



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ
130 / 2016**

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 11^η Αυγούστου του έτους δύο χιλιάδες δεκαέξι (2016), ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Αναπληρωτή Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Αναπληρωτής Πρόεδρος :** Χρήστος Δετσαρίδης (Προεδρεύων της Συνεδρίασης)
- 2. Αναπληρωτής Αντιπρόεδρος:** Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)
- 3. Μέλη:** Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Δημήτριος Σταθακόπουλος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης

Εισηγητές: Γεώργιος Κυρίτσης, Νομικός και Αθανάσιος Καϊμακάμης, Επιστήμονας Πληροφορικής, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν οι εισηγητές κκ. Κυρίτσης και Καϊμακάμης, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κ. Καξιρή, οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Ερώτημα : Το υπ' αρ. πρωτ. 78319/22.7.2016 αίτημα, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 3-6-2016 (αριθμ. πρωτ. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3307/22.7.2016)

Θέμα: Έγκριση προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών επέκτασης και παραμετροποίησης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), συνολικού προϋπολογισμού 420.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 78319/22.7.2016 έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου & Προστασίας του Καταναλωτή (στο εξής "ΓΓΕ") προς της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (αριθμ. πρωτ. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3307/22.7.2016), όπως αυτό συμπληρώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 82275/2.8/2016 έγγραφο (αριθμ. πρωτ. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3426/3.8.2016), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών παραμετροποίησης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), και ειδικότερα για τις ακόλουθες υπηρεσίες:

(α) Επέκταση - Παραμετροποίηση του ΕΣΗΔΗΣ για την υποστήριξη των διαγωνιστικών διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, εκτιμώμενης αξίας 270.000,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και

(β) επέκταση - ενίσχυση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων του ΕΣΗΔΗΣ, εκτιμώμενης αξίας 150.000,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ,

ήτοι συνολικής εκτιμώμενης αξίας 420.000,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με επίκληση της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 β του π.δ. 60/2007.

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά

Από τα αναφερόμενα στο κρινόμενο αίτημα και στα συνυποβληθέντα έγγραφα και στοιχεία προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

1. Η ΓΓΕ προκήρυξε τον Απρίλιο του 2006 διεθνή, ανοικτό διαγωνισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με αντικείμενο την ανάπτυξη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών (ΕΣΗΔΠ), συνολικού προϋπολογισμού (χωρίς Φ.Π.Α.) 11.764.664,00 €.

Η σχετική με αριθμ. πρωτ. 22/2006 διακήρυξη και ειδικά στο μέρος Β' αυτής, παρ. 2.10, προέβλεπε ότι *"Με την οριστική παραλαβή του Έργου, [...], ξεκινάει η Περίοδος Εγγύησης και Συντήρησης, συνολικής διάρκειας εξήντα (60) μηνών. Οι είκοσι τέσσερις (24) τουλάχιστον πρώτοι μήνες αποτελούν την ελάχιστη Περίοδο Εγγύησης. Κατά την περίοδο αυτή, παρέχονται όλες οι υπηρεσίες συντήρησης που αναφέρονται στη συνέχεια και αφορούν στο σύνολο του Έργου και οι οποίες παρέχονται δωρεάν. Κατά τη διάρκεια της Περιόδου Εγγύησης ο Ανάδοχος υποχρεούται: [...] Να ενσωματώσει στο ΕΣΗΔΠ όλες τις αλλαγές της Ελληνικής Νομοθεσίας για τις προμήθειες καθώς και όλες τις αλλαγές της οργανωτικής δομής της ΓΓΕ που επηρεάζουν το ΕΣΗΔΠ για διάστημα των δώδεκα (12) πρώτων μηνών της περιόδου εγγύησης."*

2. Σε συνέχεια της ως άνω διακήρυξης και των διαδικασιών αξιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών, υπογράφηκε στις 14-10-2014, μεταξύ της ΓΓΕ και της ένωσης εταιρειών "INTRACOM IT SERVICES και Q&R ΑΕ" η **αριθμ. 6655/2011 Σύμβαση**, με συμβατικό τίμημα (χωρίς ΦΠΑ) 7.829.611,00€.

Στο Άρθρο 8 της εν λόγω Σύμβασης με τίτλο "Εγγύηση καλής Λειτουργίας – Συντήρησης" αναφέρεται ότι η *"Η ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ-ΑΝΑΔΟΧΟΣ είναι υποχρεωμένη να: Α) παρέχει εγγύηση καλής λειτουργίας για το σύνολο των προσφερόμενων προϊόντων και υπηρεσιών του έργου ΕΣΗΔΠ και δωρεάν υπηρεσιών συντήρησης για τέσσερα (4) έτη από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής του. Οι υπηρεσίες που η ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ-ΑΝΑΔΟΧΟΣ είναι υποχρεωμένη να προσφέρει κατά τη διάρκεια της εγγύησης αναφέρονται αναλυτικά στην υπ.αριθμ. 22/2006 Διακήρυξη και στην τεχνική προσφορά της.[...]*

Στο πλαίσιο της εγγύησης καλής λειτουργίας η ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ-ΑΝΑΔΟΧΟΣ οφείλει μεταξύ άλλων να: [...]

- *Ενσωματώσει στο ΕΣΗΔΠ όλες τις αλλαγές της Ελληνικής και Κοινοτικής Νομοθεσίας για τις προμήθειες καθώς και όλες τις αλλαγές της οργανωτικής δομής της ΓΓΕ που επηρεάζουν το ΕΣΗΔΠ για το χρονικό διάστημα των δώδεκα (12) πρώτων μηνών της περιόδου εγγύησης.*
- *Παρέχει δωρεάν (χωρίς καμία επιβάρυνση για την Αναθέτουσα Αρχή) όλες τις υπηρεσίες συντήρησης του εξοπλισμού και λογισμικού του ΕΣΗΔΠ και αποκατάστασης βλαβών σύμφωνα με την τεχνική προσφορά της και όσα περιγράφονται στις αντίστοιχες παραγράφους της Δ/ξης για τις υπηρεσίες συντήρησης. "*

Παράλληλα, στο Άρθρο 12 με τίτλο “Υποχρεώσεις Αναδόχου” και συγκεκριμένα στην παρ. 10, αναφέρεται ότι: “10. Η ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ-ΑΝΑΔΟΧΟΣ δεσμεύεται να ενσωματώσει στο ΕΣΗΔΠ όλες τις αλλαγές της Ελληνικής και Κοινοτικής Νομοθεσίας για τις δημόσιες προμήθειες και όλες τις αλλαγές της οργανωτικής δομής της ΓΓΕ που επηρεάζουν το ΕΣΗΔΠ και θα προκύψουν από την έναρξη του έργου μέχρι και τους πρώτους δώδεκα (12) μήνες της περιόδου εγγύησης. Διευκρινίζεται ότι η σύμβαση τροποποιείται όταν συμφωνήσουν προς τούτο και τα δυο συμβαλλόμενα μέρη, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου.”

Επιπλέον, η τεχνική προσφορά του αναδόχου και ειδικά το Παράρτημα 11 αυτής με τίτλο “Υπηρεσίες Συντήρησης - Τεχνικής Υποστήριξης που παρέχονται υπό το πλαίσιο SLA”, στην παρ. 4.3.2, προβλέπει ρητά “Στις συμβατικές υποχρεώσεις συντήρησης του λογισμικού εφαρμογών συνήθως υπάγεται και η παράδοση και εγκατάσταση τυχόν νέων εκδόσεων του λογισμικού εφαρμογών.

Σε αυτήν την περίπτωση περιλαμβάνονται και τυχόν προσαρμογές (τροποποιήσεις / επεκτάσεις) του κώδικα των εφαρμογών, που προκύπτουν από αλλαγές στο επιχειρησιακό περιβάλλον του πελάτη, και οι οποίες συμφωνούνται με τον πελάτη ως προς το εύρος, την ανθρωποπροσπάθεια και τον χρόνο παράδοσης.”

Επιπρόσθετα, ειδικά ως προς τα ζητήματα των πνευματικών δικαιωμάτων, το Άρθρο 14 της Σύμβασης με τίτλο “ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ” ορίζει: “1. Όλα τα αποτελέσματα – μελέτες, στοιχεία και κάθε άλλο έγγραφο ή αρχείο σχετικό με το έργο, ο πηγαίος κώδικας (source code) και οι βάσεις δεδομένων καθώς και όλα τα υπόλοιπα παραδοτέα που θα αποκτηθούν ή θα αναπτυχθούν από την «ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ – ΑΝΑΔΟΧΟ» με δαπάνες του έργου, θα αποτελούν αποκλειστική ιδιοκτησία της ΓΓΕ, που μπορεί να τα διαχειρίζεται και να τα εκμεταλλεύεται (όχι εμπορικά), εκτός εάν ήδη προϋπάρχουν σχετικά πνευματικά δικαιώματα.”

3. Τον Μάιο του 2012, αποφασίστηκε η 1η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, με αριθμ.πρωτ. 383/2-5-2012, στην οποία περιέχεται: (α) αλλαγή επωνυμίας αναδόχου και αντικατάσταση εγγυητικής επιστολής, (β) επικαιροποίηση εξοπλισμού και λογισμικού, (γ) τροποποίηση χρονοδιαγράμματος/ πληρωμών και αντικατάσταση πινάκων οικονομικής προσφοράς και τροποποίηση φάσεων πληρωμής, (δ) τροποποίηση άρθρων 5 – 6 – 7, (ε) τροποποίηση άρθρου 8 όσον αφορά στο χρονικό σημείο της οριστικής παραλαβής («με το πέρας του 21ου μήνα»).

4. Τον Σεπτέμβριο του 2012, έλαβε χώρα η 2η τροποποίηση με αριθμ.πρωτ. 711/20-9-2012, η οποία περιλάμβανε: (α) αντικατάσταση στοιχείων δικτυακής υποδομής, (β) αντίστοιχη τροποποίηση δικτυακού σχεδιασμού και ανάλογη αντικατάσταση πινάκων οικονομικής προσφοράς.

5. Τον Ιανουάριο του 2014, υπογράφηκε η 3η τροποποίηση, με αριθμ.πρωτ. 20/29-1-2014, στην οποία περιέχεται: (α) Τροποποίηση σύνθεσης “Επιτροπής Αλλαγών”, (β) επικαιροποίηση/ αντικατάσταση εξοπλισμού, (γ) τροποποίηση οροσέμων έργου, (δ) τροποποίηση/ μετάθεση χρόνου και ποσοστού πληρωμών του έργου.

6. Τον Αύγουστο 2014, ακολούθησε η 4η τροποποίηση, με αριθμ.πρωτ. 509/27-8-2014, με αντικείμενο (α) τη μετάθεση ημερομηνίας ολοκλήρωσης του έργου, (β) τη διεύρυνση της φάσης 8 του έργου (φάση εκπαίδευσης και επικοινωνίας) κατά 12 μήνες (από 30/6/2014 σε 30/6/2015), (γ) τροποποίηση άρθρου 6 σύμβασης σχετικά με την διαδικασία παραλαβής των υπηρεσιών τεχνικής υποστήριξης.

