



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 77/2008

Μεταξύ:

LOGICOM PUBLIC LTD

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
κ. Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
κ. Νίκος Πιττοκοπίτης, Μέλος
κ. Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
κ. Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτούντες:

LOGICOM PUBLIC LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Αδάμο Αδαμίδη, Δικηγόρο
2. κο Κωνσταντίνο Αδαμίδη, Δικηγόρο
3. κο Γιώργο Παγιάση, Δικηγόρο
4. κο Ιωσήφ Κακουλλή, Διευθυντή Πωλήσεων αιτούσας εταιρείας
5. κο Ανδρέα Θεοπέμπτου, Υπεύθυνο Έργων αιτούσας εταιρείας
6. κο John Harris, Business Development Director

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Μαριλένα Θεοκλήτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κα Βίκη Χριστοφόρου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
3. κο Στυλιανό Παναγίδη, Ανώτερο Ηλεκτρολόγο Μηχανικό,
4. κο Κλεόβουλο Κουσουλίδη, Ηλεκτρολόγο Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 31 Μαρτίου, 2009

ΑΠΟΦΑΣΗ

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή η εταιρεία Logicom Public Ltd (ο Αιτητής) προσβάλλει συγκεκριμένους όρους που περιέχονται στα έγγραφα του Διαγωνισμού με αρ. 13.25.20.08.072.Α.ΗΜΥ αναφορικά με την *«Προμήθεια, Εγκατάσταση, Λειτουργική Υποστήριξη και Συντήρηση Συστήματος Φωτοεπισήμανσης για Παραβίαση Κόκκινου Σηματοδότη και Ορίου Ταχύτητας»* που προκήρυξε το Τμήμα Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων (Αναθέτουσα Αρχή).

B. Τα σημαντικά γεγονότα της υπόθεσης αυτής έχουν ως εξής:

1. Ο πιο πάνω διαγωνισμός δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας στις 4/7/2008. Τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών είχε αρχικά οριστεί η 3/10/2008.
2. Ο Διαγωνισμός αφορά ανοικτή δημόσια σύμβαση εκτιμώμενης αξίας €22 εκατομμυρίων. Κριτήριο ανάθεσης είναι η χαμηλότερη τιμή.
3. Ο Αιτητής παρέλαβε τα έγγραφα του διαγωνισμού στις 7/7/2008.
4. Η Αναθέτουσα Αρχή στις 24/09/2008 απέστειλε προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς το *«τροποποιητικό έγγραφο αρ. 2»*, σύμφωνα με το οποίο τροποποίησε μεταξύ άλλων και όρους που προσβάλλονται με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή. Συγκεκριμένα:
 - 1) Το άρθρο 1.3.3 του Παραρτήματος 'B1' του Τόμου Β των εγγράφων του διαγωνισμού διαμορφώθηκε ως ακολούθως:

«1.3.3 (α) Εξοπλισμός, του προτεινόμενου κατασκευαστή, του ίδιου ή παρόμοιου τύπου με τον προσφερόμενο εξοπλισμό, θα πρέπει να έχει εγκατασταθεί, τα τελευταία 3 χρόνια, σε κράτος/κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και

(β) Ο πιο πάνω εξοπλισμός θα πρέπει να συνίσταται από τουλάχιστον δύο (2) διαφορετικά Συστήματα που το κάθε ένα να αποτελείται από:

- 1) Είκοσι (20) Μονάδες Φωτοεπισήμανσης.
- 2) Αντίστοιχο Κέντρο Διαχείρισης.

(γ) Το τέλος της περιόδου των 3 χρόνων της παρ. (α) πιο πάνω, είναι η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.»

2) Στην παράγραφο 5.18 του Τόμου Δ των εγγράφων του διαγωνισμού προστέθηκαν δύο επιπλέον παράγραφοι ως ακολούθως:

«5.18.5 *The contractor shall deliver to the user (Police) the source codes for both software applications i.e. for violation Management and GPS and Vehicle Tracking Management.*

5.18.6 *The Contractor shall deliver all data in a readable form including maps according to ESRI in shape file and map picture in SPEG format or equivalent.»*

5. Ο Αιτητής με επιστολή του στις 2/10/2008 προς την Αναθέτουσα Αρχή εκδήλωσε την πρόθεση του να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (Α.Α.Π).

6. Στις 16/10/2008 ο Αιτητής καταχώρησε την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 77/2008.

7. Την ίδια ημερομηνία ο Αιτητής καταχώρησε και Αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε πράξης ή απόφασης σχετικά με την διαδικασία ανάθεσης καθώς και την υπογραφή της σύμβασης μέχρι την 20/10/2008. Στις 20/10/2008 η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποφάσισε την παράταση της ισχύος του προσωρινού διατάγματος της μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης της.

