



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

165 /2014

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 21^η Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:30 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 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:** Δετσαρίδης Χρήστος
2. **Αναπληρωτής Αντιπρόεδρος:** Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
3. **Μέλη:** Ευάγγελος Καραμανλής
Δημήτριος Σταθακόπουλος
Δημήτριος Λουρίκας (μέω τηλεδιάσκεψης)

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

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητές: Χρυσάνθη Ζαράρη -Κωσταντίνα Πατελοδήμου, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Ερώτημα: Η αίτηση θεραπείας/επανεξέτασης, της 7^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Κρήτης προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και τα συνημμένα σε αυτήν έγγραφα, που παρελήφθη στις 25.04.2014 με αρ.πρωτ. 1902.

Θέμα: Αίτηση θεραπείας της 7^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Κρήτης (που παρελήφθη από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ στις 25.04.2014 με αρ.πρωτ. 1902), με αντικείμενο την επανεξέταση της με αρ. 12/16.01.2014 Απόφασης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης σε αίτημα προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση σύμβασης «Μηχανογραφικής Υποστήριξης – Επέκτασης του Έργου: Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας 7^{ης} ΥΠΕ Κρήτης», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 769.112,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 1 περ. β' και 2 περ.β' του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007.

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά.

1. Με την με αρ. 12/16.01.2014 Απόφασή της, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) απέρριψε το με αρ. πρωτ. 12500/05.12.2013 αίτημα της 7^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Κρήτης (εφεξής 7ης ΥΠΕ Κρήτης) το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 12.12.2013 και έλαβε αρ. πρωτ. 5511, όπως συμπληρώθηκε με το με αρ. πρωτ. 13460/31.12.2013 όμοιο έγγραφο της (αρ. πρωτ. εισερχ. της Αρχής 1/02.01.2014) και δεν παρείχε σύμφωνη γνώμη, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με αντικείμενο την ανάθεση ετήσιας σύμβασης για την “Μηχανογραφική Υποστήριξη – Επέκταση του Έργου: Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας 7^{ης} ΥΠΕ Κρήτης”, λόγω μη συνδρομής των, προς τούτο τασσόμενων, νομίμων προϋποθέσεων.

2. Με την με αρ. πρωτ. 1902/25.04.2014 αίτηση θεραπείας, η 7η ΥΠΕ Κρήτης αιτείται την επανεξέταση της με αρ. 12/16.01.2014 απόφασης της Αρχής και την παροχή σύμφωνης γνώμης για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση σύμβασης, ως αναφέρεται στην παρ. 1 ανωτέρω, στρεφόμενη κατά του Κεφαλαίου ΙΙΙ. -Νομική Εκτίμηση- της προσβαλλόμενης απόφασης και προβάλλει ότι:

2.α “Δεν λήφθηκε υπόψη στη συγκεκριμένη περίπτωση ότι τα συγκεκριμένα προγράμματα, αποτελούν σύμφωνα με τους όρους της με αρ. 323/2005 σύμβασης, πνευματική ιδιοκτησία του Αναδόχου του Έργου”, συνεπώς η Απόφαση της Αρχής βασίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση διότι με βάση τους όρους της με αρ. 323/2005 σύμβασης ουδέποτε μεταβιβάστηκε/παραχωρήθηκε ή παραδόθηκε στην Αναθέτουσα Αρχή (ΚτΠ ή ΥΠΕ) και στον Κύριο του Έργου ο ΠΗΓΑΙΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ του ήδη υπάρχοντος λογισμικού και εφαρμογών καθώς αυτός αποτελεί πνευματική δημιουργία των Κατασκευαστών/Δημιουργών του, πράγμα που άλλωστε είχε γνωστοποιηθεί από τον Ανάδοχο με την Προσφορά του, βάσει της οποίας του ανατέθηκε η εκτέλεση της σύμβασης”.

Η τεκμηρίωση του ανωτέρου προβαλλόμενου λόγου έχει ως εξής:

2.α.ι “Σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο του άρθρου 15 της με αρ. 323/2005 Σύμβασης: Όλα τα αποτελέσματα – μελέτες, στοιχεία και κάθε άλλο έγγραφο ή αρχείο σχετικό με το έργο και οι βάσεις δεδομένων καθώς και όλα τα υπόλοιπα παραδοτέα, που θα αποκτηθούν ή θα αναπτυχθούν από τον Ανάδοχο με δαπάνες του έργου, θα αποτελούν αποκλειστική ιδιοκτησία της Εταιρίας (Κοινωνία της Πληροφορίας) και του Κυρίου του έργου (εκτός και αν ήδη υπάρχουν κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα) και τα οποία μπορούν να τα διαχειρίζονται και να τα εκμεταλλεύονται (όχι εμπορικά)”.

“Στην κρινόμενη περίπτωση, υπάρχον λογισμικό με κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα είναι οι εφαρμογές : (1) Διοικητικό- Οικονομικό Υποσύστημα Μονάδων Υγείας, (2) Διοικητικό- Οικονομικό Υποσύστημα Κεντρικής Υπηρεσίας ΠεΣΥΠ, (3) Υποσύστημα Διαχείρισης Ασθενούς, (4) Ιατρικό Υποσύστημα, (5) Πληροφοριακό Σύστημα Εργαστηρίων (ΠΣΕ), (6) Διαδικτυακή Πύλη Πε.ΣΥΠ, (7) Υποσύστημα Επιχειρηματικής Ευφυΐας, (8) Υποσύστημα Βιοιατρικής Τεχνολογίας, (9) Υποσύστημα τηλεφωνικής εξυπηρέτησης πολιτών”.

“Συνεπώς σύμφωνα με την 1η παράγραφο του άρθρου 15 της Σύμβασης, η οποιαδήποτε μεταβίβαση πνευματικών δικαιωμάτων τελεί υπό την αναγκαία προϋπόθεση ότι δεν έχουν ήδη κατοχυρωθεί πνευματικά δικαιώματα από τον δημιουργό του λογισμικού (μέλη του Αναδόχου, ένωση εταιρειών) που όμως έχουν κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα επί του λογισμικού και ως εκ τούτου και του ΠΗΓΑΙΟΥ ΚΩΔΙΚΑ αυτού, ως δημιουργοί του το οποίο προσάρμοσαν, τροποποίησαν και παραμετροποίησαν στο πλαίσιο των συμφωνηθέντων με την με αρ. 323/2005 σύμβαση, προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες και τηρηθούν οι προδιαγραφές του έργου που τους ανατέθηκε”.

Δηλαδή “οι εταιρείες στον αρχικό διαγωνισμό προσέφεραν έτοιμες εφαρμογές , τις οποίες παραμετροποίησαν στις ανάγκες του φορέα στα πλαίσια του έργου (σύμβαση 323/29.12.2005)”.

“Αντιθέτως, στις μελέτες και στα παραδοτέα που έκανε ο Ανάδοχος, στα πλαίσια του έργου σύμφωνα με την εν λόγω σύμβαση, και κατατέθηκαν στον φορέα μας, ο Ανάδοχος δεν έχει κανένα πνευματικό δικαίωμα. Συνεπώς, οι μελέτες που έγιναν, όντως ανήκουν στο φορέα (ΔΥΠΕ Κρήτης) όχι όμως και οι εφαρμογές που προϋπήρχαν αλλά παραμετροποιήθηκαν ώστε να καλύψουν τις ανάγκες του φορέα”.

