



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

33/2017

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 28^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες επτά (2017), ημέρα Παρασκευή και ώρα 09.30 π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 στους Αμπελόκηπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** (εφεξής και Αρχή) 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:

Πρόεδρος: Γεώργιος Καταπόδης (Πρόεδρος της Αρχής)

Μέλη: Χριστίνα Μπουσουλέγκα (Αντιπρόεδρος της Αρχής)

Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Σταθακόπουλος

Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου

Εισηγητής: Παναγιώτα Αλεξίου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, Γεώργιος Σταθακόπουλος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΣΗ.ΣΥ, Επιστήμων Πληροφορικής

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο κ. Σταθακόπουλος, η κ. Αλεξίου μέσω τηλεδιάσκεψης, η Προϊσταμένη Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, κ. Καξική καθώς και οι εκπρόσωποι της ΕΥΔΑΠ, κα Ευτυχία Νεστορίδη, Γεν. Δ/ντρια Συντονισμού & Υποστηρικτικών Λειτουργιών, ο Δρ. Κωνσταντίνος Βαφειάδης, Εκτελεστικό Μέλος Δ.Σ., ο κος Παντελής Μπαξεβανίδης, Δ/ντής Πληροφορικής και Τεχνολογίας, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

ΘΕΜΑ: Το με Α.Π. 4687/17.03.2017 έγγραφο της Εταιρείας Ύδρευσης και Αποχέτευσης Πρωτεύουσας Α.Ε. και στο εξής ΕΥΔΑΠ ΑΕ (Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1883/17.03.2017), μετά του συνημμένου σε αυτό φακέλου, όπως συμπληρώθηκε δια του με Α.Π. 6552/18.04.2017 εγγράφου, μετά των συνημμένων σε αυτό στοιχείων και πληροφοριών (Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.Σ.Υ. 2589/18.04.2017), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, ως ισχύει, για την ανανέωση σύμβασης Microsoft Enterprise Agreement, για τρία (3) έτη, με την εταιρεία MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED,

δαπάνης ευρώ κατ' ανώτατο όριο 501.748,52 πλέον ΦΠΑ κατ' έτος και συνολικά για τα τρία έτη ευρώ κατ' ανώτατο όριο 1.505.245,56 πλέον ΦΠΑ.

.....

Με το με Α.Π. 4687/17.03.2017 έγγραφο της ΕΥΔΑΠ ΑΕ (Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1883/17.03.2017), μετά του συνημμένου σε αυτό φακέλου, όπως συμπληρώθηκε δια του με Α.Π. 6552/18.04.2017 εγγράφου, μετά των συνημμένων σε αυτό στοιχείων και πληροφοριών (Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2589/18.04.2017), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, ως ισχύει, για την ανανέωση σύμβασης Microsoft Enterprise Agreement, για τρία (3) έτη, με την εταιρεία MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED, δαπάνης ευρώ κατ' ανώτατο όριο 501.748,52 πλέον ΦΠΑ κατ' έτος και συνολικά για τα τρία έτη ευρώ κατ' ανώτατο όριο 1.505.245,56 πλέον ΦΠΑ.

