό την υπερκάλυψη των ελάχιστων απαιτήσεων την καταχώριση λαθών εφαρμογών από τους χειριστές της (που αποτελεί υπηρεσία υπεράνω της παροχής τεχνικής υποστήριξης), κριτήριο που δεν αποτελεί ελάχιστη απαίτηση της διακήρυξης και επιπλέον έχει ληφθεί υπ' όψη από την Επιτροπή στη βαθμολόγηση του κριτηρίου Κ4. Ακόμη, αναφέρει ότι στην ενότητα 3.8.5 αναφέρεται πληθώρα υπηρεσιών και συστημάτων που προσφέρονται ρητά «ΔΩΡΕΑΝ» από την παρεμβαίνουσα χωρίς να απαιτούνται από τη Μελέτη της Διακήρυξης με σκοπό την «ΥΠΕΡΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ».

20. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, στις διατάξεις της Διακήρυξης που παρατίθενται στη σκ. 14 της παρούσας, ρητά ορίζεται ότι στην τεχνική προσφορά σε καμία περίπτωση δεν θα γίνεται αναφορά σε οικονομικά μεγέθη, ει μη μόνον οι υποψήφιοι υποβάλλουν ό,τι άλλο κρίνουν ότι θα εισφέρει στην αξιολόγησή τους. Ως έχει κριθεί (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 44/2005 797/2004, 606/2004, 51/2002 και ΣΤΕ 1452/2000), οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να τοποθετούν τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς τους μέσα στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς, μη επιτρεπομένης, επί ποινή αποκλεισμού, της παράθεσης τέτοιων στοιχείων, καθ' οιονδήποτε τρόπο, σε οποιοδήποτε τμήμα της προσφοράς που ανοίγεται πριν από τον φάκελο της οικονομικής προσφοράς. Ως οικονομικά δε στοιχεία, η πρόωρη αποκάλυψη των οποίων απαγορεύεται με ποινή αποκλεισμού, νοούνται εκείνα τα οποία λαμβάνονται υπ' όψη, σύμφωνα με τη διακήρυξη, για την διαμόρφωση του συγκριτικού κόστους της προσφοράς ή σχετίζονται άμεσα με την διαμόρφωση αυτή, αφού αυτά τα στοιχεία και μόνο είναι κρίσιμα

για την τελική αξιολόγηση των προσφορών. Τέτοια οικονομικά στοιχεία είναι εκείνα, που, σύμφωνα με τους πίνακες της οικονομικής προσφοράς, βρίσκονται σε αντιστοιχία με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που αποτελούν, κατά τους όρους της Διακήρυξης, το αντικείμενο του διαγωνισμού, και πρέπει να διατηρούνται μυστικά, είτε αφορούν στην προσφορά των εν λόγω προϊόντων ή υπηρεσιών έναντι τιμήματος, είτε δωρεάν. Η αποκάλυψη δε τέτοιων οικονομικών στοιχείων εκ μέρους διαγωνιζομένου πριν από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και κατά το χρόνο που διαρκεί ακόμη το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών επιφέρει τον αποκλεισμό αυτού από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα στοιχεία αυτά πράγματι ανταποκρίνονται, κατά το περιεχόμενό τους, στα περιλαμβανόμενα στον φάκελο της οικονομικής του προσφοράς στοιχεία (πρβλ. Σ.τ.Ε. 2283/2006, 1452/2000, 2478/1997, καθώς και Ε.Α. 326/2008, 599, 1234/2007, 1265/2006 21/2006, 44/2005, ΔΕφΑθηνών 50/2013). Συνακόλουθα, αν διαγωνιζόμενος, εντός του φυσικού φακέλου με τα δικαιολογητικά συμμετοχής – έγγραφα τεχνικής προσφοράς του, συμπεριλάβει και εγγράφως την οικονομική του προσφορά, τότε νομίμως αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο διότι, με την αποκάλυψη της οικονομικής του προσφοράς κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης της τεχνικής του προσφοράς, παραβιάζει τα διακριτά στάδια αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, η τήρηση των οποίων συνιστά ουσιώδη όρο της διαδικασίας, προκειμένου να αποφευχθεί ο επηρεασμός της κρίσης του φορέα που διεξάγει τον διαγωνισμό κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών και της τεχνικής του προσφοράς. Εν προκειμένω, στην ενότητα 2.8.7.1 «Πίνακας Συσχετισμού Κριτηρίων Αξιολόγησης vs Σημείων Υπερκάλυψης Τεχνικής Προσφοράς» που περιλαμβάνεται στην υποβληθείσα από την παρεμβαίνουσα τεχνική προσφορά αναφέρεται για το Κριτήριο Κ4 «Εγγύηση καλής λειτουργίας των αγαθών και υπηρεσιών» αναφέρει ότι *«Στα πλαίσια του υπό προκήρυξη έργου η εταιρεία προσφέρει ως ΥΠΕΡΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ την λειτουργία των προσφερόμενων εφαρμογών για όλο το διάστημα της περιόδου εγγύησης καλής εκτέλεσης από*