2.α.ii. “Από το συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 2 του ν.2286/1995 (ΦΕΚ 19/Α) και τις διατάξεις των άρθρων 2,3, 42 και 43 του ν.2121/1993 (ΦΕΚ 25/Α), -οι εν λόγω διατάξεις παρατίθενται αυτούσιες- συνάγεται μεταξύ άλλων ότι τα ν.π.δ.δ, προκειμένου να συνάψουν σύμβαση παροχής υπηρεσιών, δύνανται να προσφεύγουν στην εξαιρετική διαδικασία της απευθείας ανάθεσης, όταν για λόγους που σχετίζονται με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, οι ζητούμενες υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνο από συγκεκριμένο ανάδοχο. Στα ως άνω δε δικαιώματα αποκλειστικότητας συγκαταλέγονται και αυτά που απορρέουν από τη δημιουργία έργων, προστατευόμενων κατά τις διατάξεις του ν. 2121/93 περί πνευματικής ιδιοκτησίας όπως είναι τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών. Οι δημιουργοί των εν λόγω έργων λόγου αποκτούν, αυτοδικαίως, τα αποκλειστικά και απόλυτα δικαιώματα της περιουσιακής εκμετάλλευσης τους (περιουσιακό δικαίωμα) και της προστασίας του προσωπικού τους δεσμού με αυτά (ηθικό δικαίωμα), με αποτέλεσμα, εκτός από τις περιπτώσεις που αυτό απαιτείται ως *ultima ratio* για τη διαλειτουργικότητα ενός ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος με άλλα προγράμματα, να μην είναι επιτρεπτή, χωρίς την άδεια του δημιουργού, η ανακοίνωση από το νόμιμο χρήστη σε τρίτους, στους οποίους δεν έχει παραχωρηθεί από το δημιουργό το δικαίωμα πρόσβασης στις σχετικές εφαρμογές, πληροφοριών σχετικά με τη δομή, τις λειτουργίες και τους αλγόριθμους του προγράμματος, προκειμένου να αποτραπεί η πρόσβαση στη μυστική προγραμματιστική και τεχνική γνώση, που ενσωματώνεται στον πηγαίο κώδικα αυτού, και κατ’επέκταση η προσβολή του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας, δηλαδή η παραγωγή όμοιου, από άποψη μορφής έκφρασης, προγράμματος (πρόγραμμα κλώνος). Στην εν λόγω δε απαγόρευση εμπίπτει και η, άνευ αδειάς του δημιουργού, ανάθεση του έργου της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του προγράμματος από το νόμιμο χρήστη σε τρίτα πρόσωπα, που δεν έχουν νόμιμη άδεια χρήσης του προγράμματος, αφού οι απαιτούμενες για την εκτέλεση του ως άνω έργου υπηρεσίες δύνανται, μέσω του μετασχηματισμού του αντικειμενικού κώδικα (μηχανής) σε κώδικα προγραμματισμού (πηγαίο), να οδηγήσουν στην πλήρη αποκάλυψη της μορφής του προγράμματος που, κατά τα ανωτέρω, αποτελεί το αντικείμενο προστασίας του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας του δημιουργού του (βλ. Μ. Μαρίνος, Λογισμικό-Νομική Προστασία και Συμβάσεις II, εκδόσεις Κριτική 1992, σελ.77,85,98,109,111 και επ). Συνεπώς, είναι νόμιμη σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 13 περ.ΙΙ του ν.2286/1995, η απευθείας ανάθεση από ν.π.δ.δ. της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης ήδη εγκατεστημένων προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών αυτού στο δημιουργό τους, εφόσον τα εν λόγω ν.π.δ.δ, που για λογαριασμό του δημιουργήθηκαν τα προγράμματα αυτά και τα χρησιμοποιεί, δεν απέκτησε την κυριότητα του πηγαίου κώδικα τους και, κατ’ επέκταση, τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας σε αυτά, εφ’ όσον κατά του όρους της οικείας σύμβασης ανάθεσης της δημιουργίας τους, τα ανωτέρω δικαιώματα παρέμειναν στον ανάδοχο-δημιουργό τους, και ως προστατευόμενα δικαιώματα αποκλειστικότητας επιβάλλουν την ανάθεση της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης των πνευματικών του δημιουργημάτων στον ίδιο, αποκλειόμενης ρητά της δυνατότητας του ν.π.δ.δ. να αναθέτει την παροχή των σχετικών υπηρεσιών σε τρίτους (βλ. ΕΣ Πρ. ΙV Τμ. 32/2011, Πρ.4/2014)..”.

2.α.iii. “Σύμφωνα με τα παραπάνω, τα πνευματικά δικαιώματα των εφαρμογών λογισμικού ανήκουν στις εταιρείες οι οποίες απαρτίζουν την ανάδοχο ένωση. Ειδικότερα, για τα προϊόντα εφαρμογών λογισμικού τα οποία είχαν δημιουργηθεί προ του διαγωνισμού ο οποίος οδήγησε στην υπογραφή της με αρ. 323/2005 σύμβασης και αποτέλεσαν το περιεχόμενο της προσφοράς του Αναδόχου και αξιολογήθηκαν, η ένωση εταιρειών παραχώρησε/μεταβίβασε με την με αρ. 323/2005 σύμβαση, στον κύριο του έργου, συγκεκριμένες άδειες χρήσης λογισμικού.”

“Κατά συνέπεια λοιπόν για την ταυτότητα του νομικού λόγου η απευθείας ανάθεση από ν.π.δ.δ της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης ήδη εγκατεστημένων προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών αυτού στο δημιουργό τους, εφόσον το εν λόγω ν.π.δ.δ, που για λογαριασμό του δημιουργήθηκαν τα προγράμματα αυτά και τα χρησιμοποιεί, δεν απέκτησε την κυριότητα του πηγαίου κώδικα τους και, κατ’ επέκταση, τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας σε αυτά, εφόσον κατά τους όρους της οικείας σύμβασης ανάθεσης της δημιουργίας τους, τα ανωτέρω δικαιώματα παρέμειναν στον ανάδοχο-δημιουργό τους, και ως προστατευόμενα δικαιώματα αποκλειστικότητας επιβάλλουν την ανάθεση της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης των πνευματικών του δημιουργημάτων στον ίδιο, αποκλειόμενης ρητά της δυνατότητας του ν.π.δ.δ. να αναθέτει την παροχή των σχετικών υπηρεσιών σε τρίτους (βλ. ΕΣ Πρ. ΙV Τμ. 32/2011).....”.

2.β. “Πέραν της ένωσης εταιρειών στην οποία ανατέθηκε η υπό κρίση σύμβαση, δεν υπάρχουν άλλες εταιρείες ή ενώσεις εταιρειών ή φορείς οι οποίοι να έχουν το δικαίωμα να παρέχουν συντήρηση και υποστήριξη επί των πιο πάνω εφαρμογών λογισμικού επί των οποίων τα πνευματικά δικαιώματα ανήκουν στις εταιρείες- μέλη της εν λόγω ένωσης- εταιρειών/ αναδόχου.

2.γ. Η 7η ΥΠΕ Κρήτης αναφέρει επίσης, ότι “αν ανατεθεί η συντήρηση σε τρίτους υπάρχει μεγάλη πιθανότητα λανθασμένων χειρισμών εκ μέρους των συντηρητών είτε αδυναμίας λειτουργίας λόγω του ότι δεν έχει κατατεθεί ο πηγαίος κώδικας του συστήματος. Η όποια επέμβαση θα πρέπει να γίνεται μέσω μεθόδων *reverse engineering*, πράγμα πολύ δύσκολο και ιδιαίτερα χρονοβόρο και κυρίως επικίνδυνο καθώς αυξάνει δραματικά την πιθανότητα εσφαλμένων ενεργειών του κώδικα, σε ένα ιδιαίτερα ευαίσθητο περιβάλλον που είναι η υγεία. Για το λόγο αυτό πρακτικά η ανάθεση του συμβολαίου συντήρησης σε τρίτους (πλην των δημιουργών) πρακτικά θα σταματήσει την ανάπτυξη και λειτουργία του ΟΠΣΥ στην Κρήτη, καθώς δεν υπάρχουν πιστοποιημένοι συντηρητές πλην των Δημιουργών.”.

2.δ. Περαιτέρω, στην υπό εξέταση αίτηση θεραπείας αναφέρεται, επίσης, ότι “ το θέμα της συντήρησης του έργου ερμηνεύθηκε διαφορετικά από το αρμόδιο Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου (με την με αρ. 4/09.01.2014 Πράξη του IV Τμήματος), και διαφορετικά από την ΕΑΑΔΗΣΥ (με την με αρ. 14/16.01.2014 Απόφαση της) , με αποτέλεσμα να δημιουργείται αβεβαιότητα και σοβαρά προβλήματα στην 7η Υ.ΠΕ Κρήτης σχετικά με τον τρόπο ανάθεσης του έργου”. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στην με αρ. 4/09.01.2014 Πράξη του IV Τμήματος, η οποία προσκομίσθηκε με την αίτηση θεραπείας, “ο Επίτροπος του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Νομό Ηρακλείου, αρνήθηκε να θεωρήσει χρηματικά εντάλματα της 7ης ΥΠΕ Κρήτης που αφορούσαν αμοιβή στις αναδόχους εταιρείες για την παροχή υπηρεσιών μηχανογραφικής υποστήριξης (συντήρηση μηχανογραφικών εφαρμογών) στο πλαίσιο εκτέλεσης της ετήσιας επέκτασης του έργου “Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας της 7ης ΥΠΕ Κρήτης. Ως αιτιολογία άρνησης του ο Επίτροπος προέβαλλε ότι α) οι ως άνω εργασίες ανατέθηκαν απευθείας στις ως άνω εταιρείες χωρίς να συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 2 παρ. 13 του ν. 2286/1995, β) μη νομίμως η ισχύς της με αρ. 755/25.01.2013 σύμβασης ανατρέχει σε χρόνο προγενέστερο της υπογραφής της, κατά παράβαση της βασικής αρχής του διοικητικού δικαίου περί μη αναδρομικότητας των διοικητικών συμβάσεων, γ) συμβατικοί όροι που αφορούν στην αποζημίωση του αναδόχου σε περίπτωση πρόωρης λύσης της σύμβασης είναι καταχρηστικοί και επαχθείς για το δημόσιο συμφέρον και δ) η συνολική δαπάνη της εν λόγω σύμβασης υπερβαίνει το προσήκον μέτρο σε σχέση με την με αρ. 323/29.12.2005 αρχική σύμβαση. Το Κλιμάκιο με την με αρ. 4/09.01.2014 Πράξη του IV Τμήματος, έκρινε μεν ότι οι σχετικές δαπάνες είναι μη νόμιμες και δεν δύναται να θεωρηθούν επιβεβαιώνοντας τους προβαλλόμενους λόγους εκ μέρους του Επιτρόπου, κρίνοντας ότι παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του εάν το ύψος της εν λόγω σύμβασης υπερέβη το προσήκον μέτρο, ωστόσο έκρινε ότι απορρίπτεται ως αβάσιμος ο λόγος διαφωνίας του Επιτρόπου σχετικά με τη μη συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων για την απευθείας ανάθεση της σύμβασης διότι “ η ένωση εταιρειών ως δημιουργός των σχετικών προγραμμάτων λογισμικού, έχει διατηρήσει την κυριότητα του πηγαίου κώδικα τους καθώς και τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας σε αυτά, με συνέπεια να καθίσταται η μοναδική που μπορεί νόμιμα να παρέχει υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης αυτών για όσο χρονικό διάστημα το Νοσοκομείο χρησιμοποιεί τα δημιουργηθέντα από αυτή προγράμματα”