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

- 1.** Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:
 - 1.1** Από το έτος 2001 έως την 31.10.2004 η ΕΥΔΑΠ ΑΕ μεριμνούσε για την κατοχύρωση των αδειών χρήσης των λογισμικών Microsoft που διέθετε, με ετήσιες συμβάσεις τύπου Open Subscription License, τις οποίες συνήπτε με εξουσιοδοτημένους μεταπωλητές της εταιρείας Microsoft.
 - 1.2** Το έτος 2005 συνήφθη, κατόπιν της υπ' αριθμ. 15128/2005 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, μεταξύ της εν λόγω και της εταιρείας MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED, σύμβαση τύπου (direct) Microsoft Enterprise Agreement, αξίας 1.035.370,59 ευρώ και διάρκειας τριών ετών. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στα συνημμένα έγγραφα του με Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4687/17.03.2017 εγγράφου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ και ειδικότερα σύμφωνα με την εισήγηση της Διεύθυνσης Συντονισμού & Υποστηρικτικών Λειτουργιών προς το Διοικητικό Συμβούλιο αυτής, τα Enterprise Agreements που συνάπτει η εταιρεία Microsoft, απευθύνονται σε φορείς που έχουν υπό τη διαχείρισή τους ηλεκτρονικούς υπολογιστές άνω των πεντακοσίων (500) και η διάρκειά τους δεν είναι μικρότερη από τρία (3) έτη. Επιπλέον, ομοίως σύμφωνα με τα προσκομισθέντα ως άνω στοιχεία, αντικείμενο της ως άνω υπογραφείσας σύμβασης αποτέλεσε η αγορά και συντήρηση αδειών λογισμικού κατά τα έτη 2005 -2008. Σημειώνεται ότι, η ως άνω MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED αποτελεί την έδρα της εταιρείας Microsoft στην Ευρωπαϊκή Ένωση, είναι δε η μόνη που δύναται να συνάπτει άμεσα – απευθείας (direct) συμβάσεις τύπου Enterprise Agreement με τους φορείς στην Ευρωπαϊκή Ένωση.
 - 1.3** Σύμφωνα με το με Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2589/18.04.2017 έγγραφο παροχής συμπληρωματικών στοιχείων, η επιλογή της απευθείας σύναψης σύμβασης με την εταιρεία Microsoft εξασφαλίζει σημαντική εξοικονόμηση κόστους, λόγω του ότι δεν «παρεμβάλλονται» μεταπωλητές, διανομείς προϊόντων ή λοιπές τρίτες εταιρείες οι οποίες, κατά τη μεταπώληση προϊόντων της Microsoft, θα επιβάρυναν την αξία της σύμβασης με το δικό τους κέρδος. Η αιτούσα παραθέτει στο ως άνω έγγραφο στοιχεία προς τεκμηρίωση της εν λόγω εξοικονόμησης, τόσο για την αιτούσα, όσο και για το Ελληνικό Δημόσιο, κύριο μέτοχο αυτής.
 - 1.4** Το έτος 2008 συνήφθη, κατόπιν της υπ' αριθμ. 16222/2008 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, μεταξύ των ανωτέρω, σύμβαση τύπου (direct) Microsoft Enterprise Agreement, αξίας 980.772,53 ευρώ και διάρκειας τριών ετών. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στα συνημμένα του αιτήματος έγγραφα, αντικείμενο της ως άνω σύμβασης υπήρξε η συντήρηση των αδειών λογισμικού καθώς και η προμήθεια επιπλέον αδειών.
 - 1.5** Εν συνεχεία το έτος 2011, κατόπιν της υπ' αριθμ. 17389/2011 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, συνήφθη μεταξύ των ανωτέρω σύμβαση τύπου (direct) Microsoft Enterprise Agreement, αξίας 631.329,21 ευρώ και διάρκειας τριών ετών. Σύμφωνα με τα προσκομισθέντα, στο πλαίσιο της εν λόγω σύμβασης και λόγω μείωσης του αριθμού του προσωπικού, πραγματοποιήθηκε αναπροσαρμογή των αδειών (500 λιγότερες σε σχέση με την προηγούμενη τριετία) και προμήθεια νέων προϊόντων.
 - 1.6** Τέλος, το έτος 2014 συνήφθη, κατόπιν της υπ' αριθμ. 18354/2014 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, σύμβαση μεταξύ των ανωτέρω, τύπου (direct) Microsoft Enterprise Agreement, αξίας 742.667,22 ευρώ και διάρκειας τριών ετών. Σύμφωνα με τα προσκομισθέντα, αντικείμενο της ως άνω

σύμβασης αποτέλεσε η συντήρηση και παροχή πρόσθετων αδειών καθώς και υπηρεσίες «cloud» με προμήθεια σχετικών αδειών.

1.7 Οι ανωτέρω υπό στοιχεία 1.4 έως 1.6 συμβάσεις συνήφθησαν ως ανανεώσεις της αρχικώς συναφθείσας το 2005 Enterprise Agreement (υπό στοιχεία 1.2), ενώ το σύνολο των συμβάσεων που αναφέρονται στην παρούσα Ενότητα (I) ανατέθηκε με αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ χωρίς να προκύπτει διαδικασία ανάθεσης σύμφωνα με τις διατάξεις περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που ίσχυαν σε έκαστο χρονικό σημείο κατά το οποίο αυτές ανατέθηκαν (2002, 2003, 2004, 2005, 2008, 2011 και 2014) ή τις διατάξεις του Κανονισμού Προμηθειών και Υπηρεσιών της ΕΥΔΑΠ (έγκριση ΔΣ ΕΥΔΑΠ ΑΕ 13348/05.09.2001), ως ίσχυε κάθε φορά.

1.8 Με το με Α.Π. 4687/17.03.2017 έγγραφο αίτημά της, η ΕΥΔΑΠ ΑΕ κατόπιν της υπ' αριθμ. 19153/08.03.2017 απόφασης του Διοικητικού της Συμβουλίου, αποφάσισε την εκ νέου ανανέωση της σύμβασης Enterprise Agreement που συνήφθη με την εταιρεία MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED αρχικώς το έτος 2005, για τρία (3) έτη, ήτοι από 30.04.2017 έως 30.04.2020, δαπάνης ευρώ κατ' ανώτατο όριο 501.748,52 πλέον ΦΠΑ κατ' έτος και συνολικά για τα τρία έτη ευρώ κατ' ανώτατο όριο 1.505.245,56 πλέον ΦΠΑ. Σύμφωνα με τα προσκομισθέντα στοιχεία, στο πλαίσιο της σύμβασης στη σύναψη της οποίας προτίθεται να προβεί η ΕΥΔΑΠ ΑΕ κατόπιν διαπραγμάτευσης και μετά την έκδοση σύμφωνης γνώμης της Αρχής, πρόκειται να «συμπληρωθεί» η προγενέστερη ανανέωση σύμβασης (2014-2017), ως εξής:

- Επιπλέον δικαιώματα χρήσης των εφαρμογών παραγωγικότητας γραφείου Microsoft Office για τους 300 χρήστες που δεν το διαθέτουν.
- 500 επιπλέον χρήστες με αντίστοιχες άδειες αναβάθμισης και χρήσης λειτουργικού συστήματος Windows Enterprise, δικαιώματα χρήσης εφαρμογών παραγωγικότητας γραφείου Microsoft Office, πακέτο δικαιωμάτων πρόσβασης στους κεντρικούς εξυπηρετητές και σε διαδικτυακές υπηρεσίες.
- Δικαιώματα χρήσης και αναβάθμισης του προϊόντος δημιουργίας δια-γραμμάτων Visio Professional για 28 νέες θέσεις εργασίας.
- Δικαιώματα χρήσης και αναβάθμισης του προϊόντος δημιουργίας δια-γραμμάτων Project Professional για 30 νέες θέσεις εργασίας.
- Προμήθεια αδειών χρήσης και αναβάθμισης για 2 επιπλέον εξυπηρετητές (ως ειδικότερα περιγράφονται).
- Αναβάθμιση των αδειών χρήσης και αναβάθμισης για 10 εξυπηρετητές (ως ειδικότερα περιγράφονται).
- Προμήθεια αδειών χρήσης και αναβάθμισης για 10 επιπλέον εξυπηρετητές (ως ειδικότερα περιγράφονται).
- Αύξηση της πίστωσης χρήσης για την πλατφόρμα “cloud” της Microsoft, Azure, μέχρι του ποσού των ευρώ 25.299.
- Πλήρης και ασφαλής διαχείριση της ταυτότητας των 1500 συνολικά χρηστών.
- Για 10 από τους 470 χρήστες συμπληρωματικές υπηρεσίες επιχειρησιακής ευφυΐας και πρόσβαση σε τηλεδιασκέψεις (ως ειδικότερα περιγράφονται).
- Για τις υφιστάμενες άδειες προβλέπεται είτε «μετεξέλιξη» είτε ανανέωση.

1.9 Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο προαναφερθέν αρχικό αίτημα της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, για την ολοκλήρωση της διαδικασίας υπογραφής και ενεργοποίησης της σύμβασης απαιτείται πιστοποιημένος Σύμβουλος Διαχείρισης λογισμικού (Enterprise Software Advisor – ESA), ο οποίος αναλαμβάνει τη διαχείριση της σύμβασης. Η απόφαση περί ανάδειξης του εν λόγω Συμβούλου περιλαμβάνεται στο Σχέδιο Απόφασης που υπεβλήθη στην Αρχή, πλην όμως δεν αφορά στο υπό εξέταση αίτημα.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 21 παρ. 2 περ. α' και β' του Ν. 4441/2016, οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών

που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016, 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 Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) εργασιμικών ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής.

3. Σύμφωνα με το άρθρο 2 «Ορισμοί» του Ν. 4412/2016, το οποίο, όσον αφορά στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ, ενσωμάτωσε το άρθρο 2 αυτής: «8. ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης. 9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6».

4. Το άρθρο 225 «Μεικτές συμβάσεις που καλύπτουν την ίδια δραστηριότητα» (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), ορίζει ότι : «2. Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση {...} ή μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από αγαθά, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή αγαθών είναι η υψηλότερη.».

5. Το άρθρο 235 «Κατώτατα όρια» (άρθρο 15 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) Ν. 4412/2016 ορίζει ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, τα ακόλουθα:

α) 418.000 ευρώ για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, καθώς και για τους διαγωνισμούς μελετών,

β) 5.225.000 ευρώ για τις συμβάσεις έργων,

γ) 1.000.000 ευρώ για συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που περιέχονται στον κατάλογο του Παραρτήματος XVII του Προσαρτήματος Β'. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις ως άνω περιπτώσεις α' και β' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 17 της Οδηγίας 2014/ 25/ΕΕ».

6. Το Άρθρο 236 Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων (άρθρο 16 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαίωματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης {...} 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου {...} 4. Η εκτιμώμενη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού {...} 11. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή οι οποίες προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης: α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, ει δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης· β) είτε η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα μήνες {...}».

7. Το Άρθρο 263 Επιλογή των διαδικασιών (άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπει ότι : « {...} 3. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που αναφέρονται ρητά στο άρθρο 269, οι αναθέτοντες φορείς

δύνανται να προσφεύγουν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού».

8. Οι διατάξεις του άρθρου 269 Ν. 4412/2016 «Χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 50 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), προ-βλέπουν ότι : «οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να χρησιμοποιούν μια διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: {...} γ) 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, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης, ββ) δεν υφίσταται ανταγωνισμός, επειδή υπάρχουν τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του, γγ) για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ) και γγ) εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης {...} ε) στην περίπτωση συμβάσεων προμηθειών 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 τον αναθέτοντα φορέα να προμηθευτεί αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και τη συντήρηση»,

9. Το άρθρο 261 «Ονοματολογίες» (άρθρο 41 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Οποιοσδήποτε αναφορές σε ονοματολογίες στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης συμβάσεων γίνονται με τη χρήση του «Κοινού λεξιλογίου για τις δημόσιες συμβάσεις (CPV)» όπως υιοθετήθηκε με τον κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 2195/2002 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Νοεμβρίου 2002, για το κοινό λεξιλόγιο για τις δημόσιες συμβάσεις».

10. Το άρθρο 376 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και σε όλους τους διαγωνισμούς μελετών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221), {...} 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 {...}».

11. Το άρθρο 379 Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει ότι: «1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του {...}».