Γ. Προ-εξεταστικές ενστάσεις

Κατά τη ενώπιον μας διαδικασία η Αναθέτουσα Αρχή ήγειρε τις ακόλουθες προ-εξεταστικές ενστάσεις:

- α. η Ιεραρχική Προσφυγή σύμφωνα με την οποία ο Αιτητής ζητά τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού έχει υποβληθεί εκπρόθεσμα,
- β. οι προσβαλλόμενοι από τον Αιτητή όροι, δεν αφορούν τη δική του οικονομική ή τεχνική ικανότητα, αλλά τρίτο πρόσωπο στο οποίο ο Αιτητής θα στηριχθεί για να υποβάλει προσφορά, και
- γ. η θεραπεία που αιτείται ο Αιτητής δεν εμπίπτει εντός του άρθρου 56(10)(γ) του Νόμου 101(Ι)/2003, καθ' ότι η απαίτηση για παράδοση των πηγαίων κωδικών (source codes) δεν αποτελεί όρο που αναφέρεται στις τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές.

Οι δικηγόροι του Αιτητή απάντησαν ότι με βάση το άρθρο 56 (10)(γ) του Ν. 101/2003 παρέχεται η εξουσία στην ΑΑΠ «να τροποποιήσει [...] οποιοδήποτε όρο, που περιέχεται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με τη διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρεται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές» (βλ. Ιεραρχικές Προσφυγές 35/2005, 50/2005, 40/2008).

Σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς μπορούν να υποβάλλουν εισηγήσεις μέχρι και 15 μέρες πριν την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να απαντά σχετικά και να τροποποιεί τους όρους του Διαγωνισμού, μέχρι και 6 μέρες πριν την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών και τότε οι σχετικές τις απαντήσεις ή τροποποιήσεις θα είναι δεσμευτικές για τους οικονομικούς φορείς.

Η θέση ότι η Ιεραρχική Προσφυγή ασκήθηκε εκπρόθεσμα, είναι λανθασμένη, διότι:

(α) Το δικαίωμα προσβολής όρων διαγωνισμού υπάρχει και διατηρείται ανεξάρτητα από τον χρόνο δημοσίευσης ή κοινοποίησής τους, αφού τα τεθέντα χρονοδιαγράμματα στο άρθρο 56(2) του Νόμου 101(Ι)/2003 σχετίζονται αποκλειστικά με την περίπτωση

κατακύρωσης ενός διαγωνισμού. Το δικαίωμα ενός οικονομικού φορέα για επιδίωξη τροποποιήσεων όρων διαγωνισμού και η αντίστοιχη εξουσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών υπάρχει οποτεδήποτε, χωρίς να περιορίζεται από οποιοδήποτε χρονοδιάγραμμα. (βλ. Απόφαση C-230/2002 του ΔΕΚ). Εξ' άλλου θα βρισκόταν σε ανακολουθία με τους όρους του διαγωνισμού.

(β) Υπάρχει νέα διοικητική πράξη (νέος όρος) αφού η Αναθέτουσα Αρχή ενώ αρχικά ζητούσε όπως ο κατασκευαστής να έχει εγκαταστήσει συστήματα φωτοεπισήμανσης [...] σε κράτος – μέλος της Ε.Ε., με την αναφερόμενη τροποποίηση, ζήτησε όπως ο εξοπλισμός του κατασκευαστή να έχει εγκατασταθεί [...] σε κράτος-μέλος της Ε.Ε. Η Αναθέτουσα επανεξετάζοντας το ζήτημα και κοινοποιώντας τους νέους όρους, εξέδωσε νέα εκτελεστή διοικητική πράξη, διαφορετικού περιεχομένου με την οποία επιβλήθηκαν νέες υποχρεώσεις, μη υφιστάμενες πριν την έκδοσή της. Η προηγούμενη πράξη έχασε την εκτελεστότητά της και συγχωνεύτηκε στη δεύτερη. Οι σχετικές προθεσμίες, όπου ισχύουν, αναβιώνουν. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν περιορίστηκε σε βεβαιωτική πράξη όπως καταφαίνεται από τα ίδια τα γεγονότα. Η νέα πράξη υπόκειται σε αυτοτελή έλεγχο.

(γ) Ο Αιτητής, προτού καταχωρήσει Ιεραρχική Προσφυγή, είχε το δικαίωμα και την υποχρέωση, να υποβάλει εισηγήσεις για τροποποιήσεις και να αναμένει τις τελικές και δεσμευτικές τροποποιήσεις της Αναθέτουσας Αρχής. Η τροποποίηση έγινε στις 24/9/2008, ο Αιτητής εκδήλωσε την πρόθεση του για Ιεραρχική Προσφυγή στις 2/10/2008 και καταχώρησε την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή εμπρόθεσμα στις 16/10/2008.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι προσβαλλόμενοι όροι, δεν αφορούν τη δική του [του Αιτητή] οικονομική ή τεχνική ικανότητα, αλλά τρίτου προσώπου στερείται νοήματος αφού για τους σκοπούς του διαγωνισμού οι ιδιότητες και τα χαρακτηριστικά που αφορούν τον τρίτο συνεξετάζονται με τα χαρακτηριστικά του Αιτητή. Αποτελεί δικαίωμα των οικονομικών φορέων να στηρίζονται σε τρίτους τόσο σε ότι αφορά τις οικονομικές όσο και τις τεχνικές απαιτήσεις του διαγωνισμού.