7. Τον Οκτώβριο του 2014, έγινε η 5η τροποποίηση με την αριθμ.πρωτ. 635/13-10-2014 απόφαση. Σύμφωνα με αυτή, αποφασίστηκε: (α) η διεύρυνση του φυσικού αντικειμένου της αρχικής σύμβασης με την ένταξη σε αυτό των συμβάσεων υπηρεσιών και του ΚΗΜΔΗΣ και σχετική τροποποίηση άρθρων 1 και 2, με επίκληση του Άρθρου 12 της αρχικής σύμβασης, (β) η τροποποίηση ενδιάμεσης πληρωμής και τροποποίηση σχετικών άρθρων 5, 6, 7, (γ) η τροποποίηση καταβολής υπολειπόμενων πληρωμών, με σχετική τροποποίηση του άρθρου 7.

8. Τον Ιούνιο του 2015, τέλος, η 6η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης (αριθμ. πρωτ. 70904/30-6-2015 απόφαση), προέβλεπε: (α) τη μετάθεση της ημερομηνίας ισχύος της σύμβασης από 30/6/2015 σε 20/10/2015, (β) ανακατανομή ωρών εκπαίδευσης και μετατροπή τους σε ώρες helpdesk, (γ) την απορρόφηση υπολειπόμενων υπηρεσιών, (δ) την ανακατανομή πληρωμών.

Επισημαίνεται ότι όλες οι ως άνω τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης έγιναν χωρίς αύξηση του αρχικού

συμβατικού τιμήματος.

9. Το συμβατικό αντικείμενο, κατά δήλωση της αναθέτουσας αρχής, έχει παραληφθεί οριστικά από τις 28/3/2014, βρίσκεται σε παραγωγική λειτουργία και καλύπτεται από τετραετή εγγύηση καλής λειτουργίας, η οποία λήγει στις 28-3-2018, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παρ. 7 του με αριθμ. πρωτ. 82275/2.8.2016 συμπληρωματικά υποβληθέντος εγγράφου.

10. Κατόπιν των ανωτέρω, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 78319/22.7.2016, όπως αυτό συμπληρώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 82275/2.8/2016 έγγραφο, η ΓΓΕ αιτείται την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση σύμβασης στον ανάδοχο, ο οποίος υλοποίησε τη σύμβαση για την «Ανάπτυξη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών», προκειμένου να προβεί στις ακόλουθες τροποποιήσεις και επεκτάσεις του ΕΣΗΔΗΣ:

(α) Επέκταση - Παραμετροποίηση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) για την υποστήριξη των διαγωνιστικών διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών και

(β) επέκταση - ενίσχυση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων του ΕΣΗΔΗΣ.

Στο αιτούμενο πλαίσιο υπηρεσιών (α), όπως προκύπτει από την παρ. 6.2 του υποβληθέντος αιτήματος, εντάσσονται σε γενικές γραμμές οι ακόλουθες τεχνικές εργασίες:

- Εκτενείς αλλαγές παραμετροποίησης (λειτουργικής και τεχνικής) εγκατεστημένων προϊόντων.
- Εκτενείς αλλαγές στις ρυθμίσεις ελέγχου της παρουσίασης του συστήματος (νέα personalization, σχετικές εξατομικεύσεις με αλλαγές στον πηγαίο κώδικα του προϊόντος).
- Εκτενείς αλλαγές και προσθήκες στις αρμοδιότητες, ρόλους και δικαιώματα χρήσης που προσφέρει το σύστημα.
- Αλλαγές σε υπάρχουσες εξατομικεύσεις/ επεκτάσεις για υποστήριξη της εγκυρότητας των δεδομένων.
- Εκτενείς αλλαγές σε εξατομικεύσεις για εξαγωγή δεδομένων μέσω εκτυπωτικών και ειδικού υποσυστήματος υποδομής που περιλαμβάνεται στο προϊόν Oracle eBusiness Suite R12.
- Αλλαγές και επεκτάσεις στις υποδομές και στις εξατομικεύσεις για την υποστήριξη της ασφάλειας του συστήματος [αναφορές ενεργειών χρηστών (οικονομικών φορέων ή αναθετουσών αρχών) κ.α.].
- Αλλαγές στο σύστημα υποστήριξης διαλειτουργικότητας στο τμήμα του που υλοποιεί την ολοκλήρωση με την εγκατάσταση του Oracle eBusiness Suite και πιθανότατα στο τμήμα ανταλλαγής δεδομένων με άλλα συστήματα.

Αντίστοιχα, στο αιτούμενο πλαίσιο (β), εντάσσονται:

- η επέκταση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων από τα 17 Tb που είναι στο υφιστάμενο σύστημα, στα 30 Tb και τριπλασιασμός της ταχύτητας δημιουργίας αντιγράφων ασφαλείας και
- η αναβάθμιση του υφιστάμενου ενιαίου αυτόνομου συστήματος αποθήκευσης τεχνολογίας "Storage Area Network" (S.A.N.).

11. Επισημαίνεται, τέλος, ότι, αν και με το με αρ. πρωτ. 3307/29-7-2016 έγγραφο της Αρχής, ζητήθηκε η υποβολή από την αναθέτουσα αρχή όλων των πρωτοκόλλων παραλαβής των παραδοτέων, που έχουν παραληφθεί από την αρμόδια Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής, τόσο της αρχικής με αριθμ. 6655/2011 σύμβασης, όσο και των τροποποιήσεων αυτής, συμπεριλαμβανομένου του Πρωτοκόλλου Οριστικής Παραλαβής του Έργου, καθώς και της έκθεσης αξιολόγησης του συστήματος, όπως αυτή έχει εκπονηθεί από τον ορισθέντα ανεξάρτητο αξιολογητή, στα πλαίσια της παρακολούθησης της πλήρους και έγκαιρης υλοποίησης του Σχεδίου Δράσης (Action Plan) για τις δημόσιες συμβάσεις, δεν προσκομίστηκαν, με την αιτιολογία ότι: "δεν περιλαμβάνουν στοιχεία που να συμβάλουν στην τεκμηρίωση της νομικής θάσης του αιτήματος".

II. Νομικό πλαίσιο

12. Το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011 ορίζει: “δδ) Οι αποφάσεις των αναθέτουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων.”

13. Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει:

“... γ) «Δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην αυτών του στοιχείου β), οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο την προμήθεια προϊόντων και καλύπτει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, θεωρείται ως «δημόσια σύμβαση προμηθειών

δ) «Δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημοσίων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παράρτημα II. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο ταυτοχρόνως προϊόντα και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II, θεωρείται ως «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών», εφόσον η αξία των συγκεκριμένων υπηρεσιών υπερβαίνει την αξία των προϊόντων που περιλαμβάνονται στη σύμβαση. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II και η οποία δεν περιλαμβάνει δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα I παρά μόνο παρεμπιπτόντως σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, θεωρείται ως δημόσια σύμβαση υπηρεσιών.».

14. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει:

“Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια:

α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV. [...]

β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II Α, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οςπoίων οι θέσεις στο CPV είναι αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II Β.”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 2015/2342 της Επιτροπής της 15ης Δεκεμβρίου 2015 «για την τροποποίηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων», τα ως άνω ποσά αναπροσαρμόστηκαν στις 135.000 ευρώ και 209.000 ευρώ, αντίστοιχα.

15. Το άρθρο 25 παρ. 1 περ. β και γ του π.δ./τος 60/2007 προβλέπει ότι:

“Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών:

[...]β) εάν, για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα,"

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις ενδιαφερόμενες αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού που αναφέρονται στο άρθρο 24. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη."

16. Παρόμοιου περιεχομένου διατάξεις περιλαμβάνονται στο άρθρο 32 παρ. 2 περ. β και γ του ν. 4412/2016 (Α' 147), οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β και γ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στις οποίες προβλέπεται:

"2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις:

[...]β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους:

αα) ο στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης,

ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους,

βγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ) και βγ) εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης".

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση.

Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη."

17. Το άρθρο 25 παρ. 2 περ. β του π.δ. 60/20007 προβλέπει:

"Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

[...] 2) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: [...] β) όταν αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική ανανέωση προμηθειών ή εγκαταστάσεων τρέχουσας χρήσης είτε για την επέκταση υφιστάμενων προμηθειών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και συντήρηση. Η διάρκεια των εν λόγω συμβάσεων καθώς και των ανανεώσιμων συμβάσεων δεν υπερβαίνει τα τρία έτη, εκτός αν συντρέχουν εξαιρετικοί λόγοι, η συνδρομή των οποίων θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, [...]».

18. Όμοιου περιεχομένου διάταξη είναι και η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 4 περ. β του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 3 περ. β της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στην οποία ορίζεται:

"4. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών:

[...]**6)** για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική αντικατάσταση αγαθών ή εγκαταστάσεων είτε για επέκταση υφιστάμενων αγαθών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να αποκτήσει αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση· η διάρκεια αυτών των συμβάσεων, καθώς και των επαναλαμβανόμενων συμβάσεων, δεν υπερβαίνει κατά κανόνα τα τρία έτη·[...]

19. Το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει:

"1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26.

2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση.

3. Ως χρόνος έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120."

20. Τέλος, τα άρθρα 376 παρ. 1 & 2 και 379 παρ. 1 & 2 του ως άνω νόμου προβλέπουν:

Άρθρο 376 παρ. 1 & 2:

"1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και σε όλους τους διαγωνισμούς μελετών που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 3 έως 221), καθώς και σε όλες τις συμβάσεις και τους διαγωνισμούς μελετών που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 222 έως 338), και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120 και 290 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου.

2. Διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της παραγράφου 1, οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξής τους, με την επιφύλαξη της παρ. 8 του άρθρου 379. Κατ' εξαίρεση, η υποχρέωση καταχώρησης στοιχείων στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38 ισχύει από την έναρξη ισχύος του παρόντος, κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 379, και για τις συμβάσεις των οποίων η διαδικασία ανάθεσης έχει εκκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος αυτού. Συμβάσεις της παρ. 1, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος, εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους. Κατ' εξαίρεση, η υποχρέωση καταχώρησης στοιχείων στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38, ισχύει από την έναρξη ισχύος του παρόντος κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 379 και για τις συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος αυτού.

Άρθρο 379 παρ. 1 & 2:

"1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.

2. Η ισχύς των άρθρων 22, 36, 37 της παραγράφου 2, του άρθρου 79, 258 και 259 αρχίζει, ως προς τους διαγωνισμούς μελετών, τις συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών την 18η Απριλίου 2017, εκτός από τις περιπτώσεις όπου είναι υποχρεωτική η χρήση ηλεκτρονικών μέσων, σύμφωνα με τα άρθρα 33, 34 ή 35, την παράγραφο 3 του άρθρου 40, την παράγραφο 2 του άρθρου 65 ή το άρθρο 67 και των άρθρων 270, 271, 272, της παραγράφου 3 του άρθρου 274, της παραγράφου 2 του άρθρου 295 ή το άρθρο 297."