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

12. Το υπό εξέταση αίτημα της ΕΥΔΑΠ ΑΕ αφορά στη σύναψη σύμβασης, η οποία αποτελεί την τέταρτη κατά σειρά ανανέωση της συναφθείσας αρχικώς κατά το έτος 2005 σύμβασης τύπου Enterprise Agreement με την εταιρεία MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED.

13. Ανεξαρτήτως της διαδικασίας ανάθεσης τόσο των συμβάσεων ετήσιας διάρκειας των ετών 2002, 2003 και 2004, για τις οποίες δεν διατίθενται στοιχεία, όσο και της αρχικής σύμβασης Enterprise Agreement το έτος 2005 και των ανανεώσεων αυτής κατά τα έτη 2008, 2011 και 2014, καθώς δεν αφορούν στο υπό εξέταση αίτημα, και με την επιφύλαξη της νομιμότητας αυτών, σε ό,τι αφορά στο εν θέματι αίτημα της ΕΥΔΑΠ ΑΕ περί παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016 και ειδικότερα σύμφωνα με το άρθρο 269 περιπτ. (γ) υποπεριπτ. (γγ) και (ε), λεκτέα τα ακόλουθα:

14. Η σύμβαση στην οποία προτίθεται να προβεί η ΕΥΔΑΠ ΑΕ αποτελεί σύμβαση που συνάπτεται από αναθέτοντα φορέα, κατ' άρθρο 224 Ν. 4412/2016, κατά την άσκηση της οριζόμενης στο άρθρο 230 Ν. 4412/2016 δραστηριότητας «Υδωρ» και τούτο διότι αποτελεί δημόσια επιχείρηση κατ' άρθρο 224 Ν. 4412/2016, η οποία επιπλέον λειτουργεί επί τη βάση αποκλειστικού δικαιώματος, εκχωρηθέν σε αυτή δυνάμει διάταξης νόμου (Ν. 1068/1980, Ν. 2744/1999) καθώς και της από 09.12.1999 σύμβασης με το Ελληνικό Δημόσιο για τη χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος παροχής υπηρεσιών ύδρευσης και αποχέτευ-

σης, τελεί δε η προς ανάθεση σύμβαση σε συνάφεια προς την άσκηση των ως άνω δραστηριοτήτων, όπως ειδικότερα τεκμηριώνεται στο προαναφερθέν έγγραφο παροχής συμπληρωματικών στοιχείων, σχετικά με την κάλυψη των αναγκών λειτουργίας της προς το σκοπό άσκησης της ασκούμενης από αυτή δραστηριότητας του άρθρου 230 Ν. 4412/2016. Συνεπώς, εφαρμοστέες διατάξεις για τη σύμβαση θέματος είναι οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ και εν προκειμένω του άρθρου 269 Ν. 4412/2016, επί αιτήματος προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διαγωνισμού.

15. Η σύμβαση στην οποία προτίθεται να προβεί η ΕΥΔΑΠ ΑΕ έχει το χαρακτήρα μεικτής σύμβασης, καθώς αφορά τόσο σε προμήθεια αγαθών όσο και σε παροχή υπηρεσιών, όπως προκύπτει από τα προσκομισθέντα στοιχεία και ιδίως από το έγγραφο παροχής συμπληρωματικών στοιχείων (Α.Π. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2589/18.04.2017), στο οποίο συνημμένα προσκομίζεται έγγραφο εισήγησης της αρμόδιας υπηρεσίας (Διεύθυνση Συντονισμού & Υποστηρικτικών Λειτουργιών) προς το Διοικητικό Συμβούλιο της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, με τεκμηρίωση της ανάγκης ανανέωσης της εν ισχύ σύμβασης και αναλυτική περιγραφή των προς προμήθεια αγαθών και προς παροχή υπηρεσιών με κοστολόγηση αυτών, καθώς και πίνακας ανάλυσης των προϊόντων – υπηρεσιών κατά κωδικό CPV.

Σύμφωνα με τον σχετικό αναλυτικό κατάλογο που περιλαμβάνεται στα συμπληρωματικά στοιχεία που προσκομίσθηκαν, η εκτιμώμενη αξία των προς προμήθεια αγαθών ανέρχεται σύμφωνα με τα ανωτέρω, σε επίπεδο τριετίας, στο ποσό των ευρώ 563.000,00 περίπου, ενώ η εκτιμώμενη αξία των προς παροχή υπηρεσιών ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 942.000,00 περίπου, συνεπώς, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 225 παρ. 2 εδάφιο β, η οποία προβλέπει ότι, σε περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από αγαθά, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή αγαθών είναι η υψηλότερη, η εν θέματι σύμβαση λογίζεται ως σύμβαση υπηρεσιών. Περαιτέρω, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω εκτεθέντα, αφορά σε σύμβαση υπηρεσιών και λόγω του προεξέχοντος χαρακτήρα της προς ανάθεση σύμβασης, ο οποίος συνίσταται στην παροχή υπηρεσιών μέσω διαδικτύου (cloud services).