Η απαίτηση για παράδοση των «source codes», αναφέρεται στο μέρος των Εγγράφων του Διαγωνισμού στο οποίο περιγράφονται οι τεχνικές προδιαγραφές (Τόμος Δ – Τεχνικές Προδιαγραφές) παρόλο που, αποτελεί μέρος των στοιχείων που πρέπει να παραδοθούν/πωληθούν στην Κυπριακή Δημοκρατία.

Η Α.Α.Π. αφού άκουσε και μελέτησε τις προ-εξεταστικές ενστάσεις που έθεσε η Α.Α. και τις απαντήσεις του Αιτητή αποφασίζει τα ακόλουθα:

α. η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή καταχωρήθηκε εμπρόθεσμα καθότι η τροποποίηση των υπό αμφισβήτηση όρων έγινε στις 24.9.2008 (διοικητική πράξη που προσβάλλεται σύμφωνα με το άρθρο 56(1) του Ν.101(Ι)/2003), ο Αιτητής εκδήλωσε την πρόθεση του για προσφυγή στις 2.10.2008 (πρόθεση για προσφυγή σύμφωνα με το άρθρο 56(2) του Ν.101(Ι)/2003), η Α.Α. δεν απάντησε στην επιστολή αυτή (σύμφωνα με το άρθρο 56(3) του Ν.101(Ι)/2003), και η προσφυγή καταχωρήθηκε στις 16.10.2008 (σύμφωνα με το άρθρο 56(4) του Ν.101(Ι)/2003).

β. σύμφωνα με του όρους του διαγωνισμού οι οικονομικοί φορείς που θα υποβάλουν προσφορά έχουν δικαίωμα να στηρίζονται σε τρίτους τόσο σε ότι αφορά τις οικονομικές όσο και τις τεχνικές απαιτήσεις του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου δεν μπορεί να διαχωρίζεται ή να απομονώνεται ο προσφοροδότης από τον τρίτο στον οποίο στηρίζεται ή πιθανόν να στηριχτεί για την υποβολή της προσφοράς του.

γ. η απαίτηση για παράδοση των πηγαίων κωδικών (Source Codes) αναφέρεται στους όρους 5.18.5 και 5.18.6 στο μέρος των εγγράφων του διαγωνισμού στο οποίο περιγράφονται οι τεχνικές προδιαγραφές - Τόμος Δ. Εφόσον το λογισμικό υπό την ευρεία έννοια των όρων σχετίζεται με τη λειτουργία του συστήματος, η Α.Α.Π. έχει κάθε δικαίωμα βάσει του άρθρου 56(10)(γ) του Ν.101(Ι)/2003) να ακυρώσει ή τροποποιήσει, λόγω παραβίασεως οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου, οποιοδήποτε όρο του διαγωνισμού που αναφέρεται μεταξύ άλλων σε τεχνικές προδιαγραφές.

Ως εκ τούτου ομόφωνα αποφασίζουμε ότι όλες οι προ-εξεταστικές ενστάσεις της Α.Α. κρίνονται αβάσιμες και απορρίπτονται. Οπότεν θα προχωρήσουμε με την ουσία της Ιεραρχικής Προσφυγής αποφασίζοντας για τον κάθε προσβαλλόμενο όρο ξεχωριστά.

Δ. Απαιτήση για τροποποίηση των όρων 2.1.5.3.1 του Τόμου Β και 1.3.3 του Παραρτήματος 'Β1' του Τόμου Β των εγγράφων του διαγωνισμού:

« Εξοπλισμός, του προτεινόμενου κατασκευαστή, του ιδίου ή παρόμοιου τύπου με τον προσφερόμενο εξοπλισμό, θα πρέπει να έχει εγκατασταθεί, τα τελευταία 3 χρόνια, σε κράτος/κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης ...»

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία οι δικηγόροι του Αιτητή τόσο γραπτώς όσο και προφορικά υποστήριξαν ότι το θέμα σχετίζεται με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η Κυπριακή Δημοκρατία οφείλει να τηρεί τόσο ως κράτος- μέλος της ΕΕ όσο και ως συμβαλλόμενο μέρος Διεθνών Συμφωνιών.

Το άρθρο 8 του Ν.12(Ι)/2006 αναφέρει: «Κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιων συμβάσεων οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν έναντι των οικονομικών φορέων των λοιπών κρατών μελών εξίσου ευνοϊκούς όρους με εκείνους που παρέχουν προς τους οικονομικούς φορείς τρίτων χωρών κατ' εφαρμογή της Συμφωνίας.» Το άρθρο 2 του ίδιου Νόμου καθορίζει ότι «Συμφωνία σημαίνει τη Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων, η οποία συνήφθη στο πλαίσιο πολυμερών διαπραγματεύσεων του Γύρου της Ουρουγουάης (1986 έως 1994) και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της συμφωνίας για την ίδρυση του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (ΠΟΕ),» ο σκοπός της οποίας είναι η θέσπιση ενός πολυμερούς πλαισίου ισόρροπων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για τις δημόσιες συμβάσεις ενόψει της φιλελευθεροποίησης και της ανάπτυξης του παγκόσμιου εμπορίου.