III. Νομική εκτίμηση

21. Το υπό εξέταση αίτημα της ΓΓΕ αφορά σε προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση μικτής δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών και προμηθειών. Λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι η επιδιωκόμενη, βάσει του υποβληθέντος αιτήματος, σύμβαση, έχει μικτό χαρακτήρα, αφού, μέσω αυτής, προβλέπεται αφενός η προμήθεια εξοπλισμού που αφορά κυρίως στην επέκταση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων του ΕΣΗΔΗΣ, ποσού 150.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (στα οποία προφανώς περιλαμβάνονται και εργασίες εγκατάστασης και παραμετροποίησης των υφιστάμενων αποθηκευτικών μέσων), και αφετέρου η παροχή υπηρεσιών επέκτασης, αναβάθμισης και παραμετροποίησης του, ποσού 270.000 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, όπως προκύπτει από την υποβληθείσα τεχνική έκθεση, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, τόσο λόγω της εκτιμώμενης αξίας των επιμέρους ως άνω αιτημάτων, όσο και λόγω του προέχοντος χαρακτήρα της που είναι η επέκταση- παραμετροποίηση του ΕΣΗΔΗΣ, θεωρείται ως “δημόσια σύμβαση υπηρεσιών”.

Η συνολική εκτιμώμενη αξία της αιτούμενης υπό ανάθεση σύμβασης, όπως αυτή αποτιμάται από την αναθέτουσα αρχή στο υποβληθέν αίτημά της και στο σχέδιο απόφασης που το συνοδεύει, ανέρχεται στο συνολικό ποσό των 420.000,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), και, κατά συνέπεια, υπερβαίνει το ποσό των κατώτατων ορίων της εκτιμώμενης αξίας δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, όπως αυτά ισχύουν μετά τη δημοσίευση του αριθ. 2015/2342 Κανονισμού της Επιτροπής της 15ης Δεκεμβρίου 2015, ήτοι το ποσό των 135.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.

Ως εκ τούτου, συντρέχει αρμοδιότητα της Αρχής για εξέταση του αιτήματος και παροχή σύμφωνης γνώμης κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

22. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικές απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω Οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

23. Στην προκειμένη περίπτωση, η αιτούσα επικαλείται ρητά, με τα υποβληθέντα συμπληρωματικά έγγραφα, ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τη διάταξη του άρθρου 25, περ. 1 υποπερ. β' του π.δ. 60/2007, επικαλούμενη ειδικότερα λόγους τεχνικής μοναδικότητας του αναδόχου της αρχικής σύμβασης. Επικουρικά η αναθέτουσα αρχή επικαλείται και τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β υποπ. ii της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Επιπλέον, όπως προκύπτει από το αρχικά υποβληθέν αίτημα, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται και τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 1 περ. γ & 25 παρ. 2 περ. β του π.δ. 60/2007 ως νομικές βάσεις τεκμηρίωσης του αιτήματος.

24. Στο πλαίσιο εφαρμογής της ως άνω επικαλούμενης διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. β του π.δ. 60/2007, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν για λόγους τεχνικούς (όπως είναι η κατοχή αποκλειστικών τεχνικών μέσων, γνώσεων ή μεθόδων) ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η εκτέλεση της σύμβασης σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

Στο πλαίσιο της ερμηνευόμενης διάταξης, ο οικονομικός φορέας, στον οποίο ανατίθεται η σύμβαση για λόγους

τεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, **δεν αρκεί να είναι απλώς ικανός να παρέχει με τον πλέον αποτελεσματικό και οικονομικά συμφέροντα τρόπο τις αιτούμενες υπηρεσίες, αλλά απαιτείται να είναι και ο μοναδικός, έναντι οιαδήποτε άλλου φορέα, που παρέχει δυνητικά ανάλογες υπηρεσίες.** (ΔΕΚ 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ 296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 106/2015, 77/2015, 39/2014, 12/2014, 248/2013).

α) Επισημαίνεται ότι η **τεχνική μοναδικότητα του προμηθευτή ή του παρόχου υπηρεσίας**, που δικαιολογεί την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, συντρέχει όταν η υφιστάμενη δημόσια ανάγκη θεραπεύεται αποκλειστικά από συγκεκριμένα είδη ή υπηρεσίες, τα οποία δεν προσφέρονται από άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που δραστηριοποιούνται στον συγκεκριμένο τομέα, ήτοι υπό συνθήκες ανταγωνισμού, εντός συγκεκριμένης εδαφικής περιφέρειας, λόγω αποκλειστικών τεχνικών μέσων, γνώσεων ή μεθόδων (ΕλΣυν Τμήμα VI Πράξεις 14/2003 και 125/2000).

β) Αντίστοιχα, σε ό,τι αφορά **στην επίκληση της ύπαρξης αποκλειστικών δικαιωμάτων**, αυτή αφορά στις περιπτώσεις εκείνες που για λόγους νομικούς μπορεί να ανατεθεί η σύμβαση σε έναν και μόνο οικονομικό φορέα. Συγκεκριμένα, η εν λόγω προϋπόθεση ικανοποιείται όταν το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης προστατεύεται από δικαιώματα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, όπως σήματα και δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, ακόμα και εάν αυτά δεν είναι κατοχυρωμένα (Δ.Ε.Ε. C-199/85, σκέψη 14, C-57/94 σκέψη 23, ΕΣ Τμ. VI 2055/2010). Επισημαίνεται, δε, ότι δεν αρκεί τα είδη ή υπηρεσίες να είναι προστατευμένα από αποκλειστικά δικαιώματα, αλλά απαιτείται μόνο ένας οικονομικός φορέας να τα παρασκευάζει/παρέχει, χωρίς να υπάρχουν ανταγωνιστικοί οικονομικοί φορείς που παρέχουν ισοδύναμα ή παρόμοια προϊόντα ή υπηρεσίες (πρβλ. Δ.Ε.Ε. C-328/92, σκέψη 17, ΕΣ Τμ. IV 86, 176 και 177/2009, 50 και 205/2010, 47/2008, 26/2002).

Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν διαζευκτικά οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή δύναται να προβεί, ύστερα από διαπραγματεύσεις, σε απευθείας ανάθεση δημόσιων συμβάσεων προμηθειών ή υπηρεσιών για λόγους τεχνικούς ή προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, έχοντας, όμως, προηγουμένως σταθμίσει όλες τις οικονομοτεχνικές παραμέτρους, που καθιστούν αναγκαία την προσφυγή σε αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία, με πλήρη και ειδική αιτιολογία που πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για τους λόγους που επέβαλαν την απόφασή της αυτή, διαφορετικά η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δεν είναι νόμιμη (βλ. Πράξεις 77/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 61/2004 VI Τμ. Ε.Σ).

25. Ειδικότερα, οι τεχνικοί λόγοι που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή για να τεκμηριώσει το αίτημά της και την αναγκαιότητα ανάθεσης της αιτούμενης σύμβασης στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, όπως αυτοί προκύπτουν από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης και ιδίως από την υποβληθείσα τεχνική έκθεση της Διεύθυνσης Ανάπτυξης και Στήριξης ΕΣΗΔΗΣ είναι οι ακόλουθοι:

α) *“Με την επιδιωκόμενη επέκταση της λειτουργικότητας του ΕΣΗΔΗΣ θα υποστηρίζονται όλες οι διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων Δημοσίων Έργων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών μέχρι την υπογραφή της σύμβασης και ειδικότερα, θα υποστηρίζονται λειτουργίες που αφορούν στη δημοσίευση διαγωνισμών, υποβολή προσφορών, αξιολόγηση προσφορών και έλεγχος δικαιολογητικών μειοδότη για την κατακύρωση του αποτελέσματος.*

Η υποστήριξη των διαδικασιών αυτών για τις συμβάσεις έργων δεν περιλαμβάνονταν στον αρχικό σχεδιασμό του έργου και για την κάλυψή τους απαιτείται η ανάπτυξη νέων λειτουργικοτήτων οι οποίες πρέπει να σημειωθεί ότι θα επηρεάσουν και την υφιστάμενη λειτουργικότητα του συστήματος. ”

β) *“Επειδή είναι πάρα πολύ πιθανό ότι θα υπάρξουν κάποιες ανεπιθύμητες παρενέργειες και στα ήδη υλοποιημένα συστήματα, θα πρέπει να ληφθεί μέριμνα για :*

- τον ταχύ εντοπισμό τους και
- τη γρήγορη διαχείριση τους (προσωρινές λύσεις, μόνιμες λύσεις, εύρεση work around, κ.α)

Επιπλέον, οι αλλαγές στις λειτουργίες καθιστούν αναγκαία την παροχή υπηρεσιών υποστήριξης στους χρήστες του ΕΣΗΔΗΣ προκειμένου αυτοί να εξοικειωθούν με τις αλλαγές και τις νέες απαιτήσεις.

Οι παραπάνω εργασίες προαπαιτούν εκτενή γνώση της ως τώρα υλοποίησης, σοβαρή εξοικείωση με την ως τώρα χρήση του συστήματος για θέματα τεχνικά και επιχειρησιακά που προκύπτουν καθώς και γνώση, εμπειρία και εξοικείωση με την διαδικασία και τους κινδύνους που περιλαμβάνονται σε αρκετά από αυτά (π.χ. θέματα σχετικά με υποβολές σφραγισμένων προσφορών απαιτούν ιδιαίτερη προσοχή γιατί ακόμα και μια "κατα λάθος" άστοχη διατύπωση κατά την επικοινωνία με οικονομικούς φορείς μπορεί να οδηγήσει σε ακύρωση διαγωνισμών ή/και σε αιτιάσεις για την ασφάλεια και την αξιοπιστία του συστήματος με πάρα πολύ σοβαρές επιπτώσεις στην χρήση του και τις δημόσιες συμβάσεις γενικότερα).

γ) " Όλες οι ανωτέρω επεμβάσεις, τροποποιήσεις, επικαιροποιήσεις, προσθήκες δεν δύνανται να θεωρηθούν ως νέες υλοποιήσεις λειτουργικότητας στα πλαίσια νέου συστήματος, αλλά μετατροπές επί του υφισταμένου συστήματος και των εφαρμογών του, απαιτώντας επεμβάσεις στην ανάλυση απαιτήσεων, το σχεδιασμό του συστήματος, σε βιβλιοθήκες πηγαίου κώδικα, στο σχήμα βάσης δεδομένων και στην αρχιτεκτονική εφαρμογών, που αναπτύχθηκαν από τον Ανάδοχο της σύμβασης 6655/2011 όπως αυτή τροποποιήθηκε και υλοποιήθηκε για το Έργο «Ανάπτυξη Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών» .