2.ε Στη Διακήρυξη Ανοικτού Διαγωνισμού για την επιλογή Αναδόχου για το έργο "Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας του Πε.Σ.Υ.Π. Κρήτης" (1/12/2004), αναφέρεται:

2.ε.ι. Στο Κεφ. 2 "Τεχνικές Απαιτήσεις του Έργου", παρ. 2.1 "Πνευματικά Δικαιώματα" "Βούληση του Πε.Σ.Υ.Π είναι η προστασία της επένδυσης του από κάθε άποψη. Για αυτό το λόγο ζητείται από τον ανάδοχο να αναφέρει ρητά στην προσφορά του τα εξής: 1. Η κυριότητα των πνευματικών δικαιωμάτων των εφαρμογών και υποσυστημάτων που θα αναπτυχθούν ειδικά για το Πε.Σ.Υ.Π θα ανήκει στο Πε.Σ.Υ.Π. Εξαιρέση αποτελεί ήδη υπάρχον λογισμικό με κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα. 2. Την δέσμευση – υποχρέωσή του να αναλάβει τα οποιαδήποτε έξοδα (συμπεριλαμβανομένης και της ενδεχόμενης αποζημίωσης) εναντίον τρίτου μέρους που ισχυρίζεται κυριότητα πνευματικών δικαιωμάτων μέρους ή όλου του συστήματος, καθώς και την δέσμευση του να αναλάβει σε περίπτωση απόδειξης κακής χρήσης πνευματικών δικαιωμάτων την αντικατάσταση του λογισμικού ή την εξασφάλιση των αντίστοιχων πνευματικών δικαιωμάτων χωρίς την επιβάρυνση του οργανισμού. 3. Την δυνατότητα του οργανισμού να

προβεί στην τήρηση απεριόριστου αριθμού αντιγράφων ασφαλείας του λογισμικού. 4. Εφαρμογές που θα αναπτυχθούν ειδικά για το Πε.Σ.Υ.Π θα παρέχονται μαζί με τον κώδικα. 5. Την παροχή βεβαίωσης ότι δίνεται η δυνατότητα και το δικαίωμα στον φορέα λειτουργίας να αναθέσει σε τρίτο οργανισμό μελλοντικά την συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργικότητας του λογισμικού και τις αντίστοιχες προϋποθέσεις.”.

2.ε.ii Στο Κεφ. 7.4 - “Διενέργεια Διαγωνισμού - Αξιολόγηση Προσφορών”, “Πίνακας Κριτηρίων / Συντελεστών” ορίζεται: “Τα Τεχνικά και Λειτουργικά Χαρακτηριστικά των Υποσυστημάτων” των 2 τμημάτων του έργου συμμετέχουν κατά 25% στη συνολική τεχνική αξιολόγηση του κάθε υποψηφίου αναδόχου”, στους “Πίνακες Συμμόρφωσης” παρ. 8.1.2 έως 8.1.9 απαριθμούνται τα απαραίτητα και επιθυμητά χαρακτηριστικά των εφαρμογών, όπου η παραμετρικότητα των εφαρμογών εμφανίζεται σε πλήθος κριτηρίων, ενδεικτικά: Πίνακας 8.1.1 “3.1.4 Το σύστημα πρέπει να έχει παραμετρική φιλοσοφία ώστε να αντιμετωπίζει ιδιομορφίες των διαφορετικών μονάδων”, Πίνακας 8.1.2 “8.3.1 Παραμετρικός Ορισμός αλφαριθμητικών κωδικών είδους”, “9.5.20 Παραμετρικά πεδία στα συμβόλαια για χρήση σύμφωνα με τις ανάγκες του οργανισμού”, Πίνακας 8.1.3 “3.3.9 Παραμετρική έκδοση των καταστάσεων εκκαθάρισης...”, Πίνακας 8.1.4 “9.1.5 Δημιουργία παραμετροποιήσιμων φορμών καταχώρισης στοιχείων ανάλογα με τις ανάγκες των χρηστών”, Πίνακας 8.1.5 “4.4 Το γραφικό περιβάλλον πρέπει να είναι παραμετροποιήσιμο ώστε να ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του κάθε χρήστη”, “5.10 Η εφαρμογή να έχει μια σειρά από εργαλεία ανάπτυξης προκειμένου να είναι εφικτή η διασύνδεση με κάθε τύπου πηγή δεδομένων (custom made interfaces) και να μπορεί το γραφικό περιβάλλον του τελικού χρήστη να είναι παραμετροποιήσιμο (πχ. Χρήση java, XML, HTML, ActiveX ή άλλης ισοδύναμης γλώσσας προγραμματισμού)...”, Πίνακας 8.1.8 “2.3.1 Υπαρξη εργαλείων παραμετροποίησης και διαχείρισης συστήματος”, Πίνακας 8.1.9 “10.5 Το σύστημα πρέπει να παρέχει παραμετροποιήσιμους από το χρήστη αλγόριθμους για την αξιολόγηση ενός ποσοτικού αποτελέσματος και την αυτόματη μετατροπή του (ή προσθήκη) σε ποιοτικό αποτέλεσμα. Οι αλγόριθμοι θα πρέπει να παραμετροποιούνται ως προς κάθε εξέταση ξεχωριστά”, κλπ.

2.στ Ο Ανάδοχος στην Τεχνική του Προσφορά δηλώνει ρητά, στο σημείο Πνευματικά Δικαιώματα, τα εξής: “Η ένωση εταιρειών μας δεσμεύεται ότι η κυριότητα των πνευματικών δικαιωμάτων των εφαρμογών και υποσυστημάτων που θα αναπτυχθούν ειδικά για το Πε.ΣΥ.Π θα ανήκει σε αυτό. Εξάιρεση αποτελεί ήδη υπάρχον λογισμικό με κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα.

Οι εφαρμογές υποσυστήματα: (1) Διοικητικό- Οικονομικό υποσύστημα Μονάδων Υγείας, (2) Διοικητικό- Οικονομικό υποσύστημα Κεντρικής Υπηρεσίας ΠΕΣΥΠ. (3) Υποσύστημα Διαχείρισης Ασθενούς, (4) Ιατρικό Υποσύστημα, (5) Πληροφοριακό Σύστημα Εργαστηρίων (ΠΣΕ), (6) Διαδικτυακή Πύλη Πε.ΣΥΠ, (7) Υποσύστημα Επιχειρηματικής Ευφυΐας, (8) Υποσύστημα Βιοιατρικής Τεχνολογίας, (9) Υποσύστημα τηλεφωνικής εξυπηρέτησης πολιτών, εμπίπτουν στην περίπτωση υπάρχοντος λογισμικού με κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα το οποίο θα παραμετροποιηθεί σύμφωνα με τις ανάγκες των χρηστών του Πε.ΣΥ.Π.

Επισημαίνεται ότι λόγω της παραμετρικότητας των εφαρμογών είναι δυνατή η παραμετροποίηση δεδομένων αναφοράς οργανωτικών μονάδων χωρίς επεμβάσεις προγραμματισμού στον κώδικα των εφαρμογών κάτι το οποίο εγγυάται τη συντηρησιμότητα των εφαρμογών.

Η ένωση εταιρειών μας, αναλαμβάνει τη δέσμευση να αναλάβει τα οποιαδήποτε έξοδα (συμπεριλαμβανόμενης και της οποιασδήποτε αποζημίωσης) έναντι τρίτου μέρους που ισχυρίζεται κυριότητα πνευματικών δικαιωμάτων μέρους ή όλου του συστήματος , καθώς και τη δέσμευση να αναλάβει σε περίπτωση απόδειξης κακής χρήσης πνευματικών δικαιωμάτων την αντικατάσταση του λογισμικού ή την εξασφάλιση των αντίστοιχων πνευματικών δικαιωμάτων χωρίς την επιβάρυνση του οργανισμού.

.....

Η Ένωση εταιρειών μας παρέχει τη δυνατότητα και το δικαίωμα στο φορέα λειτουργίας να αναθέσει σε τρίτο οργανισμό μελλοντικά την συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργικότητας του λογισμικού με αντίστοιχες προϋποθέσεις.

Τέλος, παρέχεται στο ΠΕΣΥΠ η δυνατότητα να τηρεί απεριόριστο αριθμό αντιγράφων του λογισμικού. Ο ακριβής αριθμός των προσφερόμενων αδειών χρήσης της βάσης δεδομένων και των εφαρμογών περιγράφεται στην προσφορά μας.”.