Η Κυπριακή Δημοκρατία, όπως και τα άλλα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι μέλη του ΠΟΕ. Η Αυστραλία και οι Η.Π.Α. είναι επίσης μέλη του ΠΟΕ από την 1^η Ιανουαρίου 1995. Ο ΠΟΕ είναι ο μοναδικός διεθνής οργανισμός που ασχολείται με τους κανόνες που διέπουν το εμπόριο μεταξύ των χωρών. Μεταξύ των βασικών αρχών που δεσμεύουν τα μέλη του, είναι η αποτροπή αχρείαστων εμποδίων στο διεθνές εμπόριο και η αποφυγή αδικαιολόγητων διακρίσεων στα αγαθά και στις υπηρεσίες.

Ο Αιτητής ζητεί όπως οι σχετικοί όροι διαγραφούν ή τροποποιηθούν ως εξής:

(α) Εξοπλισμός, του προτεινόμενου κατασκευαστή του ίδιου ή καλύτερου επιπέδου σε σύγκριση με τις προδιαγραφές των Εγγράφων του Διαγωνισμού θα πρέπει να έχει εγκατασταθεί τα τελευταία 3 χρόνια και να λειτουργεί σε χώρα ή χώρες του εξωτερικού και να έχει σχετικές με την ακρίβεια και την πιστότητα εγκρίσεις από την αντίστοιχη αρχή της χώρας εγκατάστασης, και

(β) Ο πιο πάνω εξοπλισμός θα πρέπει να συνίσταται από τουλάχιστον δύο (2) διαφορετικά Συστήματα που το κάθε ένα να αποτελείται από:

1) Είκοσι (20) Μονάδες Φωτοεπισήμανσης.

2) Αντίστοιχο Κέντρο Διαχείρισης.

(γ) Το τέλος της περιόδου των 3 χρόνων της παρ. (α) πιο πάνω, είναι η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.»

Προτού ολοκληρωθεί η διαδικασία εξέτασης της Ιεραρχικής Προσφυγής ενώπιον μας, η Α.Α. κατέθεσε μία εισήγηση για το πώς πρέπει να τροποποιηθούν οι εν λόγω όροι σύμφωνα με την οποία (α) επιτρέπεται στον Αιτητή να συμμετέχει στον επίδικο διαγωνισμό, (β) δεν παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου, (γ) ικανοποιούνται οι απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής για διασφάλιση τόσο των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του κατασκευαστή του εξοπλισμού όσο και της ποιότητας και αξιοπιστίας του προσφερόμενου εξοπλισμού και της πιστής συμμόρφωσης του προς τις τεθείσες στα έγγραφα τεχνικές προδιαγραφές.

Συγκεκριμένα εισηγήθηκε τα εξής:

Το άρθρο 2.1.5.3.1 Τόμος Β αντικαθίσταται με το πιο κάτω νέο άρθρο:

«2.1.5.3.1(α) Εξοπλισμός Φωτοεπισήμανσης του προτεινόμενου κατασκευαστή θα πρέπει να έχει εγκατασταθεί και να λειτουργεί επιτυχώς τα τελευταία 3 χρόνια σε οποιοδήποτε κράτος.

- (β) Ο πιο πάνω εξοπλισμός θα πρέπει να συνίσταται από τουλάχιστον δύο (2) διαφορετικά συστήματα που το κάθε ένα να αποτελείται τουλάχιστον από:
- (i) Είκοσι (20) Σταθερές Μονάδες Φωτοεπισήμανσης οι οποίες λειτουργούν με ανιχνευτή τύπου βρόγχου.
 - (ii) Αντίστοιχο Κέντρο Διαχείρισης.
- (γ) Το τέλος της περιόδου των 3 χρόνων (παράγρ. (α) πιο πάνω) είναι η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.
- (δ) Οι Σταθερές Μονάδες Φωτοεπισήμανσης θα πρέπει να φέρουν έγκριση των αρμοδίων εθνικών αρχών του κράτους εγκατάστασης για τη χρήση τους ως Σταθερές Μονάδες Φωτοεπισήμανσης για παραβίαση του ορίου ταχύτητας και κόκκινου σηματοδότη τροχαίας.».

Το άρθρο 1.3.3, Παράρτημα Β1, αντικαθίσταται με το πιο κάτω άρθρο:

- «1.3.3 (α) Εξοπλισμός Φωτοεπισήμανσης του προτεινόμενου κατασκευαστή θα πρέπει να έχει εγκατασταθεί και να λειτουργεί επιτυχώς τα τελευταία 3 χρόνια σε οποιοδήποτε κράτος.
- (β) Ο πιο πάνω εξοπλισμός θα πρέπει να συνίσταται από τουλάχιστον δύο (2) διαφορετικά Συστήματα που το κάθε ένα να αποτελείται τουλάχιστον από:
- (1) Είκοσι (20) Σταθερές Μονάδες Φωτοεπισήμανσης οι οποίες λειτουργούν με ανιχνευτή τύπου βρόγχου.
 - (2) Αντίστοιχο Κέντρο Διαχείρισης.
- (γ) Το τέλος της περιόδου των 3 χρόνων (παράγρ. (α) πιο πάνω) είναι η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.