Περαιτέρω, ειδικά για την επέκταση– ενίσχυση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων του ΕΣΗΔΗΣ αναφέρεται στην ίδια τεχνική έκθεση:

α) "Η επερχόμενη υποστήριξη από το ΕΣΗΔΗΣ και των συμβάσεων Δημοσίων Έργων αναπόφευκτα οδηγεί και στην ανάγκη επέκτασης των αποθηκευτικών χώρων του συστήματος αφού θα αυξηθεί σημαντικά το συνολικό πλήθος των διαγωνισμών που θα διενεργούνται μέσω του συστήματος και αντίστοιχα και ο συνολικός αριθμός των προσφορών που θα υποβάλλονται ηλεκτρονικά, με τα στοιχεία τους να τηρούνται στους αποθηκευτικούς χώρους του συστήματος."

β) Απαρίθμηση ειδικών συνθηκών υλοποίησης της επέκτασης αποθηκευτικών χώρων

1. Το υπάρχον ενιαίο αυτόνομο σύστημα αποθήκευσης τεχνολογίας Storage Area NebNork (S.A.N.) που παρασχέθηκε από τον ανάδοχο της σύμβασης 6655/11 είναι ολοκληρωμένο με όλο το υπόλοιπο σύστημα και οιαδήποτε τεχνική παρέμβαση επηρεάζει εκτεταμένα και κρίσιμα την λειτουργία και διαμόρφωση του μεγαλύτερου μέρους του εξοπλισμού και του λογισμικού του ΕΣΗΔΗΣ

2. Η σύμβαση 6655/11 είναι σε φάση εγγύησης. Εμπλοκή δύο αναδόχων στις υπηρεσίες παραμετροποίησης, διαμόρφωσης, εγγύησης και συνεχούς προσαρμογής του SAN και του υποσυστήματος backup θα αυξήσει ιδιαίτερα τις ανάγκες συντονισμού και θα εισάγει και νέα καθήκοντα για όλους τους εμπλεκόμενους (συμπεριλαμβανομένου του προσωπικού της ΓΓΕ) Π.χ. θα πρέπει να προσδιορίζεται σε κάθε περίπτωση προσαρμογής , ελέγχου ή δυσλειτουργίας σε ποιου ανάδοχου το φυσικό αντικείμενο εμπήττει.

3. Το προαναφερόμενο πρόβλημα θα μεγιστοποιηθεί στην περίπτωση που εκτός από διαφορετικούς προμηθευτές χρησιμοποιηθεί και υλικό /λογισμικό διαφορετικών κατασκευαστών. Ειδικά σε αυτή την περίπτωση υπάρχει πιθανότητα να δημιουργηθεί και επιπλέον πρόβλημα γιατί πρέπει οι δυο κατασκευαστές να εγγυηθούν ότι το υλικό τους είναι "συμβατό".

4. Αναπόφευκτα υλικό από διαφορετικούς κατασκευαστές θα επιβάλει χρήση περισσότερων συστημάτων διαχείρισης του υλικού. Αυτή η κατάσταση αυξάνει σοβαρά τις τεχνικές δυσκολίες χρήσης και ακυρώνει σε ένα ποσοστό την τεχνογνωσία που έχει αποκτήσει το προσωπικό της ΓΓΕ.

5. Η αξιοποίηση της επέκτασης (η οποία είναι διαφορετικός κύκλος εργασιών από την εγκατάσταση της επέκτασης) απαιτεί εκτεταμένες εργασίες αναδιάταξης χώρων αποθήκευσης και δεδομένων στις βάσεις δεδομένων και άλλα υποσυστήματα που θα χρησιμοποιούν τους νέους πόρους που θα προσθέσει η επέκταση στο σύστημα. Αυτός ο κύκλος εργασιών θα επιβαρυνθεί σοβαρότατα με επιπλέον τεχνικούς ελέγχους, τεχνικές δοκιμές, εργασίες τεχνικού συντονισμού και εξασφάλισης κοινής προσέγγισης μεταξύ όλων των συμμετεχόντων στην διαχείριση και εγγύηση του συστήματος.

6. Επειδή αναμένεται η λειτουργικότητα και ο φόρτος του συστήματος να αυξηθούν και να αλλάξουν λόγω της άμεσα επερχόμενης υποχρεωτικής εκτέλεσης των διαγωνισμών για δημόσια έργα και μελέτες, απαιτείται συνεχής προσαρμογή της διαμόρφωσης του υποσυστήματος αποθήκευσης δεδομένων και backup σε συνεχώς εξελισσόμενες συνθήκες στο άμεσο και μεσοπρόθεσμο μέλλον.

7. Πρέπει επίσης να αναφερθεί ότι η όλη προμήθεια πρέπει να ξεκινήσει και ολοκληρωθεί το ταχύτερο δυνατόν επειδή εξαντλούνται ταχύτατα οι πόροι του συστήματος και οι αυξημένες ανάγκες (λόγω δημοσίων έργων) θα εμφανιστούν στο άμεσο μέλλον."

γ) "7.4 Συμπεράσματα -εκτιμήσεις για τη μορφή υλοποίησης της επέκτασης

1. Οι παραπάνω επεκτάσεις / παρεμβάσεις στο υπάρχον σύστημα προαπαιτούν εκτεταμένη γνώση και μελέτη της δομής και παραμετροποίησης ΚΑΙ λειτουργίας όχι μόνο του υπάρχοντος SAN αλλά και άλλων πολλών υποσυστημάτων.

• Η ποσότητα και η ποιότητα της ανθρωποπροσπάθειας που πρέπει να δαπανηθεί αν εκτελεστούν από διαφορετικό (του αναδόχου της συμβ. 6655/11) ολοκληρωτή συστημάτων για την προαναφερόμενη μελέτη,

• οι τεχνικοί κίνδυνοι ολοκλήρωσης με την υφιστάμενη υποδομή και

• οι μεθοδολογίες εκτέλεσης εργασιών και συντονισμού μεταξύ των εμπλεκόμενων (ΓΓΕ, κατασκευαστές υπάρχοντος λογισμικού και εξοπλισμού (HW), κατασκευαστές νέου πιθανώς διαφορετικού SW και HW, ανάδοχος της σύμβασης 6655/11 που προσφέρει εκτεταμένες υπηρεσίες εγγύησης και υποστήριξης του υπάρχοντος συστήματος, πιθανός νέος ανάδοχος για την προμήθεια υλικού, υπηρεσιών παραμετροποίησης και εγγύησης) είναι τέτοιας έκτασης που αναπόφευκτα θα αυξήσει δυσανάλογα τις τεχνικές δυσχέρειες ως προς την χρήση και την συντήρηση, (τους κινδύνους και το κόστος).

2. Επίσης απαιτείται συνεχής παραμετροποίηση, προσαρμογή και ρύθμιση του SAN λόγω αναμενόμενης σοβαρότατης αύξησης του φόρτου του συστήματος και προσθήκης νέων λειτουργικότητων. Η χρησιμοποίηση εξοπλισμού και λογισμικού άλλου κατασκευαστή και νέας ομάδας υποστήριξης του (η οποία δεν θα έχει γνώση της λειτουργίας και συνεχούς επέκτασης των άλλων υποσυστημάτων) θα αυξήσει υπέρμετρα και δυσανάλογα τις τεχνικές δυσχέρειες χρήσης και συντήρησης του συστήματος.

3. Επιπλέον πρέπει να επισημανθεί ότι το κόστος για την μελέτη της αρχιτεκτονικής του υπάρχοντος συστήματος και η παρακολούθηση και συνεχής προσαρμογή του, αυξάνουν σοβαρά την ποσότητα και την ποιότητα της ανθρωποπροσπάθειας που πρέπει να προσφέρει πιθανός νέος ανάδοχος. Το κόστος αυτής της ανθρωποπροσπάθειας αναμένεται να αυξηθεί σε τέτοιο βαθμό για νέους πιθανούς αναδόχους, που πρακτικά δεν θα υφίσταται ανταγωνισμός επειδή υπάρχουν ιδιαίτεροι τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του.

Τέλος, στα συμπεράσματα της έκθεσης αναφέρονται οι ακόλουθες επισημάνσεις και πορίσματα:

"1. Το νομικό πλαίσιο και οι διεθνείς υποχρεώσεις της χώρας, επέφεραν την αναγκαστική αναβάθμιση, τροποποίηση και επικαιροποίηση απαιτήσεων και των εφαρμογών που αναπτύχθηκαν στο πλαίσιο της σύμβασης 6655/ 2011 για το Έργο «Ανάπτυξη Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών» και την ανάγκη επέκτασης αυτών, όπως αναλυτικά αναφέρθηκε παραπάνω.

2. Υπογραμμίζεται ότι :

• Όλα τα δομικά συστατικά του συστήματος είναι εκτενώς ολοκληρωμένα και αλλαγές σε ένα σύστημα συχνά έχουν επιπτώσεις και σε άλλα.

• Η χρήση COTS για να εξασφαλιστεί η ομοιομορφία, ενοποίηση και τυποποίηση της διαχειριζόμενης πληροφορίας περιλαμβάνει ενιαίες υποδομές, δομές και διαδικασίες διαχείρισης σε τεχνικό επίπεδο (Βάση δεδομένων, λογικά σχήματα για αποθήκευση δεδομένων) και επίπεδο λειτουργικότητας των εφαρμογών -functional level (αποτύπωση επιχειρησιακών οντοτήτων, αγαθών, ιεραρχιών οργανισμών και χρηστών, ρών εργασιών, εγκριτικών ρών κλπ)

• Η υλοποίηση των εξατομικεύσεων αν και απολύτως συμμορφούμενη με τις σχετικές οδηγίες του κατασκευαστή, εμπεριέχει / επηρεάζεται από την ευρύτερη τεχνογνωσία, εμπειρία και εκτιμήσεις του υλοποιητή

3. Όλες οι επιβεβλημένες από το ισχύον θεσμικό πλαίσιο επεμβάσεις/ τροποποιήσεις/ επικαιροποιήσεις/ προσθήκες δεν αποτελούν νέες εφαρμογές στο πλαίσιο ενός νέου συστήματος, αλλά αναγκαστικές μετατροπές επί του υφιστάμενου συστήματος, απαιτώντας πρόσθετη υποστήριξη, ανάλυση και σχεδιασμό, επεμβάσεις σε βιβλιοθήκες, για τα οποία εκ των πραγμάτων και για τεχνικούς λόγους μόνον ο Ανάδοχος του έργου «Ανάπτυξη Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών» διαθέτει τη συσσωρευμένη και εξειδικευμένη γνώση να παρέμβει στο σύστημα και να παράσχει τις απαιτούμενες υπηρεσίες υποστήριξης.

4. Οι προς υλοποίηση εργασίες προαπαιτούν εκτενή γνώση της ως τώρα υλοποίησης, σοβαρή εξοικείωση με την ως τώρα χρήση του συστήματος για θέματα, τεχνικά και επιχειρησιακά που προκύπτουν, καθώς και γνώση, εμπειρία και εξοικείωση με την διαδικασία και τους κινδύνους που περιλαμβάνονται σε αρκετά από αυτά. Ως εκ τούτου, ενδεχόμενη υλοποίηση της επέκτασης του ΕΣΗΔΗΣ από έτερο ανάδοχο, διαφορετικό του υφιστάμενου, προϋποθέτει διαδικασίες ανάπτυξης, εφαρμογής και ελέγχου νέων λειτουργικότητων παράλληλα με την εξασφάλιση της απρόσκοπτης λειτουργίας του συστήματος, οι οποίες δίχως τον κατάλληλο σχεδιασμό και τη συνεργασία όλων των εμπλεκόμενων μερών (υφιστάμενου αναδόχου, νέου αναδόχου, ΓΓΕ, ΓΓΔΕ), είναι καταδικασμένη σε αποτυχία και κατά συνέπεια οδηγεί σε μη διαθεσιμότητα των υπηρεσιών που το σύστημα προσφέρει.