Η συνολική αξία της σύμβασης θέματος, όπως αυτή αποτιμάται από την ΕΥΔΑΠ ΑΕ στο αίτημά της και στο συνημμένο σε αυτό σχέδιο απόφασης του Διοικητικού της Συμβουλίου, θα ανέλθει κατ' ανώτατο όριο στο ποσό των ευρώ 501.748,52 πλέον ΦΠΑ κατ' έτος και συνολικά για τα τρία έτη κατ' ανώτατο όριο στο ποσό των ευρώ 1.505.245,56 πλέον ΦΠΑ, συνεπώς υπερβαίνει το τεθέν δια του άρθρου 235 Ν. 4412/2016 ποσού των 418.000,00 ευρώ για τις συμβάσεις υπηρεσιών και ως εκ τούτου συντρέχει αρμοδιότητα της Αρχής για εξέταση του αιτήματος για παροχή σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περιπτ. γ υποπεριπτ. δδ' του Ν. 4013/2011, ως ισχύει.

16. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες περιπτώσεις των άρθρων περί διαπραγμάτευσης (βλ. σχετικώς με τα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου οι Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων να μην απωλέσουν την πρακτική αποτελεσματικότητά τους, τα κράτη μέλη και οι Αναθέτουσες Αρχές δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από τις εν λόγω Οδηγίες ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από τις Οδηγίες 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).

17. Εν προκειμένω, η ΕΥΔΑΠ ΑΕ ρητώς επικαλείται, τόσο δια του ανωτέρω αναφερθέντος αρχικώς υποβληθέντος αιτήματός της, όσο και δια του προαναφερθέντος εγγράφου παροχής συμπληρωματικών στοιχείων, ως νομική βάση του αιτήματός της, τη διάταξη του άρθρου 269 περιπτ. γ' υποπεριπτ. γγ' και την περιπτ. ε.

A. Ως προς τη διάταξη του άρθρου 269 περιπτ. γ υποπεριπτ. γγ

18. Σε ό,τι αφορά στην επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 269 περιπτ. γ' υποπεριπτ. γγ' Ν. 4412/2016 και σύμφωνα με αυτή, οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να προσφεύγουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, όταν για λόγους σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, και μόνο στην περίπτωση που δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο, καθίσταται αναγκαίο να ανατεθεί σύμβαση σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

Στην περίπτωση αυτή, γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αρκεί να είναι απλώς ικανός να παρέχει με τον πλέον αποτελεσματικό και οικονομικά συμφέροντα τρόπο τις υπηρεσίες που πρόκειται να του ανατεθούν, αλλά να είναι και ο μοναδικός, έναντι οιοδήποτε άλλου φορέα, που παρέχει δυνητικά ανάλογες υπηρεσίες (ΔΕΚ C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ C-296/92, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ C-57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας).

«Επιπροσθέτως, η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, λόγω των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, αφορά στις περιπτώσεις κατά τις οποίες για λόγους νομικούς, μπορεί να ανατεθεί η σύμβαση σε έναν και μόνο οικονομικό φορέα, όπως είναι η περίπτωση προστασίας του αντικειμένου της προς ανάθεση σύμβασης από δικαιώματα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, ως είναι και τα δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, ακόμη και τα μη κατοχυρωμένα (ΔΕΕ C-199/85, σκέψη 14, C-57/94 σκέψη 23, ΕΣ Τμ. VI 2055/2010).

Τονίζεται δε ότι, δεν αρκεί τα προς ανάθεση αγαθά ή υπηρεσίες να προστατεύονται από δικαιώματα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, αλλά απαιτείται επιπλέον να κατασκευάζει/παρασκευάζει/ παρέχει τα εν λόγω αγαθά ή υπηρεσίες μόνο ο οικονομικός φορέας στον οποίο πρόκειται να ανατεθεί η σύμβαση, απουσία άλλων ανταγωνιστών, ήτοι φορέων οι οποίοι παρέχουν ισοδύναμα ή παρόμοια αγαθά ή υπηρεσίες (ΔΕΕ C-328/92, σκέψη 17, ΕΣ Τμ. VI 86, 176, 177/2009, 50, 205/2010).

19. Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, ο αναθέτων φορέας δύναται νομίμως να προβεί, κατόπιν διαπραγμάτευσης, σε ανάθεση σύμβασης για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, έχοντας όμως σταθμίσει όλες τις οικονομοτεχνικές παραμέτρους, οι οποίες καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή στην εν λόγω 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 αυτή δεν είναι νόμιμη (ΕΣ Πράξεις Τμ. VI 61/2004, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 263/2007, 77, 156/2008, 3334/2009).

20. Εν προκειμένω, η ΕΥΔΑΠ ΑΕ προβάλλει τους κάτωθι λόγους, προς τεκμηρίωση του αιτήματός της αναφορικά με την ανάγκη ανάθεσης σύμβασης εκ νέου στην εταιρεία MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED, αντισυμβαλλόμενο της αρχικής σύμβασης, λόγω ύπαρξης αποκλειστικών δικαιωμάτων:

α) «οι όροι ασφαλούς λειτουργίας των λογισμικών Microsoft που διαθέτει η ΕΥΔΑΠ, προϋποθέτουν την ετήσια ανανέωση υφιστάμενων συμβάσεων αδειών χρήσης και αναβάθμισης των προϊόντων, ώστε να λαμβάνει η ΕΥΔΑΠ τις νέες εκδόσεις με διορθώσεις σφαλμάτων και βελτιωμένη προστασία από κακόβουλα λογισμικά {...}. Στην περίπτωση που χρειάζεται η ΕΥΔΑΠ να αυξήσει τους χρήστες των λογισμικών, χωρίς να αγοράσει νέες άδειες λειτουργίας, εγκυμονεί κινδύνους επιβολής προστίμων μεγάλου ύψους και άλλων κυρώσεων, μεταξύ των οποίων και ποινικών. Για τους λόγους αυτούς, η ΕΥΔΑΠ φροντίζει διαχρονικά να συνάπτει συμβάσεις με την εταιρεία Microsoft για την ασφαλή και νόμιμη χρήση των εγκατεστημένων λογισμικών που διαθέτει και μεριμνά για την προμήθεια νέων συμβατών λογισμικών, όταν απαιτείται για τον εξοπλισμό νέων θέσεων εργασίας με συμβατά πληροφοριακά συστήματα. Με βάση τα ανωτέρω, προκύπτει η βασική υποχρέωση της ΕΥΔΑΠ περί «προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων...συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας», όπως αναφέρει η περίπτωση γ' υποπερίπτωση γγ' του άρθρου 269 Ν. 4412/2016 για όλα τα προϊόντα της Microsoft που είναι αντικείμενα της προτεινόμενης σύμβασης».

β) {...} «Άδειες χρήσης, οι οποίες υπόκεινται στον νόμο περί προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και υπηρεσίες αναβάθμισης για τα λογισμικά προϊόντα της Microsoft δύνανται να παρασχεθούν μόνο από την κατασκευάστρια εταιρεία Microsoft ή μέσω του δικτύου της των εξουσιοδοτημένων συνεργατών της».

21. Σύμφωνα με την αρχικώς συναφθείσα σύμβασης το έτος 2005 «Όροι και Προϋποθέσεις», παράγραφος 2 «Χρήση και Κυριότητα»: «{...} η εκ μέρους σας χρήση οποιουδήποτε προϊόντος για το οποίο σας παρέχουμε άδεια χρήσης διέπεται από τους όρους χρήσης προϊόντων που αφορούν κάθε προϊόν και τις εκδόσεις αυτού, καθώς και από τους όρους της άδειας χρήσης που διέπει το προϊόν αυτό. {...} Δεν μεταβιβάζουμε οποιοδήποτε δικαίωμά μας κυριότητας επί των προϊόντων για τα οποία παρέχουμε την άδεια χρήσης και επιφυλασσόμαστε παντός δικαιώματός μας το οποίο δεν παραχωρούμε ρητώς».

Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, η εταιρεία Microsoft, αρχικός αντισυμβαλλόμενος της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, έχει παρακρατήσει τα δικαιώματα κυριότητας επί των προϊόντων για τα οποία παρέχει, στο πλαίσιο της υπογραφείσας σύμβασης τύπου Enterprise Agreement, τις άδειες χρήσης, οι οποίες αποτελούν το κύριο αντικείμενο της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει η ΕΥΔΑΠ ΑΕ, οι δε εν λόγω άδειες υπόκεινται περαιτέρω, σε προστασία δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

22. Επισημαίνεται ότι, οι υπηρεσίες και τα αγαθά που προτίθεται να αναθέσει μέσω σύμβασης η ΕΥΔΑΠ ΑΕ στην εταιρεία Microsoft δεν εντάσσονται στην έννοια του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, για το οποίο έχει κριθεί από τη νομολογία ότι αποτελεί πρωτότυπη δημιουργία, ο δε δημιουργός του αποτελεί φορέα κατοχυρωμένου δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας (βλ. ενδεικτ. ΕΣ Τμ. VI 100/2008, 118/2007, 61/2004, ΔΕΦΑΘ 1429/2010), ήτοι δεν αποτελούν υπηρεσίες ή αγαθά τα οποία δημιουργήθηκαν πρωτοτύπως από την Microsoft για την αιτούσα ΕΥΔΑΠ ΑΕ και για τις δικές της ανάγκες. Τα ανωτέρω αποτελούν υπηρεσίες και αγαθά γενικής χρήσης, τα οποία παρέχει / προμηθεύει η ανωτέρω εταιρεία σε όλους τους φορείς, με τους οποίους συνάπτει σχετικές συμβάσεις, πλην όμως η ως άνω εταιρεία Microsoft αποτελεί τον μοναδικό πάροχο/ «κατασκευαστή» αυτών των υπηρεσιών/αγαθών τα οποία, ως προς το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης (προϊόντα - άδειες χρήσης) καλύπτονται από δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, κατοχυρωμένα και μη. Από αυτεπάγγελτη έρευνα που πραγματοποιήθηκε, διαπιστώθηκε ότι τα προς ανάθεση προϊόντα αποτελούνται από μέρη (modules) που έχουν αποκτήσει ή αναμένεται να αποκτήσουν άδειες ευρεσιτεχνίας (patents). Αναφέρεται ότι η κατασκευάστρια εταιρεία διαθέτει περίπου 50.000 άδειες ευρεσιτεχνίας (patents). Επιπλέον, οι άδειες χρήσης που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης καλύπτονται από τους «Όρους Προϊόντων» της εταιρείας Microsoft. Αντίστοιχα, οι συνδρομές στις υπηρεσίες που παρέχονται μέσω διαδικτύου και αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης καλύπτονται από τους «Όρους Υπηρεσιών Online» της εταιρείας Microsoft.