2.ζ.ι Στο άρθρο 15 της με αρ. 323/2005 Σύμβασης ορίζεται: “Με την οριστική παραλαβή του έργου τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας μεταβιβάζονται αυτοδίκαια από τον Ανάδοχο στην Εταιρεία και στον Κύριο του έργου οι οποίοι θα είναι πλέον οι αποκλειστικοί δικαιούχοι επί του έργου και θα φέρουν όλες τις εξουσίες που απορρέουν από αυτό, ενδεικτικά και όχι περιοριστικά αναφερομένων της εξουσίας οριστικής ή προσωρινής αναπαραγωγής του λογισμικού με κάθε μέσο και μορφή, εν όλω ή εν μέρει, την εξουσία φόρτωσης, εμφάνισης στην οθόνη, εκτέλεσης μεταβίβασης, αντιγραφής, αποθήκευσης αλλά και τροποποίησης χωρίς άδεια του Αναδόχου, η οποία σε κάθε περίπτωση παρέχεται ανέκκλητα δια του παρόντος. Ο Ανάδοχος διαβεβαιώνει και εγγυάται ότι ουδείς τρίτος έχει ουδέν δικαίωμα επί του ως άνω έργου και σε κάθε περίπτωση αναλαμβάνει, δεσμεύεται και εγγυάται ότι θα αντικαταστήσει κάθε θετική και αποθετική ζημία και ηθική βλάβη που προκληθεί στην Εταιρεία ή/και στον Κύριο του έργου. Επίσης δεσμεύεται ότι θα αναλάβει τα οποιαδήποτε έξοδα (συμπεριλαμβανομένης και της ενδεχόμενης αποζημίωσης) εναντίον τρίτου μέρους που ισχυρίζεται κυριότητα πνευματικών δικαιωμάτων μέρους ή όλου του συστήματος, καθώς και την δέσμευση του να αναλάβει σε περίπτωση απόδειξης κακής χρήσης πνευματικών δικαιωμάτων την αντικατάσταση του λογισμικού ή την εξασφάλιση των αντίστοιχων πνευματικών δικαιωμάτων χωρίς καμία επιβάρυνση τόσο της Εταιρείας όσο και του Κυρίου του έργου.

Ο Ανάδοχος δεσμεύεται ότι θα παρέχεται η δυνατότητα τήρησης απεριόριστου αριθμού αντιγράφων ασφαλείας του λογισμικού.

Ο Ανάδοχος υποχρεούται να παραδώσει στον Κύριο του έργου τις εφαρμογές που θα αναπτυχθούν ειδικά για αυτόν μαζί με τον κώδικα.

Ο Ανάδοχος θα παράσχει βεβαίωση ότι δίνεται η δυνατότητα και το δικαίωμα στον Κύριο του έργου να αναθέσει σε τρίτο οργανισμό μελλοντικά την συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργικότητας του λογισμικού, απαλλάσσοντας τον ανάδοχο από την ευθύνη για τα θέματα που άπτονται από την ανάπτυξη της νέας εφαρμογής και μετά.

Επίσης ο Ανάδοχος υποχρεούται να παραδώσει το σύνολο των προσφερόμενων αδειών χρήσης βάσεων δεδομένων, καθώς και να αναφέρει ρητά τη πολιτική αναβάθμισης και συντήρησης του DBMS. Σε περίπτωση διατήρησης – επέκτασης παλαιών συστημάτων, μέρος των αδειών αυτών μπορούν να αφορούν επέκταση στα ήδη υπάρχοντα DBMS.”

2.ζ.ii Στο Παράρτημα 2 - “Περιγραφή έργου”, Κεφ.2.3.6 - “Επεκτασιμότητα συστήματος” αναφέρεται: “Ο Ανάδοχος θα διαθέσει το αναλυτικό σχήμα της βάσης δεδομένων προκειμένου να επιτευχθεί η απαιτούμενη επέκταση με όλες τις πρόσφατες σχηματικές αποτυπώσεις και τον εννοιολογικό σχεδιασμό των εφαρμογών και όλων των πινάκων δεδομένων (Database Tables) της βάσης δεδομένων που εμπλέκονται στην ζητούμενη επέκταση”, στο Κεφ. 2.7 - “Υπηρεσίες Υποστήριξης Χρηστών και Βασικής Εκπαίδευσης” “Οι υπηρεσίες υποστήριξης χρηστών αφορούν:... την παράδοση ολοκληρωμένης σειράς τεχνικής και λειτουργικής τεκμηρίωσης από τον ανάδοχο και η οποία θα επικαιροποιείται καθ’ όλη τη διάρκεια της 12-μηνιας υποστήριξης”, στο Κεφ. 2.7.2 - Πρόγραμμα Κατάρτισης - Σχέδιο Εκπαίδευσης “Το πρόγραμμα κατάρτισης περιλαμβάνει: ... αρχιτεκτονική του συστήματος, περιβάλλον ανάπτυξης, προσφερόμενη βάση δεδομένων, εννοιολογικός σχεδιασμός, διαχείριση των εφαρμογών (διαχείριση ασφαλείας, backup-restore, διαχείριση παραμέτρων του συστήματος, βιβλιοθήκες συστήματος,... διαχείριση συναφών και λοιπών παραμετρικών αρχείων...”, στο Κεφ. 2.7.3 - Εγχειρίδια Εκπαίδευσης “Ο Ανάδοχος θα παραδώσει πλήρη τεκμηρίωση που θα αφορά:περιγραφή των πεδίων που συμπεριλαμβάνονται στη συγκεκριμένη μονάδα λογισμικού, περιγραφή ειδικής λειτουργικότητας ...”, στο Κεφ. 3.4.3 - Υπηρεσίες Τεχνικής Υποστήριξης και Συντήρησης “Για κάθε νέα έκδοση του λογισμικού εφαρμογών που θα αναπτυχθεί θα παρέχεται στην Αναθέτουσα Αρχή τόσο ο πηγαίος (για τις εφαρμογές λογισμικού ή τμήματα αυτών που θα αναπτυχθούν στο πλαίσιο του παρόντος έργου και ειδικά για τον Κύριο του Έργου), όσο και ο εκτελέσιμος κώδικας (σε ηλεκτρονική μορφή) καθώς και πλήρη τεκμηρίωση των αλλαγών σε σχέση με την προηγούμενη έκδοση (σε χάρτινη και ηλεκτρονική μορφή)”.

2.η Στην αίτηση θεραπείας αναφέρεται το πρώτον και παρά τα οριζόμενα στην προσφορά της Αναδόχου και στη σχετική σύμβαση ότι: “Ο Ανάδοχος δεν έχει παράσχει για τις ως άνω εφαρμογές την - προβλεπόμενη στο άρθρο 15 της με αρ. 323/2005 σύμβασης-βεβαίωση ότι δίνεται η δυνατότητα και το δικαίωμα στον Κύριο του έργου να αναθέσει σε τρίτο οργανισμό μελλοντικά την συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργικότητας του λογισμικού”.

2. θ Τέλος, το αντικείμενο της σύμβασης, για την υπογραφή της οποίας ζητείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής, όπως αυτό αναλύεται στο υπ' αρ. πρωτ. 13460/31.12.2013 έγγραφο της ΥΠΕ Κρήτης, περιλαμβάνει, υπηρεσίες:

- (1) Help Desk (20.000,00)
- (2) Διοίκησης Έργου (36.000,00)
- (3) Ανάπτυξης Εφαρμογών – Επέκταση (83.000,00)
- (4) Υποστήριξης Υποσυστήματος Διαχείρισης Ασθενών (167.000,00)
- (5) Υποστήριξης Ιατρικού Υποσυστήματος (88.602,00)
- (6) Υποστήριξης Υποσυστήματος Επιχειρηματικής Ευφυΐας (11.000,00)
- (7) Υποστήριξης Συστήματος Επικοινωνίας – Διασύνδεσης Εφαρμογών (6.000,00)
- (8) Υποστήριξης Εξοπλισμού Υποδομών και System S/W (100.000,00)
- (9) Υποστήριξης Λογιστικού Συστήματος ΥΠΕ (Oracle EBS) (27.000,00)
- (10) Υποστήριξης Πληροφοριακού Συστήματος Εργαστηρίων (ΠΣΕ) (69.153,00)
- (11) Υποστήριξης Διοικητικού-Οικονομικού Υποσυστήματος (ΔΟ) (161.357,00)

II. Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών 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 εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]».

4. Στο άρθρο 24 του Ν. 2690/1999 (ΦΕΚ 45/Α) “Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις”, για την άσκηση αίτησης θεραπείας και ιεραρχικής προσφυγής, ορίζεται: “ 1. Αν από τις σχετικές διατάξεις δεν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης της, κατά το επόμενο άρθρο, ειδικής διοικητικής, ή ενδικοφανούς, προσφυγής, ο ενδιαφερόμενος, για την αποκατάσταση υλικής ή ηθικής βλάβης των έννομων συμφερόντων του που προκαλείται από ατομική διοικητική πράξη μπορεί, για οποιονδήποτε λόγο, με αίτησή του, να ζητήσει, είτε από τη διοικητική αρχή η οποία εξέδωσε την πράξη, την ανάκληση ή την τροποποίησή της (αίτηση θεραπείας), είτε, από την αρχή η οποία προΐσταται εκείνης που εξέδωσε την πράξη, την ακύρωσή της (ιεραρχική προσφυγή). 2. Η διοικητική αρχή στην οποία υποβάλλεται η, κατά την προηγούμενη παράγραφο, αίτηση οφείλει να γνωστοποιήσει στον ενδιαφερόμενο την απόφασή της για την αίτηση αυτή το αργότερο μέσα σε τριάντα (30) ημέρες, εκτός αν από ειδικές διατάξεις προβλέπεται διαφορετική προθεσμία.””.