5. Στην παρούσα χρονική στιγμή έχει ολοκληρωθεί η οριστική παραλαβή του συστήματος και ισχύει η περίοδος εγγύησης καλής λειτουργίας για την οποία υπεύθυνος είναι ο ανάδοχος του αρχικού έργου του ΕΣΗΔΗΣ. Κατά συνέπεια καθίσταται επισφαλής η υλοποίηση των αναβαθμίσεων από τρίτο Ανάδοχο, ο οποίος ενδεχομένως να προκύψει από ανοιχτή διαδικασία διαγωνισμού, χωρίς να προκύψουν προβλήματα στην εφαρμογή των όρων της εγγύησης καλής λειτουργίας του συστήματος. Συνεπώς, ο ανάδοχος που υλοποίησε το ΕΣΗΔΗΣ είναι ο μόνος που μπορεί να υλοποιήσει την επέκταση του συστήματος αφενός σε σύντομο χρονικό διάστημα, αφού γνωρίζει την υφιστάμενη κατάσταση, αλλά και να διασφαλίσει παράλληλα και την απρόσκοπτη λειτουργία του.

6. Το έργο της επέκτασης του ΕΣΗΔΗΣ και η απαιτούμενη προσαρμογή του και εξοικείωση των χρηστών με τις αλλαγές και νέες απαιτήσεις, εκτός από το εξειδικευμένο φυσικό τους αντικείμενο, χαρακτηρίζονται και από την ανάγκη για σύντομο χρόνο υλοποίησής τους και ένταξής τους σε παραγωγική λειτουργία αφού το υφιστάμενο νομικό πλαίσιο και οι διεθνείς υποχρεώσεις της χώρας, θέτουν συγκεκριμένες χρονικές προθεσμίες οι οποίες επιβάλλουν την άμεση προσαρμογή της λειτουργικότητας και την αξιοποίηση του συστήματος από τους χρήστες του.

Επιπροσθέτως, μια ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία θα έχει την τυπικά μεγάλη καθυστέρηση λόγω διαδικασίας προκήρυξης, αξιολόγησης, πιθανών προσφυγών, συμβασιοποίησης και φυσικά θα μπορούσε να οδηγήσει πιθανότατα σε νέο ανάδοχο, με συνέπεια την πρόσθετη (λόγω πολυπλοκότητας) καθυστέρηση για το αναμενόμενο προπαρασκευαστικό στάδιο και το στάδιο υλοποίησης της επέκτασης που προηγείται της πιλοτικής λειτουργίας. Όλα αυτά θα διαρκούσαν τουλάχιστον ένα (1) έτος, ενώ επιβάλλεται η πιλοτική λειτουργία της νέας επέκτασης να ξεκινήσει στις 30/9/2016.

7. Το ΕΣΗΔΗΣ εξυπηρετεί αδιάλειπτα και για περισσότερο από δύο χρόνια τις ηλεκτρονικές δημόσιες συμβάσεις και θα πρέπει να συνεχίσει χωρίς καμία διακοπή της λειτουργίας του. Η απρόσκοπτη λειτουργία του συστήματος, χωρίς καμία διακοπή ή δυσλειτουργίες, είναι απαραίτητη και επιβεβλημένη. Δεκάδες ηλεκτρονικοί διαγωνισμοί δημοσιεύονται καθημερινά, προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες των φορέων του δημοσίου, οι οποίοι χρησιμοποιούν αποκλειστικά το ΕΣΗΔΗΣ για το σκοπό αυτό. Τυχόν διακοπή της λειτουργίας του συστήματος για την υλοποίηση της επέκτασής του θα έχει ζημιολογικά αποτελέσματα για τους φορείς και απώλεια των πλεονεκτημάτων που το σύστημα προσφέρει."

Κρίνεται επικίνδυνο και αδόκιμο η συνέχιση της λειτουργίας μιας τέτοιας υποδομής, να τεθεί σε κίνδυνο από έναν νέο ανάδοχο, η εμπλοκή του οποίου θα έχει αβέβαια αποτελέσματα στη συνολική λειτουργία του συστήματος και στην τυχόν καταστρατήγηση των όρων εγγύησης της καλής λειτουργίας του, η οποία είναι εξασφαλισμένη, με συγκεκριμένους όρους, από τον ανάδοχο που υλοποίησε το αρχικό έργο.

Με βάση τους ως άνω ισχυρισμούς που εμπεριέχονται στην τεχνική έκθεση που προσκομίστηκε από την αιτούσα, καταρχήν προκύπτει ότι το φυσικό αντικείμενο της υπ' αριθμ. 6655/2011 σύμβασης έχει ήδη υλοποιηθεί και παραληφθεί οριστικά με το υπ' αριθμ. 14/28-3-2014 πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής.

Κατά συνέπεια δεν πρόκειται για επέκταση ήδη υφιστάμενης και εκτελούμενης σύμβασης, καθώς αυτή έχει ήδη ολοκληρωθεί, αλλά για μία νέα κατ' ουσίαν σύμβαση, η οποία αποσκοπεί στην παραμετροποίηση υφιστάμενου συστήματος, προφανώς μέσω της εγκατάστασης- προσθήκης νέων τεχνικών λειτουργιών ή/και νέου λογισμικού, ώστε να είναι δυνατόν το εν λόγω σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ) να μπορεί να υποδεχθεί στην πλατφόρμα του και να υποστηρίξει διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών.

Αυτό άλλωστε προκύπτει και από την αναλυτική αναφορά στην παρ. 6.2 της τεχνικής έκθεσης των απαιτούμενων τεχνικών εργασιών που πρέπει να υλοποιηθούν στο ΕΣΗΔΗΣ για την υποστήριξη των αναγκαίων λειτουργικών του επεκτάσεων.

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι όλοι οι προαναφερθέντες ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, περιγράφουν ενδεχόμενες τεχνικές δυσχέρειες που μπορεί να ανακύψουν σε περίπτωση που οι αιτούμενες υπηρεσίες επέκτασης-παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ ανατεθούν σε οικονομικό φορέα διαφορετικό από τον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης.

Ειδικότερα, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της ΓΓΕ η ανάθεση της σύμβασης σε διαφορετικό ανάδοχο ενδέχεται να προκαλέσει τις ακόλουθες τεχνικές δυσχέρειες:

- υλικό από διαφορετικούς κατασκευαστές θα επιβάλλει χρήση περισσότερων συστημάτων διαχείρισης του υλικού. Αυτή η κατάσταση αυξάνει σοβαρά τις τεχνικές δυσκολίες χρήσης και ακυρώνει σε ένα ποσοστό την τεχνογνωσία που έχει αποκτήσει το προσωπικό της ΓΓΕ,
- απαιτούνται εκτεταμένες εργασίες αναδιάταξης χώρων αποθήκευσης και δεδομένων στις βάσεις δεδομένων και άλλα υποσυστήματα που θα χρησιμοποιούν τους νέους πόρους που θα προσθέσει η επέκταση στο σύστημα,
- οι μεθοδολογίες εκτέλεσης εργασιών και συντονισμού μεταξύ των εμπλεκόμενων (ΓΓΕ, κατασκευαστές υπάρχοντος λογισμικού και εξοπλισμού (HW), κατασκευαστές νέου πιθανώς διαφορετικού SW και HW, ανάδοχος της σύμβασης 6655/11 που προσφέρει εκτεταμένες υπηρεσίες εγγύησης και υποστήριξης του υπάρχοντος συστήματος, πιθανός νέος ανάδοχος για την προμήθεια υλικού, υπηρεσιών παραμετροποίησης και εγγύησης) είναι τέτοιας έκτασης που αναπόφευκτα θα αυξήσει δυσανάλογα τις τεχνικές δυσχέρειες ως προς την χρήση και την συντήρηση, (τους κινδύνους και το κόστος),
- Η χρησιμοποίηση και λογισμικού άλλου κατασκευαστή και νέας ομάδας υποστήριξης του (η οποία δεν θα έχει γνώση της λειτουργίας και συνεχούς επέκτασης των άλλων υποσυστημάτων) θα αυξήσει υπέρμετρα και δυσανάλογα τις τεχνικές δυσχέρειες χρήσης και συντήρησης του συστήματος,
- Το κόστος για την μελέτη της αρχιτεκτονικής του υπάρχοντος συστήματος και η παρακολούθηση και συνεχής προσαρμογή του, αυξάνουν σοβαρά την ποσότητα και την ποιότητα της ανθρωποπροσπάθειας που πρέπει να προσφέρει πιθανός νέος ανάδοχος. Το κόστος αυτής της ανθρωποπροσπάθειας αναμένεται να αυξηθεί σε τέτοιο βαθμό για νέους πιθανούς αναδόχους, που πρακτικά δεν θα υφίσταται ανταγωνισμός επειδή υπάρχουν ιδιαίτεροι τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του,
- για τεχνικούς λόγους μόνον ο Ανάδοχος του έργου «Ανάπτυξη Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών» διαθέτει τη συσσωρευμένη και εξειδικευμένη γνώση να παρέμβει στο σύστημα και να παράσχει τις απαιτούμενες υπηρεσίες υποστήριξης,
- ενδεχόμενη υλοποίηση της επέκτασης του ΕΣΗΔΗΣ από έτερο ανάδοχο, διαφορετικό του υφιστάμενου, προϋποθέτει διαδικασίες ανάπτυξης, εφαρμογής και ελέγχου νέων λειτουργικότητων παράλληλα με την εξασφάλιση της απρόσκοπτης λειτουργίας του συστήματος, οι οποίες δίχως τον κατάλληλο σχεδιασμό και τη συνεργασία όλων των εμπλεκόμενων μερών (υφιστάμενου αναδόχου, νέου αναδόχου, ΓΓΕ, ΓΓΔΕ), είναι καταδικασμένη σε αποτυχία και κατά συνέπεια οδηγεί σε μη διαθεσιμότητα των υπηρεσιών που το σύστημα προσφέρει,
- Κρίνεται επικίνδυνο και αδόκιμο η συνέχιση της λειτουργίας μιας τέτοιας υποδομής, να τεθεί σε κίνδυνο από έναν νέο ανάδοχο, η εμπλοκή του οποίου θα έχει αβέβαια αποτελέσματα στη συνολική λειτουργία του συστήματος

Ωστόσο, όλες οι προαναφερόμενες αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής δεν απορρέουν από μία εμπειριστωμένη και επαρκώς τεκμηριωμένη τεχνικο-οικονομική μελέτη ούτε εμπεριέχεται στην τεχνική έκθεση που προσκομίζεται αναλυτική αξιολόγηση του υπάρχοντος συστήματος με την παράθεση στοιχείων συσχετισμού κινδύνων και κόστους που μπορεί να προκληθεί από την εμπλοκή έτερου οικονομικού φορέα στην επέκταση-παραμετροποίηση του ΕΣΗΔΗΣ, σε σχέση με τους κινδύνους και το κόστος που θα επιφέρει η ανάθεση των αιτούμενων υπηρεσιών στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης.