- (δ) Οι Σταθερές Μονάδες Φωτοεπισήμανσης θα πρέπει να φέρουν έγκριση των αρμοδίων εθνικών αρχών του κράτους εγκατάσταση για τη χρήση τους ως Σταθερές Μονάδες Φωτοεπισήμανσης για παραβίαση του ορίου ταχύτητας και κόκκινου σηματοδότη τροχαίας.».

Με την πιο πάνω εισήγηση συμφώνησε και ο Αιτητής και ως εκ τούτου ομόφωνα αποφασίζουμε όπως οι εν λόγω όροι των εγγράφων του Διαγωνισμού με αρ. 13.25.20.08.072.A.HMY τροποποιηθούν σύμφωνα με αυτήν.

Ε. Απαίτηση για τροποποίηση των όρων 5.18.5 και 5.18.6 του Τόμου Δ των εγγράφων του διαγωνισμού:

«5.18.5 *The contractor shall deliver to the user (Police) the source codes for both software applications i.e. for violation Management and GPS and Vehicle Tracking Management.*

5.18.6 *The Contractor shall deliver all data in a readable form including maps according to ESRI in shape file and map picture in JPEG format or equivalent».*

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία οι δικηγόροι των Αιτητών υποστήριξαν μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

Στο άρθρο 3(1)(ii) του *περί του Δικαιώματος Πνευματικής Ιδιοκτησίας Νόμο* (Ν. 59/76, όπως αυτός έχει μέχρι σήμερα τροποποιηθεί) καθορίζεται ότι τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών είναι προστατεύσιμα. Στο άρθρο 7B του ίδιου Νόμου αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής: «*Προστατεύονται τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών συμπεριλαμβανομένου του προπαρασκευαστικού υλικού του σχεδιασμού των, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι είναι προσωπικά πνευματικά δημιουργήματα του δημιουργού τους, ή επί έργων κοινής δημιουργίας των δημιουργών τους, και όχι αντιγραφή ήδη υπάρχοντος προγράμματος ή προσχεδίου προγράμματος. Η προστασία*

ισχύει για κάθε μορφή εκφράσεως ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή. Οι ιδέες και οι αρχές, στις οποίες βασίζεται οποιοδήποτε στοιχείο προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, περιλαμβανομένων και εκείνων, στις οποίες βασίζονται τα συστήματα διασυνδέσεώς του, δεν προστατεύονται με δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας». Πρόσθετα στο άρθρο 6(1) του ίδιου Νόμου αναφέρεται ότι προστατεύσιμα είναι και όσα δικαιώματα προστατεύονται δυνάμει δεσμευτικών για τη Δημοκρατία Διεθνών Συνθηκών.

Η Κύπρος, όπως και άλλες χώρες, έχουν επικυρώσει και αλληλοδεσμεύονται από Διεθνείς Συμβάσεις που αφορούν π.χ. τον ΠΟΕ (Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου), τον Παγκόσμιο Οργανισμό Πνευματικής Ιδιοκτησίας για τα Δικαιώματα Πνευματικής Ιδιοκτησίας και Συμφωνημένες Δηλώσεις κ.ά. Τα «Source Codes» (πηγαίοι κώδικες) είναι σειρές από εντολές ή δηλώσεις σε ευανάγνωστη γλώσσα προγραμματισμού. Από τις εντολές αυτές παράγεται αυτόματα το σχετικό λογισμικό πρόγραμμα. Τα «Source Codes» είναι το αποτέλεσμα της εργασίας και της εμπειρίας του δημιουργού τους. Επειδή, οι κώδικες αυτοί, αποτελούν το προπαρασκευαστικό υλικό σχεδιασμού των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών από τους οποίους παράγονται λογισμικά προγράμματα, οπωσδήποτε θεωρούνται προστατευόμενα πνευματικά δικαιώματα (copyrights), ως αποτέλεσμα επαρκούς εργασίας και ικανοτήτων.

Στην Έκθεση Γεγονότων η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει (Παρ.4) ότι: «Καθόσον αφορά στο περιεχόμενο των παραγράφων 5.18.5 και 5.18.6 κρίνεται απαραίτητο από την Αναθέτουσα Αρχή η παράδοση των λειτουργικών αυτών στοιχείων του λογισμικού τα οποία θα επιτρέπουν στο χρήστη τη μελλοντική εκτέλεση τροποποιήσεων και αναβαθμίσεων στα λογισμικά προγράμματα χωρίς να υπόκειται σε οποιαδήποτε οικονομική επιβάρυνση». Ο τρίτος, στις δυνατότητες του οποίου ο Αιτητής προτίθεται να στηριχθεί για τους σκοπούς του διαγωνισμού, προτίθεται να διατηρήσει τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στα «Source Codes» που θα χρησιμοποιηθούν για τους σκοπούς του διαγωνισμού, είναι όμως έτοιμος, εφόσον διασφαλισθεί η προστασία τους, να παραχωρήσει στην Αναθέτουσα Αρχή την ευχέρεια αναβάθμισης του αντικειμένου του διαγωνισμού.