23. Στο πλαίσιο εξέτασης της προϋπόθεσης περί μη ύπαρξης εύλογης εναλλακτικής λύσης, όπως ερμηνεύεται από την τεθείσα από τη νομολογία απαίτηση, η οποία επιβάλλει μόνο ο οικονομικός φορέας στον οποίο προτίθεται να ανατεθεί η σύμβαση, να κατασκευάζει/παρασκευάζει/παρέχει τα εν λόγω αγαθά ή υπηρεσίες, απουσία άλλων ανταγωνιστών, ήτοι φορέων οι οποίοι παρέχουν ισοδύναμα ή παρόμοια αγαθά ή υπηρεσίες σημειώνονται τα ακόλουθα:

Η εταιρεία Microsoft είναι ο μόνος κατασκευαστής των προϊόντων της, πλην όμως υπηρεσίες που άπτονται της χρήσης αυτών παρέχονται όχι μόνο από την ίδια αλλά και από εξουσιοδοτημένους προς το σκοπό αυτό συνεργάτες της. Στο εν λόγω πλαίσιο επισημαίνεται ότι η σύμβαση, στην ανανέωση της οποίας προτίθεται να προβεί η αιτούσα ΕΥΔΑΠ ΑΕ, ως προελέχθη, αποτελεί απευθείας (direct) συμφωνία (Enterprise Agreement) με τους εκπροσώπους της έδρας της εταιρείας στην Ευρωπαϊκή Ένωση (Δουβλίνο Ιρλανδίας), την οποία, δύναται να συνάπτει μόνο η «μητρική» εταιρεία και όχι οι συνεργάτες της, υπό την έννοια ότι οι ευνοϊκοί όροι που περιλαμβάνονται σε αυτή, ιδίως οικονομικής φύσης, είναι **δυνατόν να** παρασχεθούν για το αντικείμενο των προϊόντων /υπηρεσιών της εταιρείας Microsoft, μόνο από τη «μητρική» εταιρεία.

Σε περίπτωση που ένας φορέας συνάψει άλλου τύπου συμφωνία με τρίτο, συνεργάτη της «μητρικής» εταιρείας, αυτή συνάπτεται ως έμμεση (indirect) συμφωνία, η οποία έχει άλλο οικονομικό αντικείμενο, λόγω της διαφοροποίησης των τιμολογίων για την παροχή των προϊόντων και υπηρεσιών και επιβαρύνεται με το κόστος του τρίτου – συνεργάτη. Η αιτούσα, ανέπτυξε προφορικά στο συμβούλιο και προσκόμισε στοιχεία σχετικά με ενδεχόμενη σύναψη έμμεσης (indirect) συμφωνίας, από τα οποία προκύπτει ότι η επιβάρυνση σε περίπτωση σύναψης νέας, τέτοιου τύπου συμφωνίας, επιβαρύνεται, ως προς το κόστος, κατά ποσοστό 31% σε σχέση με την ανανέωση της υπάρχουσας και λήγουσας την 30.04.2017, απευθείας συμφωνίας με τη «μητρική» εταιρεία.

Επιπλέον και σε ό,τι αφορά στην ύπαρξη παρόμοιων αγαθών / υπηρεσιών εύλογων, τα οποία είναι ετερογενή (ήτοι μη – Microsoft), σημειώνεται, πως η αιτούσα ΕΥΔΑΠ ΑΕ παραθέτει τεκμηρίωση σχετικά με την έρευνα στην οποία έχει προβεί προκειμένου να χρησιμοποιήσει μερικώς ετερογενή αγαθά (ανοικτού λογισμικού), από την οποία προκύπτει ασυμβατότητα της σχετικής λύσης, λόγω ασυμβατότητας του λογισμικού περιβάλλοντος με την υφιστάμενη πληροφοριακή υποδομή της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, καθώς και η μη διαλειτουργικότητα και συνεργασία μεταξύ των χρηστών των δυο λύσεων (Microsoft / ανοιχτό λογισμικό).

Επιπροσθέτως, και σε ό,τι αφορά στην ύπαρξη οικονομοτεχνικής μελέτης, από την οποία να προκύπτει στάθμιση των παραμέτρων που καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με πλήρη και ειδική αιτιολογία που πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για τους λόγους που επέβαλαν την απόφαση αυτή, η ΕΥΔΑΠ ΑΕ στα συνημμένα του εγγράφου παροχής συμπληρωματικών στοιχείων, πλέον των ανωτέρω, παραθέτει τα ακόλουθα: «{...} η πλειοψηφία της πληροφοριακής υποδομής της ΕΥΔΑΠ βασίζεται σε λογισμικά προϊόντα της εταιρείας Microsoft. Η ενδεχόμενη αλλαγή των λογισμικών προϊόντων με παρόμοια προϊόντα άλλων κατασκευαστών θα υποχρέωνε την εταιρεία να επενδύσει οψιγενώς στον ριζικό ανασχεδιασμό των πληροφοριακών δομών της, στην εκ νέου προμήθεια σωρείας προγραμμάτων και νέου εξοπλισμού, στην επανεκπαίδευση του συνόλου του προσωπικού της στα νέα λογισμικά και θα επέφερε στην ΕΥΔΑΠ δυσανάλογα μεγάλες τεχνικές δυσχέρειες στην ομαλή και ασφαλή λειτουργία της, με επισφαλή αποτελέσματα από την υιοθέτηση εναλλακτικών λύσεων, λόγω της μεταξύ τους διαπιστωθόσμενης ασυμβατότητας και τεράστια οικονομική επιβάρυνση για τις ως άνω προμήθειες, συντηρήσεις κλπ. Όλες οι παραπάνω πολλαπλά αρνητικές συνέπειες αξιολογήθηκαν από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΕΥΔΑΠ, το οποίο {...} στάθμισε τους ανωτέρω κινδύνους και ενέκρινε τη σύναψη της συμφωνίας ομόφωνα {...}».