Ουσιαστικά, η παράθεση των ανωτέρω τεχνικών δυσχερειών που δύναται να προκαλέσει η επιλογή διαφορετικού αναδόχου, αποτελεί τη βάση της επιχειρηματολογίας της αναθέτουσας αρχής για τις ιδιαίτερες μεθοδολογίες και τεχνικές λύσεις που έχουν αναπτυχθεί από την ήδη ανάδοχο Ένωση Εταιρειών στο ΕΣΗΔΗΣ, ώστε να είναι σε θέση η τελευταία να αντιμετωπίσει ταχύτερα και πιο αποτελεσματικά ζητήματα δυσλειτουργίας του συστήματος που δύναται να ανακύψουν κατά τις εργασίες παραμετροποίησης του. Αυτό, όμως, δεν καθιστά, εκ προοιμίου, τη λύση αυτή "τεχνικά μοναδική" αλλά ενδεχομένως ιδιαίτερα πολύπλοκη και εξειδικευμένη, ίσως και πλέον συμφέρουσα, και σε κάθε περίπτωση κατάλληλη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος, πάντως σε καμία περίπτωση "τεχνικά μοναδική".

Με βάση τα ανωτέρω συνάγεται ότι, κατά την τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής, η ανάδοχος Ένωση Εταιρειών της αρχικής σύμβασης είναι τεχνικά ικανή να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις αιτούμενες υπηρεσίες επέκτασης- παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τους κανόνες που επιτάσσει η ασφαλής λειτουργία του συστήματος, χωρίς, ωστόσο, να τεκμηριώνεται από τα στοιχεία που προσκομίσθηκαν ότι η συγκεκριμένη Ένωση Εταιρειών είναι η μοναδική έναντι οιοδήποτε άλλου οικονομικού φορέα/παρόχου (ΕΣ Τμ. VI 2055/2010), ο οποίος εν δυνάμει θα μπορούσε να προσφέρει μία τεχνικά ισοδύναμη λύση ως προς τις αναγκαίες επεκτάσεις του ΕΣΗΔΗΣ.

Περαιτέρω από κανένα από τα προσκομισθέντα στοιχεία δεν τεκμηριώθηκε ότι το σύστημα, το οποίο έχει αναπτύξει ο ανάδοχος της αρχικής σύμβασης, μπορεί να τύχει παραμετροποίησης αποκλειστικά και μόνον από αυτόν και όχι από έτερο οικονομικό φορέα, καθώς, για να πληρούνται οι προϋποθέσεις της εξεταζόμενης διάταξης, πρέπει να προσκομίζονται αποδεικτικά στοιχεία όχι μόνο για την αποκλειστική τεχνική καταλληλότητα των οικείων ειδών ή τη μοναδικότητα του κατασκευαστή τους αλλά και για τη μη ύπαρξη ανταγωνιστικών προμηθευτών ή κατασκευαστών των ίδιων προϊόντων (ΕΣ Τμ IV 50/2010, ΕΣ Τμ IV 176, 177/2009).

Σε κάθε περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, από τον Οκτώβριο του 2015, οπότε και, (σύμφωνα με τις διεθνείς δεσμεύσεις που ανέλαβε η Ελλάδα στο πλαίσιο του ν. 4336/2015 και ειδικότερα στο Σχέδιο Δράσης που υπογράφηκε στο πλαίσιο του Μνημονίου Κατανόησης), άρχισε να διερευνάται ο τρόπος επέκτασης του ΕΣΗΔΗΣ, ώστε να αποτελέσει ένα ενιαίο σύστημα για την ανάθεση, μέσω ηλεκτρονικών διαδικασιών όλων των δημοσίων συμβάσεων και κατ' επέκταση να ενσωματωθούν σε αυτό και οι δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, προέβη σε οποιαδήποτε έρευνα αγοράς ή τεχνικο-οικονομική μελέτη οι οποίες θα τεκμηριώναν την απουσία άλλου ενδιαφερόμενου, φυσικού ή νομικού προσώπου, δυνάμενου να προσφέρει ανάλογες υπηρεσίες παραμετροποίησης. Η αναθέτουσα αρχή περιορίζεται στο να υπογραμμίσει τα πλεονεκτήματα της τεχνογνωσίας που έχει αναπτύξει ο ανάδοχος της αρχικής σύμβασης και της εξοικειώσής του με το σύστημα υποστηρίζοντας ότι:

- *"για τεχνικούς λόγους μόνον ο Ανάδοχος του έργου «Ανάπτυξη Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Προμηθειών» διαθέτει τη συσσωρευμένη και εξειδικευμένη γνώση να παρέμβει στο σύστημα και να παράσχει τις απαιτούμενες υπηρεσίες υποστήριξης,*
- *Το κόστος αυτής της ανθρωποπροσπάθειας αναμένεται να αυξηθεί σε τέτοιο βαθμό για νέους πιθανούς αναδόχους, που πρακτικά δεν θα υφίσταται ανταγωνισμός επειδή υπάρχουν ιδιαίτεροι τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του,*
- *Κρίνεται επικίνδυνο και αδόκιμο η συνέχιση της λειτουργίας μιας τέτοιας υποδομής, να τεθεί σε κίνδυνο από έναν νέο ανάδοχο, η εμπλοκή του οποίου θα έχει αβέβαια αποτελέσματα στη συνολική λειτουργία του συστήματος".*

Ωστόσο, οι ισχυρισμοί αυτοί, οι οποίοι κατατείνουν στον προβαλλόμενο περίπλοκο και δυσχερή χαρακτήρα της προς ανάθεση σύμβασης, δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να αποτελέσουν αποδεικτικό στοιχείο για την ακαταλληλότητα ή και την απουσία άλλων εν δυνάμει οικονομικών φορέων στην αγορά και κατά συνέπεια να τεκμηριώσουν την απουσία ανταγωνισμού και την "τεχνική μοναδικότητα" του αναδόχου της αρχικής

σύμβασης, η οποία καθιστά αναγκαία την ανάθεση της αιτούμενης σύμβασης σε αυτόν (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση C-385/02, σκέψη 21).

Ως προς τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, επισημαίνεται, τέλος, ότι η επιλογή της εξαιρετικής διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης της εξεταζόμενης σύμβασης στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης δεν μπορεί να υπαγορεύεται μονοσήμαντα από την πολυπλοκότητα της σύμβασης και την ακολουθούμενη από αυτόν εμπορική πολιτική. Αυτό, διότι σε μία τέτοια περίπτωση θα ετίθετο θέμα υποκρυπτόμενης πάγιας εμπορικής δέσμευσης και τεχνητού εγκλωβισμού της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω εταιρεία (lock in vendor), προκειμένου να της αναθέτει στο διηνεκές, απευθείας εργασίες συντήρησης, τεχνικής υποστήριξης και βελτίωσης του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Σημειώνεται, τέλος, ότι σχετικός όρος για την ανάθεση πρόσθετων υπηρεσιών επέκτασης της λειτουργικότητας του ΕΣΗΔΗΣ, λαμβανομένης υπόψη της δυναμικότητας του, δεν προβλέφθηκε στη σχετική διακήρυξη ούτε και στην αριθ. 6655/2011 σύμβαση προμήθειας, εγκατάστασης και ανάπτυξης του ΕΣΗΔΗΣ.

26. Ειδικά ως προς τη συνδρομή της προϋπόθεσης του αποκλειστικού δικαιώματος:

Δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την ύπαρξη αποκλειστικών δικαιωμάτων του αναδόχου της αρχικής σύμβασης προκειμένου να τεκμηριώσει το αίτημά της.

Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι στο άρθρο 14 παρ. 1 της υπ' αριθμ. 6655/2011 σύμβασης με τίτλο "Πνευματικά Δικαιώματα" προβλέπεται: "*Όλα τα αποτελέσματα-μελέτες, στοιχεία και κάθε άλλο έγγραφο ή αρχείο σχετικό με το έργο, ο πηγαίος κώδικας (source code), οι βάσεις δεδομένων, καθώς και όλα τα υπόλοιπα παραδοτέα που θα αποκτηθούν, αναπτυχθούν από την "ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ-ΑΝΑΔΟΧΟ" με δαπάνες του έργου, θα αποτελούν αποκλειστική ιδιοκτησία της ΓΓΕ, που μπορεί να τα διαχειρίζεται και να τα εκμεταλλεύεται (όχι εμπορικά)"*

Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω διαπιστώνεται ότι οι αιτούμενες υπηρεσίες, δεδομένου ότι αποτελούν επέκταση-παραμετροποίηση του ήδη υφιστάμενου συστήματος, δεν προστατεύονται από αποκλειστικά δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, καθώς έχει ήδη χωρήσει μεταβίβαση των σχετικών δικαιωμάτων της αρχικής σύμβασης στην αναθέτουσα αρχή (ΓΓΕ), και ιδίως του πηγαίου κώδικα, γεγονός που ενδυναμώνει τον ισχυρισμό ότι μπορεί οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας να προβεί στις εργασίες παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ, καθώς έχει πρόσβαση στον πηγαίο κώδικα του συστήματος.

Κατά συνέπεια, από τα υποβληθέντα στοιχεία, δεν θεμελιώνεται ότι οι ζητούμενες υπηρεσίες επέκτασης-παραμετροποίησης προστατεύονται από αποκλειστικά δικαιώματα ούτε ότι δεν υφίσταται οποιοσδήποτε άλλος οικονομικός φορέας που θα μπορούσε να προσφέρει ισοδύναμες υπηρεσίες στην αγορά.

Συμπερασματικά, ενόψει όλων των ανωτέρω (υπό στοιχ. 24 και 25) προκύπτει αναντίρρητα ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της επικαλούμενης διάταξης του άρθρου 25 περ. 1, υποπερ. β' του π.δ./τος 60/2007, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε ότι η ανάδοχος Ένωση Εταιρειών της αρχικής υπ' αριθμ. 6655/2011 σύμβασης ανάπτυξης του ΕΣΗΔΠ (ήδη ΕΣΗΔΗΣ), διαθέτει αποκλειστικά τεχνικά μέσα, ιδιαίτερες γνώσεις ή μεθόδους ή προστατευόμενα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, που καθιστούν αυτήν τον μοναδικό οικονομικό φορέα παροχής των εν λόγω υπηρεσιών και απολύτως αναγκαία την ανάθεση της αιτούμενης σύμβασης για την παραμετροποίηση του ΕΣΗΔΗΣ και την επέκταση της χωρητικότητας του αποθηκευτικού του χώρου σε αυτή. Ειδικότερα, δεν προσκομίσθηκαν επαρκή στοιχεία που να αποδεικνύουν με ασφάλεια την "*ιδιότυπη τεχνική μοναδικότητα*", που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ούτε και το γεγονός ότι η εν λόγω Ένωση Εταιρειών αποτελεί τον μοναδικό οικονομικό φορέα παροχής των υπηρεσιών παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ στον ευρωπαϊκό χώρο, δεδομένου μάλιστα, ότι οι αιτούμενες υπηρεσίες εντάσσονται σε αγορά στην οποία δύναται να αναπτυχθεί ανταγωνισμός.