Η απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής συνιστά ευθεία παράβαση της σχετικής Νομοθεσίας, αφού τιθέμενη χωρίς οποιεσδήποτε ασφαλιστικές δικλίδες, καταστρατηγεί ή παρέχει ευχέρεια καταστρατήγησης των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας του δημιουργού των «*Source Codes*».

Για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας του δημιουργού των πηγαίων κωδικών, εισηγούμαστε την εισαγωγή των ακόλουθων όρων:

- (i) οι πηγαίοι κώδικες να τεθούν υπό τη φύλαξη θεματοφύλακα (*escrow agent*) στη βάση συμφωνίας παρακαταθήκης (*escrow arrangement*) με δικαίωμα χρήσης από την Αναθέτουσα Αρχή (ή την Αστυνομία), μόνο για τον σκοπό του παρόντα διαγωνισμού και μόνο σε περίπτωση παράλειψης του Αναδόχου να συμμορφωθεί προς τις υποχρεώσεις του ή σε περίπτωση διάλυσής του,
- (ii) να απαγορεύεται η παραχώρησή τους ή η οποιαδήποτε άλλη χρήση ή εκμετάλλευσή τους, από τρίτα πρόσωπα,
- (iii) σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή (ή η Αστυνομία) ή οποιοσδήποτε άλλος εκ μέρους ή για λογαριασμό της επέμβει με οποιονδήποτε τρόπο στους πηγαίους κώδικες, η σχετική υποχρέωση εγγύησης ή και συντήρησης του Αναδόχου παύει αυτομάτως να ισχύει,
- (iv) ο Ανάδοχος θα διατηρεί το δικαίωμα εμπορικής εκμετάλλευσης των πηγαίων κωδικών όπως ο ίδιος επιθυμεί,
- (v) μετά την περίοδο συντήρησης, εκτός αν συμφωνηθεί παράτασή της, η Αναθέτουσα θα έχει πρόσβαση στα συνδετικά στοιχεία (*interface information*) της βασικής λογισμικής λύσης (*core software solution*).

Εκτός εάν οι προσβαλλόμενοι όροι ακυρωθούν ή τροποποιηθούν ανάλογα, ο Αιτητής θα απολέσει το δικαίωμα ή και την ευκαιρία συμμετοχής ή και κατακύρωσης υπέρ του, του Διαγωνισμού ή και θα αποστέρηθεί των ευκαιριών που άλλως θα του παρέχονταν ή και θα υποστεί πολύ μεγάλη ζημιά.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τους ισχυρισμούς του Αιτητή απάντησε ως ακολούθως:

Οι εν λόγω Όροι του Διαγωνισμού δεν παραβιάζουν τους περί Πνευματικής Ιδιοκτησίας Νόμους, ή οποιαδήποτε άλλη διάταξη του ισχύοντος δικαίου. Εναπόκειται στην ελεύθερη συμβατική βούληση του Ανάδοχου ή του κατασκευαστή των πηγαίων κωδικών, αν θα τους παραχωρήσει ή όχι στην Αναθέτουσα Αρχή, η οποία ουδέποτε αμφισβήτησε ότι τα «Source Codes» επιδέχονται προστασίας, εφόσον αποτελούν το προπαρασκευαστικό υλικό σχεδιασμού των προγραμμάτων των ηλεκτρονικών υπολογιστών τα οποία προστατεύονται ως φιλολογικά έργα. Το άρθρο 12 του Νόμου (περί Πνευματικής Ιδιοκτησίας και Συγγενικών Δικαιωμάτων Νόμοι του 1976 μέχρι 2007) αναφέρει ότι *ο δικαιούχος των πνευματικών δικαιωμάτων επί των «source codes» μπορεί να μεταβιβάσει ή να εκχωρήσει εξ ολοκλήρου ή μέρος αυτών είτε, εγγράφως είτε προφορικώς (ανάλογα με το «εύρος» της εκχώρησης ή μεταβίβασης).*

Συνεπώς παρά το ότι τα «Source Codes» είναι πνευματική ιδιοκτησία του δημιουργού τους/κατασκευαστή του λογισμικού, τούτο δε σημαίνει ότι τα εν λόγω «Source Codes» δεν μπορούν να παραδοθούν/μεταβιβαστούν σε κάποιον άλλο. Η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμεί να παραδοθούν στην Αστυνομία τα εν λόγω «Source Codes», και δεν υπάρχει κανένα νομικό κώλυμα στη σύναψη ιδιωτικής συμφωνίας προς το σκοπό αυτό. Τούτο σημαίνει ότι κάθε προσφοροδότης θα πρέπει να βρει κατασκευαστή ο οποίος είναι διατεθειμένος να παραδώσει τα εν λόγω «Source Codes» (που ως ιδιοκτησία μπορούν να μεταβιβαστούν ή εκχωρηθούν, σύμφωνα και με το άρθρο 12 του Ν. 59/76).