5. Στο π.δ. 60/2007 και ειδικότερα στο άρθρο 25 με τίτλο “Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)”, ορίζεται:

Άρθρο 25

Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού

(άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

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,

...

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,

6. Στο ν. 2121/1993 (ΦΕΚ 25/Α) “Πνευματική ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα”, όπως ισχύει, ορίζεται: άρθρο 2 με τίτλο “Αντικείμενο του δικαιώματος”, παρ. 1. “Ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή, ιδίως τα γραπτά ή προφορικά κείμενα, οι μουσικές συνθέσεις, με κείμενο ή χωρίς, τα θεατρικά έργα, με μουσική ή χωρίς, οι χορογραφίες και οι παντομίμες, τα οπτικοακουστικά έργα, τα έργα των εικαστικών τεχνών, στα οποία περιλαμβάνονται τα σχέδια, τα έργα ζωγραφικής και γλυπτικής, τα χαρακτηριστικά έργα και οι λιθογραφίες, τα αρχιτεκτονικά έργα, οι φωτογραφίες, τα έργα των εφαρμοσμένων τεχνών, οι εικονογραφήσεις, οι χάρτες, τα τρισδιάστατα έργα που αναφέρονται στη γεωγραφία, την τοπογραφία, την αρχιτεκτονική ή την επιστήμη.”... 3. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του κεφαλαίου 7 του παρόντος νόμου, θεωρούνται ως έργα λόγου προστατευόμενα κατά τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών και το προπαρασκευαστικό υλικό του σχεδιασμού τους. Η προστασία παρέχεται σε κάθε μορφή έκφρασης ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή. Οι ιδέες και οι αρχές στις οποίες βασίζεται οποιοδήποτε στοιχείο προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, περιλαμβανομένων και εκείνων στις ουσίες βασίζονται τα συστήματα διασύνδεσής του, δεν προστατεύονται κατά τον παρόντα νόμο. Ένα πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή θεωρείται πρωτότυπο εφόσον είναι προσωπικό πνευματικό δημιούργημα του δημιουργού του., άρθρο 3 με τίτλο, “Το περιουσιακό δικαίωμα” παρ. “1. Το περιουσιακό δικαίωμα δίνει στους δημιουργούς ιδίως την εξουσία (δικαίωμα) να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν: α) Την εγγραφή και την άμεση ή έμμεση, προσωρινή ή μόνιμη αναπαραγωγή των έργων τους με οποιοδήποτε μέσο και μορφή, εν όλω ή εν μέρει. β) Τη μετάφραση των έργων τους. γ) Τη διασκευή, την προσαρμογή ή άλλες μετατροπές των έργων τους.”...,, άρθρο 42 με τίτλο “Περιορισμοί” “1. Εφόσον δεν υπάρχει αντίθετη συμφωνία, επιτρέπεται, χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, η αναπαραγωγή, η μετάφραση, η προσαρμογή, η διασκευή ή οποιαδήποτε άλλη μετατροπή ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, όταν οι πράξεις αυτές είναι αναγκαίες για την κατά προορισμό χρησιμοποίηση του προγράμματος, συμπεριλαμβανομένης και της διόρθωσης σφαλμάτων, από το πρόσωπο που το απέκτησε νομίμως. 2. Δεν εμπίπτει στον περιορισμό της προηγούμενης παραγράφου και χρειάζεται άδεια του δημιουργού η αναπαραγωγή που είναι αναγκαία για τη φόρτωση, την εμφάνιση στην οθόνη, την εκτέλεση, τη μεταβίβαση ή την αποθήκευση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή. 3. Ο νόμιμος χρήστης ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή δεν μπορεί να εμποδιστεί συμβατικά να παραγάγει, χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, ένα εφεδρικό αντίγραφο του προγράμματος στο μέτρο που αυτό είναι απαραίτητο για τη χρήση. 4. Επιτρέπεται στο νόμιμο χρήστη αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, η παρακολούθηση, η μελέτη ή η δοκιμή της λειτουργίας του προγράμματος προκειμένου να εντοπισθούν οι ιδέες και αρχές που αποτελούν τη βάση οποιουδήποτε στοιχείου του προγράμματος, εάν οι ενέργειες αυτές γίνονται κατά τη διάρκεια πράξης που

αποτελεί νόμιμη χρήση του προγράμματος. Αντίθετη συμφωνία δεν επιτρέπεται. 5. Αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση πέραν από τις περιπτώσεις των δύο προηγούμενων παραγράφων του παρόντος άρθρου δεν επιτρέπεται.”,

άρθρο 43 με τίτλο “ Αποσυμπίληση ” “1. Επιτρέπεται στο νόμιμο χρήστη αντιγράφου προγράμματος, χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, η ενέργεια των πράξεων, που προβλέπονται στις παρ.1 και 2 του άρθρ.42, εφόσον είναι απαραίτητη προκειμένου να ληφθούν οι αναγκαίες πληροφορίες για τη διαλειτουργικότητα ενός ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με άλλα προγράμματα, εφόσον οι αναγκαίες για τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες δεν ήταν ευκόλως και ταχέως προσιτές στο νόμιμο χρήστη και εφόσον οι πράξεις περιορίζονται στα μέρη του αρχικού προγράμματος, που είναι απαραίτητα για τη διαλειτουργικότητα αυτή. 2. Οι διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου δεν επιτρέπουν, οι πληροφορίες που ελήφθησαν κατ' εφαρμογή τους: α)να χρησιμοποιηθούν για σκοπούς άλλους εκτός από την επίτευξη της διαλειτουργικότητας του ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος, β)να ανακοινωθούν σε άλλα πρόσωπα εκτός από τις περιπτώσεις που αυτό απαιτείται για τη διαλειτουργικότητα του ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, γ)να χρησιμοποιηθούν για την επεξεργασία, την παραγωγή ή την εμπορία προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, του οποίου η έκφραση είναι κατά βάση όμοια προς το αρχικό πρόγραμμα ή για οποιαδήποτε άλλη πράξη που προσβάλλει την πνευματική ιδιοκτησία του δημιουργού. 3. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου δεν μπορούν να ερμηνευθούν έτσι ώστε να επιτρέπεται η εφαρμογή τους κατά τρόπο που θα έβλαπτε την κανονική εκμετάλλευση του προγράμματος του ηλεκτρονικού υπολογιστή ή θα προκαλούσε αδικαιολόγητη βλάβη στα νόμιμα συμφέροντα του δημιουργού του.”.

Αντίστοιχη προστασία για τα προγράμματα των ηλεκτρονικών υπολογιστών προβλέπει το άρθρο 4 της “Συνθήκης της Παγκόσμιας Οργάνωσης Ιδιοκτησίας των Προϊόντων της Διάνοιας Organization” (WIPO) στην οποία έχουν προσχωρήσει, μεταξύ άλλων, ο Καναδάς και οι Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής και την οποία έχει κυρώσει η Ευρωπαϊκή Ένωση με την 2000/278/ΕΚ απόφαση του Συμβουλίου της 16ης Μαρτίου 2000 (L 89 11.4.2000).

III. Νομική Εκτίμηση

7. Η υπό εξέταση αίτηση θεραπείας της 7ης ΥΠΕ Κρήτης παραδεκτά και νόμιμα ασκήθηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 24 του Ν. 2690/1999 (ΦΕΚ 45/Α), με αίτημα την επανεξέταση της με αρ. 12/16.01.2014 απόφασης της Αρχής με την οποία δεν παρασχέθηκε σύμφωνη γνώμη για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης στη βάση του άρθρου 25 του Π.Δ 60/2007, για τη σύναψη σύμβασης «Μηχανογραφικής Υποστήριξης – Επέκτασης του Έργου: Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας 7^{ης} ΥΠΕ Κρήτης», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 769.112,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

8. Συγκεκριμένα, κατόπιν εξέτασης του με αρ. πρωτ. 12500/05.12.2013 αιτήματος της 7^{ης} ΥΠΕ Κρήτης, όπως αυτό συμπληρώθηκε (βλ. παρ. 1 της παρούσης), η Αρχή δεν παρείχε σύμφωνη γνώμη για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης ως προς το εν λόγω αίτημα, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων νομίμων προϋποθέσεων.