27. Ως προς την επικουρική νομική βάση, ήτοι τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, την οποία επικαλείται με τα συμπληρωματικά υποβληθέντα στοιχεία της η αναθέτουσα αρχή, επισημαίνεται ότι η εν λόγω διάταξη έχει ενσωματωθεί στην εθνική έννομη τάξη με την ταυτάριθμη διάταξη του ν. 4412/2016.

Οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής της εν λόγω διάταξης, προκειμένου να προσφύγει μία αναθέτουσα αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση:

i) να μην υφίσταται ανταγωνισμός για τεχνικούς λόγους,

ii) να προστατεύονται αποκλειστικά δικαιώματα, περιλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

αποτελούν προϋποθέσεις ταυτόσημες με τις προϋποθέσεις που αναπτύχθηκαν ανωτέρω, κατά την ερμηνεία και εξέταση της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 β του π.δ. 60/2007 και κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής ούτε της εν λόγω διάταξης.

28. Πέραν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή στο αρχικό αίτημά της επικαλείται και τη νομική βάση του άρθρου 25 παρ. 1 περ. γ του π.δ. 60/2007, ήτοι κατεπείγουσες ανάγκες οφειλόμενες σε απρόβλεπτες περιστάσεις, οι οποίες δεν επιτρέπουν την τήρηση των νομίμων προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση, κατόπιν δημοσίευσης προκήρυξης, διαδικασίες.

28.1 Η εφαρμογή της επικαλούμενης διάταξης εξαρτάται από τη συνδρομή των ακόλουθων σωρευτικών προϋποθέσεων:

α) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες,

β) την ύπαρξη απροβλέπτου γεγονότος,

γ) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απροβλέπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει,

δ) οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη και

ε) το αίτημα υποβάλλεται στο απολύτως αναγκαίο μέτρο.

28.2. Γίνεται δεκτό, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ότι, κατά την έννοια της διάταξης της υποπερίπτωσης γ' της περίπτωσης 1 του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από το γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάψει δημόσια σύμβαση με προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, μόνον όμως εφόσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις, ήτοι κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα και δη μη απορρέοντα από δική της ευθύνη. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. χαρακτηριστικά ΣτΕ 1747/2011). Επιπλέον, αντίστοιχη άποψη έχουν υιοθετήσει η Αρχή και το Ελεγκτικό Συνέδριο (ΕΣ), που δέχονται ότι απρόβλεπτες περιστάσεις είναι τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά Αποφ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 6, 9, 31, 81, 236, 254, 408, 435/2013 και 30, 31, 48, 66, 92/2014 και Πράξεις/ΕΣ 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008).

Σύμφωνα δε με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αν δεν πληρούται μία από τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις της διάταξης της περ. γ' της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007, δεν δικαιολογείται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 12, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 14).

Επιπλέον, η προσφυγή στη διαδικασία αυτή νομιμοποιείται μόνο για τις "ποσότητες" εκείνες και για το χρονικό εκείνο διάστημα, που είναι πράγματι αναγκαία για την άμεση αντιμετώπιση της έκτακτης περίπτωσης.

28.3. Εν προκειμένω, ως προς την εξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 25 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 60/2007, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Ως προς την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες:

Με βάση τα στοιχεία που προσκομίζει η αναθέτουσα αρχή η Ελλάδα έχει αναλάβει διεθνείς υποχρεώσεις και νομικές δεσμεύσεις, όπως αυτές έχουν εξειδικευτεί στο πλαίσιο του ν. 4336/2015 (Α 94).

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή στην παρ. 5 της υποβληθείσας τεχνικής έκθεσης επικαλείται τα ακόλουθα:

"Σύμφωνα με το εθνικό νομοθετικό πλαίσιο (ΥΑ με αριθ. 122711/1231/30-11-2015, ΦΕΚ 2640/Β/8-12-2015) η χρήση του ΕΣΗΔΗΣ θα είναι υποχρεωτική από 30/4/2017, για όλους τους φορείς του Ελληνικού Δημοσίου και για τις δημόσιες συμβάσεις έργων (μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών).

Επιπρόσθετα, απαιτείται και η ικανοποίηση επιτακτικών και επειγόντων σχετικών εθνικών δεσμεύσεων -(Ν. 4336/2015- ΦΕΚ Α/9 παρ. Γ.2.4.2, Σχέδιο Δράσης Κεφάλαιο 3 (e-procurement)) με σκοπό την περαιτέρω βελτίωση της αποτελεσματικότητας και της διαφάνειας του συστήματος των δημοσίων συμβάσεων καθώς και της επέκτασης της χρήσης μέσω ηλεκτρονικής επικοινωνίας (means of eCommunication) και για τις δημόσιες συμβάσεις έργων. Σύμφωνα δε με τις προαναφερόμενες δεσμεύσεις, η υλοποίηση της επέκτασης της λειτουργικότητας του συστήματος πρέπει να έχει ολοκληρωθεί έως 30/9/2016, ενώ στη συνέχεια και μέχρι την 30/4/2017, που θα αρχίσει η σχετική παραγωγική λειτουργία, θα πραγματοποιηθεί η πιλοτική λειτουργία της νέας επέκτασης και η εκπαίδευση των χρηστών.

Οι επιτακτικές αυτές απαιτήσεις καθιστούν αναγκαία την επέκταση και προσαρμογή της λειτουργικότητας του ΕΣΗΔΗΣ ώστε αυτό να καλύψει και τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με την ενσωμάτωση αλλαγών και νέων απαιτήσεων σε όλες τις λειτουργίες ανάθεσης μιας αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης (Μελέτης ή Έργου).

Η επερχόμενη υποστήριξη από το ΕΣΗΔΗΣ και των συμβάσεων Δημοσίων Έργων αναπόφευκτα οδηγεί και στην ανάγκη επέκτασης των αποθηκευτικών χώρων του συστήματος αφού θα αυξηθεί σημαντικά το συνολικό πλήθος των διαγωνισμών που θα διενεργούνται μέσω αυτού και αντίστοιχα και ο συνολικός αριθμός των προσφορών που θα υποβάλλονται ηλεκτρονικά. Το αποτέλεσμα θα είναι να μην είναι πλέον δυνατή η τήρηση και διαχείριση των στοιχείων στους υπάρχοντες αποθηκευτικούς χώρους του συστήματος."

Κατά συνέπεια, με βάση τους ισχυρισμούς της ΓΓΕ, προβάλλεται ως κατεπείγουσα ανάγκη για την ανάθεση της αιτούμενης σύμβασης επέκτασης- παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, ότι σύμφωνα με τις νομικές δεσμεύσεις που έχει αναλάβει η Ελλάδα, θα πρέπει η υλοποίηση της επέκτασης της λειτουργικότητας του συστήματος να έχει ολοκληρωθεί έως 30/9/2016, ενώ στη συνέχεια και μέχρι την 30/4/2017, που θα αρχίσει η σχετική παραγωγική λειτουργία, θα πραγματοποιηθεί η πιλοτική λειτουργία της νέας επέκτασης και η εκπαίδευση των χρηστών, ισχυρισμοί, οι οποίοι, τεκμηριώνουν επαρκώς τους επικαλούμενους κατεπείγοντες λόγους, δεδομένου ότι μέχρι τις 30-9-2016 θα πρέπει να υλοποιηθεί η επέκταση του ΕΣΗΔΗΣ, προκειμένου εν συνεχεία να τεθεί σε πιλοτική λειτουργία.

β) Ως προς την ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος και τη θεμελίωση της κατεπείγουσας ανάγκης σε λόγους που δεν απορρέουν από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής:

Τα γεγονότα που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ως απρόβλεπτες περιστάσεις συνδέονται με τις ως άνω επικαλούμενες ανειλημμένες διεθνείς υποχρεώσεις και νομικές δεσμεύσεις της χώρας και ιδίως με το σύντομο χρονικό διάστημα που απομένει προκειμένου να εκκινήσει η πιλοτική λειτουργία του "ΕΣΗΔΗΣ", μετά την επέκτασή του.

Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι:

"Το έργο της επέκτασης του ΕΣΗΔΗΣ και η απαιτούμενη προσαρμογή του και εξοικείωση των χρηστών με τις αλλαγές και νέες απαιτήσεις, εκτός από το εξειδικευμένο φυσικό τους αντικείμενο, χαρακτηρίζονται και από την ανάγκη για σύντομο χρόνο υλοποίησής τους και ένταξής τους σε παραγωγική λειτουργία αφού το υφιστάμενο νομικό πλαίσιο και οι διεθνείς υποχρεώσεις της χώρας, θέτουν συγκεκριμένες χρονικές προθεσμίες οι οποίες επιβάλλουν την άμεση προσαρμογή της λειτουργικότητας και την αξιοποίηση του συστήματος από τους χρήστες του.

Επιπροσθέτως, μια ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία θα έχει την τυπικά μεγάλη καθυστέρηση λόγω διαδικασίας προκήρυξης, αξιολόγησης, πιθανών προσφυγών, συμβασιοποίησης και φυσικά θα μπορούσε να οδηγήσει πιθανότατα σε νέο ανάδοχο, με συνέπεια την πρόσθετη (λόγω πολυπλοκότητας) καθυστέρηση για το αναμενόμενο προπαρασκευαστικό στάδιο και το στάδιο υλοποίησης της επέκτασης που προηγείται της πιλοτικής λειτουργίας. Όλα αυτά θα διαρκούσαν τουλάχιστον ένα (1) έτος, ενώ επιβάλλεται η πιλοτική λειτουργία της νέας επέκτασης να ξεκινήσει στις 30/9/2016."

Ωστόσο, ούτε οι νομικές δεσμεύσεις που έχει αναλάβει η χώρα στο πλαίσιο του ν. 4336/2015 και του Σχεδίου Δράσης για τις δημόσιες συμβάσεις ούτε η χρονική καθυστέρηση που συνεπάγεται η διεξαγωγή μίας ανοικτής διαδικασίας, δεν συνιστούν απρόβλεπτες περιστάσεις, ήτοι έκτακτα και ασυνήθιστα γεγονότα, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής, κατά τον προγραμματισμό των αιτούμενων υπηρεσιών, καθώς τόσο οι ανειλημμένες διεθνείς νομικές δεσμεύσεις της χώρας ως προς τις δημόσιες συμβάσεις γενικά όσο και ειδικότερα ως προς την ύπαρξη ενός ενιαίου ηλεκτρονικού συστήματος διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης όλων των δημοσίων συμβάσεων (ήτοι ενός ενιαίου ΕΣΗΔΗΣ) ήταν ήδη γνωστά σε όλους τους εμπλεκόμενους δημόσιους φορείς από την κατάρτιση του Σχεδίου Δράσης για τις δημόσιες συμβάσεις και ειδικότερα για το e-procurement, ήτοι από τον Οκτώβριο του έτους 2015, οπότε και θα μπορούσε να είχε προκηρυχθεί ο σχετικός διαγωνισμός για την ανάθεση των αιτούμενων υπηρεσιών.