Η απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής στους Όρους 5.18.5 και 5.18.6 δεν παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου, και ως Αρχή αιτείται την απόρριψη του σχετικού αιτήματος του Αιτητή για τροποποίηση των σχετικών όρων. Άλλωστε, τα εν λόγω «Source Codes» είναι απόλυτα απαραίτητα για την Αναθέτουσα, αφού η παράδοση αυτών των στοιχείων του λογισμικού θα επιτρέπουν στο χρήστη τη μελλοντική εκτέλεση τροποποιήσεων και αναβαθμίσεων στα λογισμικά προγράμματα χωρίς να υπόκειται ο χρήστης σε μελλοντική οικονομική επιβάρυνση και/ή εξάρτηση

από τον κατασκευαστή. Η λύση που προτείνει ο Αιτητής δεν ικανοποιεί τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής.

Η Α.Α.Π. αφού άκουσε και μελέτησε σε βάθος όλα τα στοιχεία που κατατέθηκαν ενώπιόν της τόσο από τους Αιτητές όσο και από την Αναθέτουσα Αρχή κρίνει και αποφασίζει ως ακολούθως:

Σύμφωνα με το περιεχόμενο των παραγράφων 5.18.5 και 5.18.6 κρίνεται απαραίτητο από την Αναθέτουσα Αρχή η παράδοση των λειτουργικών αυτών στοιχείων του λογισμικού τα οποία θα επιτρέπουν στο χρήστη (Αστυνομία) τη μελλοντική εκτέλεση τροποποιήσεων και αναβαθμίσεων στα λογισμικά προγράμματα χωρίς να υπόκειται σε οποιαδήποτε οικονομική επιβάρυνση.

Επίσης κατά την ενώπιον μας διαδικασία (όπως φαίνεται και στα πρακτικά της ακρόασης) έγινε αναφορά εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι όροι του διαγωνισμού έχουν καταρτισθεί ως η επιθυμία του χρήστη δηλαδή της Αστυνομίας. Και ότι η Αναθέτουσα Αρχή σε καμιά απολύτως περίπτωση δεν έχει παραγνωρίσει τα δικαιώματα της πνευματικής ιδιοκτησίας.

Όμως, στις 2.2.2009 η Αστυνομία απέστειλε επείγουσα επιστολή στο Διευθυντή του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών, που στην προκείμενη περίπτωση είναι η Αναθέτουσα Αρχή, που του γνωστοποιεί την πολιτική που ακολουθεί το Τμήμα Μηχανογράφησης, Μελετών και Ανάπτυξης του Αρχηγείου Αστυνομίας σε αυτές τις περιπτώσεις αναφέροντας επί λέξη τα ακόλουθα.

«(α) Στις περιπτώσεις όπου πρόκειται για έτοιμο λογισμικό πρόγραμμα (Ready made Solution) τότε οι κώδικες (source codes) τοποθετούνται σε «Escrow Account» σύμφωνα με τις σχετικές διαδικασίες.

(β) Στις περιπτώσεις όπου πρόκειται για λογισμικό που γίνεται ειδικά για τις ανάγκες του πελάτη (custom made solution, bespoke solution) τότε οι κώδικες (source codes) θα παραδίδονται στον πελάτη.

Να σημειωθεί ότι η πιο πάνω τακτική χρησιμοποιείται και από το Τμήμα Υπηρεσιών Πληροφορικής (ΤΥΠ) του Υπουργείου Οικονομικών.»

Αυτή η επιστολή κοινοποιήθηκε και προς την Α.Α.Π. την ίδια ημέρα. Οι Αιτητές δεν αρνούνται να παραδώσουν τους πηγαίους κώδικες αλλά εισηγούνται τροποποίηση των όρων 5.18.5 και 5.18.6 που να προβλέπουν την κατάθεση των πηγαίων κωδικών σε εγγυητή θεματοφύλακα.

Με βάση την αρχή της ισότητας και την ανάγκη για ίση μεταχείριση των προσφοροδοτών θεωρούμε ότι οι εκάστοτε όροι των προσφορών πρέπει να είναι διατυπωμένοι με τρόπο ώστε να υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφορών λογισμικού, τόσο με την μορφή «Taylor Made» όσο και με την μορφή «Ready Made Software» (έκδοση προϋπάρχοντος λογισμικού) που με κάποιες πρόσθετες παραμετροποιήσεις να μπορεί να ανταποκριθεί στους όρους των προσφορών.

Είναι η αντίληψη μας ότι το έργο προηγμένης τεχνολογίας όπως και η παρούσα προσφορά δεν θεωρούμε λογική τη συμπερίληψη τέτοιων όρων που ουσιαστικά θα οδηγούσαν στον αποκλεισμό από την υποβολή προσφορών προγραμμάτων λογισμικού «ready made software» από μεγάλους οίκους με πολλές εγκαταστάσεις συστημάτων φωτοεπισήμανσης σε πολλές χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης και τρίτων άλλων χωρών, αλλά και σε βάρος του ελεύθερου ανταγωνισμού και εξυπηρέτηση του δημόσιου συμφέροντος.