Ειδικότερα, η Αρχή έκρινε ότι σύμφωνα με τους όρους της με αρ. 323/2005 σύμβασης και ειδικότερα του άρθρου 15 αυτής και με δεδομένο ότι με το με αρ. 12/30.12.2010 Πρωτόκολλο Οριστικής Παραλαβής, παραλήφθηκε οριστικά το έργο “Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας”, “η 7η ΥΠΕ Κρήτης, κύριος του έργου στην με αρ. 323/2005 Σύμβαση και Αναθέτουσα Αρχή στο υπό εξέταση αίτημα, διαθέτει και συνεπώς δύναται να αναθέσει σε τρίτους το δικαίωμα τροποποίησης της λειτουργικότητας του λογισμικού, όπως αυτό έχει διαμορφωθεί από την αρχική εγκατάστασή του έως και μετά το σύνολο των ειδικών προσαρμογών που αναπτύχθηκαν για το Φορέα, χωρίς να απαιτείται άδεια του Αναδόχου και αφετέρου ότι ο Ανάδοχος έχει παράσχει θεβαίωση σύμφωνα με την οποία δίνεται η δυνατότητα και το δικαίωμα στον Κύριο του έργου να αναθέσει σε τρίτο μελλοντικά την συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργικότητας του λογισμικού, δηλαδή την παροχή του συνόλου των αιτούμενων προς ανάθεση υπηρεσιών (υπηρεσίες help desk, διοίκησης έργου, ανάπτυξης εφαρμογών, υποστήριξης εφαρμογών και υποστήριξης εξοπλισμού υποδομών και λογισμικού συστημάτων). Ως προς την εφαρμογή του

άρθρου 25 παρ. 2 περ. β του π.δ. 60/2007, με την εν λόγω απόφαση η Αρχή έκρινε ομοίως ότι δεν συντρέχει η πλήρωση των προϋποθέσεων εφαρμογής της, διότι “σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία αυτής, ρητώς ορίζεται ότι τυγχάνει εφαρμογής προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ενώ κατόπιν ερωτήματος της Αρχής για ανάλυση του αιτούμενου προς διαπραγμάτευση φυσικού αντικείμενου σε προμήθειες και υπηρεσίες, σαφώς προκύπτει ότι ουδένα από αυτά αφορά σε προμήθεια (βλ. παρ. 2.θ.της παρούσης). Συνεπώς, ομοίως δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής της παρ. 2.β του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007 λαμβάνοντας υπόψη ότι οι αναθέτουσες αρχές, σύμφωνα με πάγια νομολογία, δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση οι οποίες δεν προβλέπονται από την οδηγία 2004/18, το δε βάρος απόδειξης ότι συντρέχουν πράγματι οι εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει εκείνος που τις επικαλείται (βλ. ΔΕΚ, αποφάσεις της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13, της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48, της 14.09.2004, Υπόθεση C-385/02, της 12.01.1994, Υπόθεση C-296/92, της 17.11.1993, Υπόθεση C-71/02, της 10.03.1987, Υπόθεση C-199/85).

9. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, η 7η Υ.ΠΕ Κρήτης δεν επικαλείται ουσιωδώς διάφορους ισχυρισμούς από τους ήδη αναφερθέντες και ληφθέντες υπόψη για το σχηματισμό κρίσης από την Αρχή, ούτε επικαλείται νέα στοιχεία ή περιστάσεις, ικανά να επιφέρουν τροποποίηση των ήδη κριθέντων. Το δε γεγονός της μη παροχής εκ μέρους του Αναδόχου της προβλεπόμενης, στο άρθρο 15 της με αρ. 323/2005 σύμβασης,-βεβαίωσης με την οποία παρέχει τη δυνατότητα και το δικαίωμα στον Κύριο του έργου να αναθέσει σε τρίτο οργανισμό μελλοντικά τη συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργικότητας του λογισμικού, αναφέρεται μεν το πρώτον στην υπό εξέταση αίτηση θεραπείας (βλ. παρ. 2.η της παρούσης), αλλά δεν δύναται να μεταβάλει την κρίση της Αρχής καθόσον πέρα από σχετικό όρο της διακήρυξης, στο πλαίσιο της βούλησης του ΠΕΣΥΠ περί διαφύλαξης της επένδυσής του, ως ρητώς αναφέρεται, η εν λόγω δέσμευση έχει περιληφθεί, ως όρος, τόσο στην προσφορά του Αναδόχου, όσο και στο κείμενο της σύμβασης, γεγονός που δεσμεύει αμφοτέρωτα τα μέρη, αφενός ως προς την απαίτηση εκπλήρωσης του και αφετέρου ως προς την υποχρέωση της Αναδόχου ένωσης για την εν λόγω παροχή. Ειδικότερα, πέραν του γεγονότος ότι η διακήρυξη δεσμεύει, ως κανονιστική πράξη, την Αναθέτουσα Αρχή αλλά και τους διαγωνιζομένους (ΣΕ 2669/1997,2181/1975,3692/1982,1945/2001, 2952/2004), κατά την ερμηνεία των δημοσίων συμβάσεων, πόσο μάλλον όταν δεν καταλείπεται αμφιβολία σχετικά με τη σύγκλιση της βούλησης του συνόλου των συμβαλλομένων περί δυνατότητας ανάθεσης της συντήρησης και αναβάθμισης του λογισμικού σε τρίτο πρόσωπο πλην του δημιουργού, οφείλουν να λαμβάνονται υπόψη οι θεμελιώδεις αρχές που διέπουν το σύγχρονο διοικητικό δίκαιο και ιδίως εκείνη της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος (βλ. Α. Ι Τάχο, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, 9η Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2008, σελ 775).

10. Ειδικότερα, σχετικά με όσα προβάλλονται με την υπό κρίση αίτηση θεραπείας και με βάση τα στοιχεία που προκύπτουν από το συνημμένο φάκελο, σημειώνουμε τα εξής:

α) Αναφορικά με τον ισχυρισμό, ως αναφέρεται αναλυτικά στην παρ. 2.α της παρούσης, ότι “Δεν λήφθηκε υπόψη στη συγκεκριμένη περίπτωση ότι τα συγκεκριμένα προγράμματα αποτελούν σύμφωνα με τους όρους της 323/2005 σύμβασης Πνευματική Ιδιοκτησία του Αναδόχου του Έργου διότι με βάση τους όρους της με αρ. 323/2005 σύμβασης ουδέποτε μεταβιβάσθηκε/παραχωρήθηκε ή παραδόθηκε στην Αναθέτουσα Αρχή (ΚτΠ ή ΥΠΕ) και στον Κύριο του Έργου ο ΠΗΓΑΙΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ του ήδη υπάρχοντος λογισμικού και εφαρμογών καθώς αυτός αποτελεί πνευματική δημιουργία των Κατασκευαστών/Δημιουργών του, πράγμα που άλλωστε είχε γνωστοποιηθεί από τον Ανάδοχο με την Προσφορά του, βάσει της οποίας του ανατέθηκε η εκτέλεση της σύμβασης”. . “Συνεπώς, η απευθείας ανάθεση από ν.π.δ.δ της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης ήδη εγκατεστημένων προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών αυτού στο δημιουργό τους, εφόσον το εν λόγω ν.π.δ.δ, που για λογαριασμό του δημιουργήθηκαν τα προγράμματα αυτά και τα χρησιμοποιεί, δεν απέκτησε την κυριότητα του πηγαίου κώδικα τους και, κατ' επέκταση, τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας σε αυτά, εφόσον κατά τους όρους της οικείας σύμβασης ανάθεσης της δημιουργίας τους, τα ανωτέρω δικαιώματα παρέμειναν στον ανάδοχο-δημιουργό τους, και ως προστατευόμενα δικαιώματα αποκλειστικότητας επιβάλλουν την ανάθεση της συντήρησης και τεχνικής

υποστήριξης των πνευματικών του δημιουργημάτων στον ίδιο, αποκλειόμενης ρητά της δυνατότητας του ν.π.δ.δ. να αναθέτει την παροχή των σχετικών υπηρεσιών σε τρίτους " (βλ. παρ. 2.α.iii της παρούσης), κρίνεται ότι ο ισχυρισμός αυτός δεν είναι βάσιμος.

Καταρχήν, η σύμβαση που προτίθεται να αναθέσει ο φορέας περιλαμβάνει και υπηρεσίες (βλ. παρ. 2θ της παρούσης) για τις οποίες δεν δύναται να υποστηριχθεί ότι η ανάδοχος ένωση της με αρ. 323/2005 σύμβασης είναι η μοναδική που μπορεί να τις παρέχει, ούτε ότι σχετίζονται με ήδη κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα δεδομένου ότι συνίστανται σε: Υπηρεσίες Help Desk, Υπηρεσίες Διοίκησης Έργου, Υπηρεσίες Ανάπτυξης Εφαρμογών, Υπηρεσίες Υποστήριξης Εξοπλισμού Υποδομών και System S/W, Υπηρεσίες Υποστήριξης Λογιστικού Συστήματος ΥΠΕ (Oracle EBS), οι οποίες δεν αφορούν ουδόλως τα υποσυστήματα του λογισμικού εφαρμογών που είχε αρχικά αναπτύξει η ανάδοχος ένωση.