Επιπλέον, επισημαίνεται, προς επίρρωση των ανωτέρω, ότι ήδη από το έτος 2013 ήταν γνωστή τόσο η πολιτική όσο και η νομοθετική βούληση να ηλεκτρονικοποιηθούν και να ενταχθούν στο ΕΣΗΔΗΣ και οι διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων και μελετών, βούληση η οποία αποτυπώθηκε ρητά στις διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 1 και 3 του ν. 4155/2013 " *Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων και άλλες διατάξεις*", καθώς και μεταγενέστερα στις αντίστοιχες διατάξεις των άρθρων 134 και 136 του καταργηθέντος ν. 4281/2014.

Σε κάθε περίπτωση, άλλωστε, η υποχρέωση της Ελλάδας για τη θέση σε πλήρη παραγωγική λειτουργία ενός ενιαίου ΕΣΗΔΗΣ οριοθετείται χρονικά στις 30 Απριλίου 2017, που αποτελεί και την καταληκτική ημερομηνία, σύμφωνα με το σχετικό Σχέδιο Δράσης και, κατά συνέπεια, ο χρόνος που απομένει μέχρι την εν λόγω καταληκτική ημερομηνία επαρκεί για την ανάθεση μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας (ανοικτής ή κλειστής) των αιτούμενων υπηρεσιών επέκτασης-παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ, με τη μετάθεση, ενδεχομένως, μόνο της περιόδου έναρξης πιλοτικής λειτουργίας αυτού.

Δεδομένου ότι δεν συντρέχει η ως άνω προϋπόθεση ύπαρξης απρόβλεπτης περίπτωσης, ήτοι δεν συντρέχει μία από τις σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις για την εφαρμογή της επικαλούμενης διάταξης, παρέλκει η εξέταση συνδρομής των λοιπών προϋποθέσεων (γ), (δ) και (ε).

28.4 Κατά συνέπεια, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στην προαναφερόμενη διάταξη, συνάγεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 25 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 60/2007, ήτοι η ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης που να τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με την κατεπείγουσα ανάγκη που επικαλείται η ΓΓΕ προκειμένου να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης με την επίκληση της εν λόγω διάταξης.

29. Εξάλλου, και στην παρομοίου περιεχομένου διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιλαμβάνονται ουσιαστικές προϋποθέσεις - για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης- όμοιες με

αυτές της ως άνω ερμηνευθείσας διάταξης και, κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής ούτε της εν λόγω διάταξης.

30. Τέλος, η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή, με το αρχικό αίτημά της, διάταξη του άρθρου 25 παρ. 2 περ. β του π.δ. 60/2007, η οποία αφορά σε συμπληρωματικές παραδόσεις στον προμηθευτή της αρχικής σύμβασης, οι οποίες προορίζονται για μερική επέκταση ή ανανέωση υφιστάμενων προμηθειών, καθώς και η ομοίου περιεχομένου διάταξη του άρθρου 32 παρ. 4 περ. β του ν. 4412/2016, (η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), δεν μπορούν εν προκειμένω να τύχουν εφαρμογής.

Και αυτό διότι πρόκειται για διατάξεις, οι οποίες αφορούν ρητά και αποκλειστικά μόνο σε δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και όχι υπηρεσιών, και δεδομένου ότι το αίτημα της αναθέτουσας αρχής έχει προεχόντως χαρακτηρίσει δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, οι δε αιτούμενες προμήθειες (που αφορούν κυρίως στην επέκταση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων του ΕΣΗΔΗΣ) αποτελούν αίτημα παρακολουθηματικό του κύριου αιτήματος, καθώς η εν λόγω επέκταση της χωρητικότητας των αποθηκευτικών μέσων συνδέεται άρρηκτα με το αίτημα ανάθεσης υπηρεσιών επέκτασης- παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ, προκειμένου αυτό να υποστηρίξει και διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων έργων και μελετών, δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι εν λόγω διατάξεις.

31. Πέραν των ανωτέρω, η αναθέτουσα συμπληρωματικά υποστηρίζει ότι:

- *Η σύμβαση 6655/11 είναι σε φάση εγγύησης. Εμπλοκή δύο αναδόχων στις υπηρεσίες παραμετροποίησης, διαμόρφωσης, εγγύησης και συνεχούς προσαρμογής του SAN και του υποσυστήματος backup θα αυξήσει ιδιαίτερα τις ανάγκες συντονισμού και θα εισάγει και νέα καθήκοντα για όλους τους εμπλεκόμενους (συμπεριλαμβανομένου του προσωπικού της ΓΓΕ) Π.χ. θα πρέπει να προσδιορίζεται σε κάθε περίπτωση προσαρμογής, ελέγχου ή δυσλειτουργίας σε ποιου ανάδοχου το φυσικό αντικείμενο εμπίπτει. Το προαναφερόμενο πρόβλημα θα μεγιστοποιηθεί στην περίπτωση που εκτός από διαφορετικούς προμηθευτές χρησιμοποιηθεί και υλικό /λογισμικό διαφορετικών κατασκευαστών. Ειδικά σε αυτή την περίπτωση υπάρχει πιθανότητα να δημιουργηθεί και επιπλέον πρόβλημα γιατί πρέπει οι δυο κατασκευαστές να εγγυηθούν ότι το υλικό τους είναι "συμβατό".*
- *Στην παρούσα χρονική στιγμή έχει ολοκληρωθεί η οριστική παραλαβή του συστήματος και ισχύει η περίοδος εγγύησης καλής λειτουργίας για την οποία υπεύθυνος είναι ο ανάδοχος του αρχικού έργου του ΕΣΗΔΗΣ. Κατά συνέπεια καθίσταται επισφαλής η υλοποίηση των αναβαθμίσεων από τρίτο Ανάδοχο, ο οποίος ενδεχομένως να προκύψει από ανοιχτή διαδικασία διαγωνισμού, χωρίς να προκύψουν προβλήματα στην εφαρμογή των όρων της εγγύησης καλής λειτουργίας του συστήματος. Συνεπώς, ο ανάδοχος που υλοποίησε το ΕΣΗΔΗΣ είναι ο μόνος που μπορεί να υλοποιήσει την επέκταση του συστήματος αφενός σε σύντομο χρονικό διάστημα, αφού γνωρίζει την υφιστάμενη κατάσταση, αλλά και να διασφαλίσει παράλληλα και την απρόσκοπτη λειτουργία του*

Οι προβαλλόμενοι ως άνω ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, για τις δυσχέρειες που ενδέχεται να ανακύψουν, σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε άλλον οικονομικό φορέα, λόγω της εν ισχύει εγγύησης καλής λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ εκ μέρους του αναδόχου της αρχικής σύμβασης, πέραν του ότι δεν δύνανται να ενταχθούν στις επικαλούμενες νομικές βάσεις και δεν είναι κρίσιμοι για την εφαρμογή των ως άνω ερμηνευόμενων διατάξεων, δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να παράσχουν επαρκή τεκμηρίωση ότι εκ του λόγου αυτού δεν είναι δυνατόν έτερος οικονομικός φορέας να παρέχει τις υπηρεσίες παραμετροποίησης του συστήματος.

Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δεν προσκομίζει προς επίρρωση των εν λόγω ισχυρισμών της, οποιοδήποτε έγγραφο εκ μέρους του αναδόχου της αρχικής σύμβασης, ο οποίος να επισημαίνει τον κίνδυνο αυτό ή να επιφυλάσσεται ως προς την ισχύ της παρασχεθείσας εγγύησης καλής λειτουργίας, σε περίπτωση που άλλος οικονομικός φορέας παρέχει τις υπηρεσίες επέκτασης- παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ.

Κατά συνέπεια, πρόκειται για έναν αβάσιμο ισχυρισμό της αιτούσας για ζήτημα, το οποίο ενδεχομένως, όπως και η ίδια συνομολογεί ως άνω στα επιχειρήματα της, να προκαλέσει προβλήματα συντονισμού των εμπλεκόμενων μερών και εισαγωγής νέων καθηκόντων για στελέχη της ΓΓΕ, ωστόσο, σε κάθε περίπτωση

πρόκειται για ζήτημα που εμπίπτει στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας αρχής και μπορεί να αντιμετωπιστεί με σωστή καθοδήγηση εκ μέρους της, καθώς και με την ενεργοποίηση τυχόν συμβατικών ρητρών ή όρων των εγγυήσεων, προκειμένου αφενός να διασφαλιστεί η απρόσκοπτη λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ και αφετέρου η ομαλή εκτέλεση των υπηρεσιών επέκτασης- παραμετροποίησής του.

Σε κάθε περίπτωση, ο εν λόγω ισχυρισμός δεν είναι αρκετός για να τεκμηριώσει την αναγκαιότητα παρέκκλισης από τη διαγωνιστική διαδικασία και της ανάθεσης των αιτούμενων υπηρεσιών παραμετροποίησης του ΕΣΗΔΗΣ στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης.

Τέλος, και όλως επικουρικά, επισημαίνεται ότι εάν γίνονταν αποδεκτοί οι παραπάνω ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, τότε, ενδεχομένως, θα έπρεπε να ενεργοποιηθεί η ρήτρα τόσο της Διακήρυξης (παράγραφος 1 της παρούσας) όσο και της Σύμβασης 6655/2011 (παράγραφος 2 της παρούσας), σχετικά με τις υποχρεώσεις του αναδόχου κατά τη διάρκεια της περιόδου εγγύησης- συντήρησης και συγκεκριμένα η υποχρέωσή του να ενσωματώσει δωρεάν στο ΕΣΗΔΗΣ, όλες τις αλλαγές που η ελληνική και κοινοτική νομοθεσία επιτάσσει.

32. Από τη μελέτη, τέλος, του φακέλου της υπόθεσης δεν προέκυψαν άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν και να αιτιολογούν ειδικά και με επαρκή τεκμηρίωση τη συνδρομή περιστάσεων που επιτρέπουν την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις λοιπές διατάξεις του άρθρου 25 του π.δ./τος 60/2007 ή του άρθρου 24 του ίδιου π.δ./τος, καθώς και των διατάξεων του ν. 4412/2016, ο οποίος αποτελεί την εθνική πράξη ενσωμάτωσης των αντίστοιχων διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα αποφασίζει:

Την απόρριψη του αιτήματος της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας του Καταναλωτή, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την **για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών επέκτασης και παραμετροποίησης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), συνολικού προϋπολογισμού 420.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., λόγω μη συνδρομής των τασσόμενων από το νόμο προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 11.8.2016

Θεωρήθηκε

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Χρήστος Δετσαρίδης