Περαιτέρω σε σχέση με το συγκεκριμένο θέμα έχουμε υπόψη μας και τον οδηγό βέλτιστων πρακτικών για σύναψη και εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων του Γενικού Λογιστηρίου της Δημοκρατίας (ως Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) όπου στο *Παράρτημα 1 – Γενικοί Όροι Σύμβασης, στο κεφάλαιο Άρθρο 3 – Κυριότητα – Πνευματικά και Περιουσιακά Δικαιώματα* αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«6.Εάν ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή πριν από την ολοκλήρωση της Σύμβασης, η Αναθέτουσα Αρχή και ο Ανάδοχος θα διορίσουν κατόπιν αμοιβαίας συμφωνίας έναν Εγγυητή Θεματοφύλακα ο οποίος θα παρέχει υπηρεσίες ασφαλούς φύλαξης για τα

μέρη του Λογισμικού Εφαρμογών (Πηγαίος Κώδικας, τεκμηρίωση ανάλυσης και σχεδιασμού, προδιαγραφές προγράμματος, κλπ) των οποίων ο πηγαίος κώδικας δεν έχει περιέλθει στην κυριότητα της Αναθέτουσας Αρχής. Σύμφωνα με τους όρους της συμφωνίας περί Εγγυητή Θεματοφύλακα που θα συναφθεί μεταξύ του Αναδόχου, του Εγγυητή Θεματοφύλακα και της Αναθέτουσας Αρχής, ο Ανάδοχος θα καταθέσει στον Εγγυητή Θεματοφύλακα ένα αντίγραφο αυτού του λογισμικού, και η Αναθέτουσα Αρχή θα έχει πρόσβαση σε αυτό το αντίγραφο όποτε είναι απαραίτητο.

7.Εάν ο Ανάδοχος διακόψει την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης του Λογισμικού που έχει περιληφθεί στη συμφωνία περί Εγγυητή Θεματοφύλακα, η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να δώσει εντολή στον Εγγυητή Θεματοφύλακα να παραδώσει ένα αντίγραφο ταινίας ή άλλου μέσου που περιέχει τον πηγαίο κώδικα του Λογισμικού, συμπεριλαμβανομένων των σχετικών εντολών ελέγχου που απαιτούνται για τη λειτουργία, συντήρηση και χρήση του πηγαίου κώδικα, κάθε ένα σε αξιοποιήσιμη μορφή (συνολικά: «ο πηγαίος κώδικας»), μαζί με οποιαδήποτε σχετική τεκμηρίωση. Εάν η Αναθέτουσα Αρχή λάβει τον πηγαίο κώδικα με τον ως άνω τρόπο, δεν θα χρεωθεί καμία πρόσθετη αμοιβή. Ο τίτλος ιδιοκτησίας του πηγαίου κώδικα θα παραμείνει στον Ανάδοχο.

8.Η Αναθέτουσα Αρχή θα έχει το δικαίωμα οποιαδήποτε στιγμή να επικοινωνήσει με τον Εγγυητή Θεματοφύλακα με σκοπό να επιβεβαιώσει την ύπαρξη του πηγαίου κώδικα και της σχετικής τεκμηρίωσης συμπεριλαμβανομένων των επικαιροποιήσεων και να επαληθεύσει τις οδηγίες προς τον Εγγυητή Θεματοφύλακα σχετικά με την αποδέσμευση του πηγαίου κώδικα κάτω από τις περιστάσεις που διευκρινίζονται στην παρούσα Σύμβαση.»

Από το πιο πάνω απόσπασμα αλλά και από τη θέση της Αστυνομίας προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να λάβει σοβαρά υπόψη όλα τα δεδομένα και να διαμορφώσει και να διατυπώσει ανάλογα τους εν λόγω όρους, με τέτοιο τρόπο που να διασφαλίζονται τόσο οι ανάγκες της όσο και οι ανάγκες του χρήστη του συστήματος (Αστυνομία) χωρίς όμως να εμποδίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός και χωρίς αδικαιολόγητους φραγμούς, όπως διατυπώνεται και στο άρθρο 25 του Ν.12(Ι)/2006,

διασφαλίζοντας παράλληλα το Δημόσιο Συμφέρον αλλά και την προστασία των πνευματικών δικαιωμάτων ιδιοκτησίας, όπως ορίζεται στο άρθρο 3(1)(ii) του *περί του Δικαιώματος Πνευματικής Ιδιοκτησίας Νόμο* (Ν. 59/76, όπως αυτός έχει μέχρι σήμερα τροποποιηθεί).

Με βάση όλα τα πιο πάνω στοιχεία η Α.Α.Π. αποφασίζει την ακύρωση των όρων 5.18.5 και 5.18.6 του διαγωνισμού, δυνάμει του άρθρου 56(10)(γ) του Ν. 101(Ι)/2003. Ως εκ τούτου η Ιεραρχική Προσφυγή με αρ.77/2008 επιτυγχάνει.