Ειδικότερα, οι υπηρεσίες help desk, διοίκησης έργου και ανάπτυξης εφαρμογών μπορούν να παρασχεθούν από πλήθος οικονομικών φορέων / εταιρειών / φυσικών προσώπων / επαγγελματιών που δραστηριοποιούνται στο χώρο της πληροφορικής. Το ίδιο ισχύει και για τις υπηρεσίες υποστήριξης του εξοπλισμού υποδομών και του λογισμικού συστήματος (τρίτων κατασκευαστών) -καθώς πρόκειται για εξοπλισμό και λογισμικό που χρησιμοποιούνται ευρέως στην ελληνική αγορά-, αλλά και για τις υπηρεσίες υποστήριξης ενός υποσυστήματος τρίτου κατασκευαστή (Oracle EBS) το οποίο διατίθεται εμπορικά με συγκεκριμένο τιμοκατάλογο. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την από 14.3.2008 τροποποίηση της με αρ. 323/29.12.2005 Σύμβασης , Άρθρο 4 - Χρονοδιάγραμμα - Φάσεις έργου, Μέρος Β, ορίζεται ότι οι συμβαλλόμενοι συμφωνούν την πλήρη αντικατάσταση του Παραρτήματος 1 και των κεφαλαίων 2.5.1, 2.5.2 και 2.6.1 του Παραρτήματος 2 της αρχικής σύμβασης, με το Παράρτημα 1Α και τα κεφάλαια 2.5.1Α, 2.5.2Α και 2.6.1Α του Παραρτήματος 2 που περιλαμβάνονται στην υπογραφείσα τροποποίηση. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, "Καταργείται στο παρόν έργο το λογισμικό Εφαρμογή ΥΠΕΠ-CTI" (της εταιρείας ATKOSOFIT) και αφαιρείται από το συνολικό συμβατικό τίμημα του έργου το κόστος των 20 αδειών χρήσης του, καθώς και άλλα έτοιμα "λογισμικά πακέτα τηλεφωνικής εξυπηρέτησης" και λοιπά λογισμικά. Κατά συνέπεια, δεν περιλαμβάνεται πλέον στη λίστα των υποσυστημάτων λογισμικού με κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα το "Υποσύστημα τηλεφωνικής εξυπηρέτησης πολιτών".

Περαιτέρω, ως ρητώς αναφέρεται στην προσφορά του Αναδόχου, η οποία σε κάθε περίπτωση είναι δεσμευτική για τον Ανάδοχο επ' ωφελεία της Αναθέτουσας Αρχής, είναι δυνατή η παραμετροποίηση δεδομένων αναφοράς (master data), οργανωτικών δομών (π.χ. μονάδων, τμημάτων, χρηστών κλπ.), λόγω της παραμετρικότητας των (αρχικών) εφαρμογών, χωρίς επεμβάσεις προγραμματισμού στον κώδικα των εφαρμογών, κάτι το οποίο εγγυάται τη συντηρησιμότητα των εφαρμογών (βλ. παρ. 2.στ της παρούσης). Συνεπώς, η παραμετροποίηση μπορεί να διενεργείται από κάθε έμπειρο χρήστη/διαχειριστή του συστήματος, που έχει αποκτήσει ανάλογη εμπειρία στη διάρκεια των 8 ετών μεταφοράς τεχνολογίας από τον Ανάδοχο προς τον Κύριο του έργου, και δεν απαιτεί την παρέμβαση του Αναδόχου. Άλλωστε, η παραμετρικότητα του προσφερόμενου λογισμικού αποτελούσε και στοιχείο της τεχνικής αξιολόγησης του προσφερόμενου λογισμικού εφαρμογών (βλ. παρ.2.ε.ii της παρούσης)

Το παραπάνω ενισχύεται άλλωστε από την αναλυτική τεκμηρίωση της παραμετροποίησης που έχει υποστεί το λογισμικό εφαρμογών και η οποία έχει παραδοθεί στον Κύριο του έργου, σύμφωνα με τα παραδοτέα προϊόντα που αναφέρονται στην μεταξύ τους υπογραφείσα σύμβαση 323/2005. Με βάση συγκεκριμένα εδάφια της σύμβασης αυτής, στις υποχρεώσεις και τα παραδοτέα του αναδόχου περιλαμβάνεται όλη η απαιτούμενη τεκμηρίωση του συστήματος ώστε το λογισμικό των εφαρμογών να μπορεί να συντηρηθεί / επεκταθεί, εξασφαλίζοντας την επένδυση του φορέα και κατ' επέκταση το δημόσιο συμφέρον (βλ. παρ. 2.ζ.ii της παρούσης).

Περαιτέρω, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι στο άρθρο 15 της με αρ. 323/2005 σύμβασης υφίσταται διαφοροποίηση ως προς την κυριότητα των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας που ήταν κατοχυρωμένα και προϋπήρχαν της υποβολής προσφοράς και αυτών που αναπτύχθηκαν με δαπάνες του έργου-όπου για τα τελευταία δεν αμφισβητείται ότι ο Κύριος του έργου διαθέτει τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας και συνεπώς όλες τις εξουσίες επί των σχετικών εφαρμογών- η διατύπωση του εν λόγω άρθρου στην παρ. 3 του οποίου τίθεται ως ορόσημο, η ημερομηνία οριστικής παραλαβής του έργου, αποτελεί στην ουσία σημείο έναρξης του περιορισμού της κυριότητας των πνευματικών δικαιωμάτων του

δημιουργού, προφανώς των ήδη κατοχυρωμένων προ της υποβολής προσφοράς- περιλαμβάνοντας σχεδόν αυτούσιες τις διατάξεις του άρθρου 42 " Περιορισμοί" του ν.2121/1993 (βλ. παρ. 6 σε συνδυασμό με την παρ.2.ζ.ι). Εξάλλου σύμφωνα με το άρθρο 43 του εν λόγω νόμου επιτρέπεται στο νόμιμο χρήστη αντιγράφου προγράμματος, χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, η ενέργεια των πράξεων, που προβλέπονται στις παρ.1 και 2 του άρθρ.42, εφόσον είναι απαραίτητη προκειμένου να ληφθούν οι αναγκαίες πληροφορίες για τη διαλειτουργικότητα ενός ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με άλλα προγράμματα, εφόσον οι αναγκαίες για τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες δεν ήταν ευκόλως και ταχέως προσιτές στο νόμιμο χρήστη και εφόσον οι πράξεις περιορίζονται στα μέρη του αρχικού προγράμματος, που είναι απαραίτητα για τη διαλειτουργικότητα αυτή" (βλ. παρ. 6 της παρούσης).

β) Αναφορικά με τον ισχυρισμό, ότι *"πέραν της ένωσης εταιρειών στην οποία ανατέθηκε η υπό κρίση σύμβαση, δεν υπάρχουν άλλες εταιρείες ή ενώσεις εταιρειών ή φορείς οι οποίοι να έχουν το δικαίωμα να παρέχουν συντήρηση και υποστήριξη επί των πιο πάνω εφαρμογών λογισμικού επί των οποίων τα πνευματικά δικαιώματα ανήκουν στις εταιρείες- μέλη της εν λόγω ένωσης- εταιρειών/ αναδόχου,"*(βλ. παρ. 2.β της παρούσης), ομοίως κρίνεται ότι και ο ισχυρισμός αυτός δεν είναι βάσιμος.

Τούτο διότι, σύμφωνα με τα αναφερόμενα τόσο στη διακήρυξη, όσο στην προσφορά της αναδόχου ένωσης αλλά και στη σύμβαση, (βλ. παρ. 2.ε.ι, 2στ, 2.ζ.ι.της παρούσης), ήταν απόλυτα ξεκάθαρα διατυπωμένο στο σύνολο των ανωτέρω εγγράφων, χωρίς να καταλείπεται επ' αυτού ουδεμία αμφιβολία, ότι ο φορέας λειτουργίας θα πρέπει να έχει τη δυνατότητα μελλοντικά να αναθέσει σε τρίτο οργανισμό τη συντήρηση και υποστήριξη του συστήματος. Επιπλέον, με τη δήλωση του Αναδόχου περί παροχής της σχετικής βεβαίωσης, εξασφαλιζόνταν δύο, κρίσιμα ζητήματα: πρώτον, ότι ο τρόπος ανάπτυξης των προσφερόμενων εφαρμογών θα είναι παραμετρικός ώστε να παρέχεται η δυνατότητα ακόμα και σε κάποιον τρίτο (πλην του δημιουργού) να τις συντηρήσει (χωρίς να χρειαστεί να γνωρίζει ή να επέμβει στον πηγαίο κώδικα) και δεύτερον ότι ο φορέας λειτουργίας του συστήματος δεν θα περιέλθει σε κατάσταση *"εγκλωβισμού στον πάροχο"*. Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με όρο της διακήρυξης για την ανάθεση του έργου, οι υποψήφιοι ανάδοχοι ώφειλαν να αναφέρουν στην οικονομική τους προσφορά, το ετήσιο κόστος για την παροχή υπηρεσιών Service Level Agreement (εφεξής SLA) για 3 έτη μετά την οριστική παραλαβή του έργου, από τις οποίες ο κύριος του έργου είχε δικαίωμα να αγοράσει είτε μέρος είτε το σύνολό τους. Δηλαδή σύμφωνα με τα δεσμευτικά αναγραφόμενα στη διακήρυξη, προκύπτει ότι κατά τη συγγραφή των τευχών δημοπράτησης, βούληση της αναθέτουσας Αρχής και του Κυρίου του έργου, ήταν σε κάθε περίπτωση η αποφυγή δημιουργίας της εν λόγω κατάστασης εγκλωβισμού.