εξειδικευμένους χειριστές του κέντρου Datagers ENTEΛΩΣ ΔΩΡΕΑΝ.» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 86/733), το αυτό δε αναφέρει και στην ενότητα 3.8.5 «Υπηρεσίες Λειτουργίας Εφαρμογών Έξυπνης Πόλης [ΥΠΕΡΚΑΛΥΨΗ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ]», όπου παρατίθεται ότι «Στα πλαίσια του υπό προκήρυξη έργου η εταιρεία προσφέρει ως ΥΠΕΡΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ την λειτουργία των προσφερόμενων εφαρμογών για όλο το διάστημα της περιόδου εγγύησης καλής εκτέλεσης από εξειδικευμένους χειριστές του κέντρου Datagers ENTEΛΩΣ ΔΩΡΕΑΝ.» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 164/733). Στην ενότητα 5.3.2 «Σενάρια χρήσης και Ελέγχου - Διαδικασία παραλαβής λειτουργικότητας συστημάτων και Έργου» της τεχνικής προσφοράς της, η παρεμβαίνουσα δηλώνει ότι «Δεδομένου ότι ακόμα και κατά τη φάση παραλαβής των απαιτούμενων εφαρμογών και λογισμικού υπάρχει το ενδεχόμενο να προκύψουν σφάλματα, η εταιρεία θα παρέχει τη δωρεάν διόρθωση για όλο το διάστημα μέχρι την οριστική παραλαβή του Έργου και να επικαιροποιήσει όσα παραδοτέα σχετίζονται με τις διορθώσεις» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΗΜΟΣ ...», σελ. 457/733). Στη δε προσβαλλομένη επί του Κριτηρίου Κ3 αναφέρεται ότι «Οι δυο συμμετέχοντες καλύπτουν αμφότεροι τις προδιαγραφές που προβλέπονται στη διακήρυξη. Η εταιρία D... υπερτερεί στην ομάδα έργου που προτείνει διότι χρησιμοποιεί περισσότερα άτομα από αυτά που προβλέπονται στο οργανωτικό σχήμα σε αντίθεση με την ΤΕΛΕΣΤΩ που βασίζεται σε δάνειο εμπειρίας». Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι ουδόλως, κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης, αποκαλύφθηκε προώρως στοιχείο της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας στο παρόν στάδιο. Τούτο διότι ουδόλως προκύπτει ότι οι δωρεάν παροχές που η παρεμβαίνουσα δήλωσε στην προσφορά της αφορούν σε στοιχεία που καθορίζουν την οικονομική προσφορά της καθώς αφορούν, όπως υποστηρίζει στην παρέμβασή της, συνοδευτικές του έργου της Διακήρυξης υπηρεσίες και δεν αποτελούν αντικείμενο του έργου. Συναφώς, όπως βάσιμα η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει, ουδόλως η προσφεύγουσα προσδιορίζει με την προσφυγή της ποιο αντικείμενο-στοιχείο της οικονομικής προσφοράς αποκαλύφθηκε, με το

υπόμνημά της δε προβαίνει ομοίως σε αόριστη αναφορά, όπου παραθέτει ότι «... στην ενότητα 3.8.5 “Υπηρεσίες Λειτουργίας Εφαρμογών Έξυπνης Πόλης [ΥΠΕΡΚΑΛΥΨΗ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ]” της τεχνικής προσφοράς της D..., αναφέρεται πληθώρα υπηρεσιών και συστημάτων που προσφέρονται ρητά «ΔΩΡΕΑΝ» από τη συνδιαγωνιζόμενη χωρίς να απαιτούνται από τη Μελέτη της Διακήρυξης με σκοπό την «ΥΠΕΡΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ»», χωρίς να προσδιορίζει ειδικά ποιο στοιχείο της οικονομικής προσφοράς αποκαλύφθηκε. Επομένως, ο τρίτος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

21. Επειδή, ενόψει της αποδοχής των πρώτου και δεύτερου λόγων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής που παρέχουν αυτοτελές έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του τέταρτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α., πρβλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, 969/2019 σκ. 49, 1360/2020, σκ. 48).

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί και το παράβολο να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ’ αρ. .../2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης : 207/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16.01.2023 και εκδόθηκε στις 06.02.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