γ) Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι *"αν ανατεθεί η συντήρηση σε τρίτους υπάρχει μεγάλη πιθανότητα είτε λανθασμένων χειρισμών εκ μέρους των συντηρητών, είτε αδυναμίας λειτουργίας, λόγω του ότι δεν έχει κατατεθεί ο πηγαίος κώδικας του συστήματος. Η όποια επέμβαση στον κώδικα θα πρέπει να γίνεται μέσω μεθόδων reverse engineering, πράγμα πολύ δύσκολο και ιδιαίτερα χρονοβόρο και κυρίως επικίνδυνο, καθώς αυξάνει δραματικά την πιθανότητα εσφαλμένων ενεργειών του κώδικα, σε ένα ιδιαίτερα ευαίσθητο τομέα που είναι η υγεία"*(βλ. παρ. 2.γ της παρούσης), ομοίως δεν κρίνεται βάσιμος, καθώς σύμφωνα με την με αρ. 323/2005 σύμβαση, στις υποχρεώσεις και τα παραδοτέα του αναδόχου περιλαμβάνεται όλη η απαιτούμενη τεκμηρίωση του συστήματος ώστε το λογισμικό των εφαρμογών να μπορεί να συντηρηθεί / επεκταθεί, χωρίς να χρειαστεί εφαρμογή μεθόδων reverse engineering και χωρίς κίνδυνο (βλ. παρ. 2 ζ.ii της παρούσης). Περαιτέρω, , στη Σύμβαση 323/2005, Παράρτημα 2 - Περιγραφή έργου, Κεφ. 3.4.2 - Μεταφορά Τεχνογνωσίας - Υποστήριξη Χρηστών - On the job training αναφέρεται *"Ο Ανάδοχος θα διασφαλίσει την αναγκαία μεταφορά τεχνογνωσίας στα στελέχη του Πε.Σ.Υ.Π. ώστε αυτά να είναι σε θέση να ανταπεξέλθουν στη λειτουργία των πληροφοριακών συστημάτων του ΟΠΣΥ χωρίς να διαταράσσεται η ομαλή λειτουργία των Τμημάτων των ΜΥ. Η μεταφορά τεχνογνωσίας θα επιτρέψει στα στελέχη αυτά να αποκτήσουν τις απαραίτητες γνώσεις και ικανότητες, ώστε αμέσως μετά το τέλος του έργου, να είναι σε θέση να λαμβάνουν τις αποφάσεις εκείνες που θα εξασφαλίσουν τη σωστή και συνεχή λειτουργία του συστήματος τόσο σε τεχνικό όσο και σε λειτουργικό επίπεδο και τη βελτίωση των διεργασιών των ΜΥ."*

Επικουρικά, αναφέρεται, καθόσον έχει περιληφθεί και αναλυθεί στην με αρ. 12/16.01.2014 Απόφαση της Αρχής, ότι κατά την έννοια του άρθρου 25 παρ. (1) περ. (β) του π.δ. 60/2007, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης όταν για λόγους τεχνικούς (όπως 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 πρόσωπο, το οποίο όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανό να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις ζητούμενες υπηρεσίες, αλλά απαιτείται να είναι και το μοναδικό έναντι οιαδήποτε άλλου προσώπου παρέχοντας ανάλογες υπηρεσίες (ενδεικτικά βλ. ΔΕΚ C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ C-296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ C- 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας). Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή δύναται νομίμως να προβεί, κατόπιν διαπραγμάτευσης, σε ανάθεση υπηρεσιών για λόγους τεχνικούς ή για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, έχοντας όμως προηγουμένως σταθμίσει όλες τις οικονομοτεχνικές παραμέτρους, που καθιστούν συμφερότερη 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 απόφαση αυτή, διαφορετικά η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δεν είναι νόμιμη (βλ. Πράξεις ΕΣ Τμ. VI 3334/2009, 156, 77/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 61/2004).

δ) Τέλος, αναφορικά με τον επικαλούμενο λόγο περί διαφορετικής ερμηνείας του ζητήματος της ανάθεσης των υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης (βλ. παρ. 2δ ανωτέρω) και ως αναφέρθηκε αναλυτικά στην παρούσα, η παροχή των εν λόγω υπηρεσιών που περιλαμβάνονται στην σκοπούμενη σύμβαση, ούτε κατ' ανάγκη απαιτεί ούτε προϋποθέτει την αποκάλυψη του πηγαίου κώδικα και συνεπώς δεν αποτελεί προσβολή στα όποια κατοχυρωμένα ήδη πριν την υποβολή προσφοράς και σύναψης σύμβασης πνευματικά δικαιώματα της Αναδόχου ένωσης εταιρειών. Εξάλλου, αφενός η ίδια η Ανάδοχος ένωση ρητώς αναφέρει στην προσφορά της (βλ. παρ. 2.στ της παρούσας αναφορικά με την παραμετρικότητα) ότι *“λόγω της παραμετρικότητας των εφαρμογών είναι δυνατή η παραμετροποίηση δεδομένων αναφοράς οργανωτικών μονάδων χωρίς επεμβάσεις προγραμματισμού στον κώδικα των εφαρμογών κάτι το οποίο εγγυάται τη συντηρησιμότητα των εφαρμογών”* και αφετέρου όροι με το ίδιο αποτέλεσμα περιλαμβάνονται τόσο στην οικεία διακήρυξη όσο και στη σύμβαση με αρ. 323/2005. Σημειώνεται ότι, η εν λόγω Πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου αφορά στην με αρ. 755/25.1.2013 σύμβαση που συνήφθη στη βάση σχετικού όρου της διακήρυξης, διαρκούντος του δικαιώματος της Αναθέτουσας Αρχής για ανάθεση υπηρεσιών SLA.

ε) Επιπροσθέτως, παρατηρούνται τα ακόλουθα: Από την έναρξη του έργου, με την 323/29-12-2005 σύμβαση "Πληροφοριακό Σύστημα Υγείας ΠεΣΥΠ Κρήτης" και με τις συμβάσεις τροποποίησης και επέκτασής της (1η Τροποποίηση 2-11-2006, 2η Τροποποίηση 14-03-2008, 3η Τροποποίηση 01-10-2008, Επέκταση 03-04-2009, 4η Τροποποίηση 27-07-2009, 5η Τροποποίηση 24-12-2009), καθώς και με τις 3 συμβάσεις συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης που ακολούθησαν (1339/02-2011, 9683/07-2011 και 755/12-2012) , έχουν παρασχεθεί στον Κύριο του έργου από την Ανάδοχο περισσότεροι από 1000 ανθρωπομήνες υπηρεσιών εγκατάστασης, παραμετροποίησης, τροποποίησης, ολοκλήρωσης, ελέγχου, διασύνδεσης, μετάπτωσης, εκπαίδευσης, πιλοτικής λειτουργίας, υποστήριξης παραγωγικής λειτουργίας, μεταφοράς τεχνογνωσίας, υποστήριξης χρηστών, on-the-job training, κλπ. Το συμβατικό τίμημα των υπηρεσιών αυτών αντιστοιχεί στο 61,5% του συνολικού συμβατικού τιμήματος των παραπάνω συμβάσεων. Το υπόλοιπο 38,5% αφορά κατά 22% τον παρασχεθέντα εξοπλισμό και μόλις κατά 16,5% το παρασχεθέν λογισμικό συστήματος και εφαρμογών. Ας σημειωθεί ότι στο λογισμικό συστήματος και εφαρμογών περιλαμβάνεται εκτός από το λογισμικό που έχει αναπτύξει ο ανάδοχος, λογισμικό τρίτων κατασκευαστών, όπως Oracle Database (1335 άδειες τελικών χρηστών), Oracle e-business suite , Oracle FI-i Procurement, Internet Application Server Enterprise Edition iDs, Oracle F&S Analyzers, INBIT Praxis + Web Praxis, Oracle IAS EE for portal, NORTEL, PANDA, Microsoft Windows κλπ.

Δηλαδή καθίσταται προφανές, ότι το σύνολο των υπηρεσιών που έχουν παρασχεθεί από την Ανάδοχο ένωση θα πρέπει να έχει οδηγήσει σε πλήρη αναθεώρηση της λειτουργικότητας των αρχικά προσφερομένων εφαρμογών λογισμικού για τις οποίες είχε κατοχυρώσει πνευματικά δικαιώματα.

11. Όσον αφορά την επίκληση της νομικής βάσης της παρ. 2 β του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007, καίτοι η αιτούσα την επικαλείται εκ νέου με την αίτηση επανεξέτασης, δεν προσκομίζει νέα στοιχεία ούτε αντικρούει τα κριθέντα στην με αρ. 12/16.01.2014 Απόφαση της Αρχής.

12. Κατά συνέπεια επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών στην κρινόμενη αίτηση θεραπείας, εκτός των όσων αναλυτικά αναφέρθηκαν και αποφασίσθηκαν στην με αρ. 12/16.01.2014 Απόφαση της Αρχής και τα οποία δεν αναιρούνται με την υπό εξέταση αίτηση θεραπείας, κρίνεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 25 και ιδίως των περ. β παρ. 1 και 2 που ρητώς επικαλείται η αιτούσα, καθόσον δεν προβάλλονται ισχυρισμοί ικανοί να επιφέρουν αναίρεση ή τροποποίηση των ήδη κριθέντων με την ως άνω Απόφαση. Κατά συνέπεια, δεν προκύπτει η συνδρομή προϋπόθεσης για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την σκοπούμενη υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ ομόφωνα αποφασίζει:

Την απόρριψη της αίτησης θεραπείας της 7^{ης} ΥΠΕ Κρήτης με την οποία ζητείται η επανεξέταση της με αρ. 12/16.01.2014 Απόφασης της Αρχής και την επικύρωση της εν λόγω απόφασής για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτήν καθώς και στην παρούσα απόφαση.

Αμπελόκηποι, 21 Μαΐου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Χρήστος Δετσαρίδης