Περαιτέρω, από την ανάλυση της παραγράφου με τίτλο «Πληροφοριακά Συστήματα ΕΥΔΑΠ» προκύπτει εμμέσως η επένδυση που έχει γίνει από την ΕΥΔΑΠ για την ανάπτυξη των πληροφοριακών της συστημάτων με τη χρήση και την αξιοποίηση του «οικοσυστήματος» του λογισμικού και των εργαλείων που παρέχει η Microsoft (ενδεικτικά αναφέρονται οι 1.000.000 γραμμές κώδικα για την ανάπτυξη εφαρμογών σε περιβάλλον .NET, οι οποίες συνεπάγονται σημαντικό κόστος σε ανθρωποχρόνο ανάπτυξης αλλά και εκπαίδευσης και εξοικείωσης των χρηστών σε αυτές), ενώ επιπλέον παρατίθενται στοιχεία για τη στάθμιση των κινδύνων που θα προέκυπταν σε περίπτωση αλλαγής των λογισμικών προϊόντων.

24. Επιπλέον, η ΕΥΔΑΠ ΑΕ παραθέτει τις τεχνικές και οικονομικές δυσχέρειες που ενδέχεται να προκαλέσει η μη ανανέωση της σύμβασης που λήγει την 30.04.2017, αναφέροντας ειδικότερα τους λόγους που αφορούν στους ενδεχόμενους κινδύνους επιχειρηματικής φύσεως από τη μη σύναψη της υπό εξέταση σύμβασης, οι οποίοι αφορούν σε βλάβη στην αποτελεσματική λειτουργία της αιτούσας, πλήγμα στα συμφέροντά της και στις ενδεχόμενες συνέπειες στη μείωση της αξίας της μετοχής στο Χρηματιστήριο Αθηνών, οι οποίες δεν ασκούν επιρροή επί της εξέτασης της περίπτωσης (γ) (γγ) του άρθρου 269 Ν. 4412/2016, το οποίο επικαλείται ως νομική βάση.

25. Ενόψει των ανωτέρω, από τα στοιχεία που προσκομίστηκαν, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη ότι η σύμβαση, στην ανανέωση της οποίας προτίθεται να προβεί η αιτούσα ΕΥΔΑΠ ΑΕ, ως προελέχθη, αποτελεί απευθείας (direct) συμφωνία (Enterprise Agreement) με τους εκπροσώπους της έδρας της εταιρείας στην Ευρωπαϊκή Ένωση (Δουβλίνο Ιρλανδίας), την οποία, δύναται να συνάπτει μόνο η «μητρική» εταιρεία και όχι οι συνεργάτες της, υπό την έννοια ότι οι ευνοϊκοί όροι που περιλαμβάνονται σε αυτή, ιδίως οικονομικής φύσης, είναι δυνατόν να παρασχεθούν για το αντικείμενο των προϊόντων / υπηρεσιών της εταιρείας Microsoft, μόνο από τη «μητρική» εταιρεία καθώς και ότι η πληροφοριακή υποδομή της ΕΥΔΑΠ βασίζεται σε λογισμικά προϊόντα της εταιρείας Microsoft, τεκμηριώνεται επαρκώς ότι η τελευταία αποτελεί τον μοναδικό πάροχο/ “κατασκευαστή” των προς ανάθεση υπηρεσιών/αγαθών τα οποία καλύπτονται από δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, καταχωρωμένα ή μη καθώς και η μη ύπαρξη εύλογης εναλλακτικής λύσης.

Κατά την άποψη όμως της Αντιπροέδρου Χ. Μπουσουλέγκα, η υπό κρίση σύμβαση θα έπρεπε να συναφθεί, σε συνέχεια της διαδικασίας διαπραγμάτευσης που προβλέπεται στο άρθρο 266 του ν. 4412/2016, βάσει της οποίας η ΕΥΔΑΠ ΑΕ θα είχε απευθύνει πρόσκληση σε όλους τους οικονομικούς φορείς - Microsoft Ιρλανδίας και μεταπωλητές- οι οποίοι έχουν το δικαίωμα παροχής των εν λόγω υπηρεσιών, διαδικασία, για την οποία, σημειωτέον, δεν απαιτείται η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Και τούτο, δεδομένου ότι η χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την αγορά

αγαθών ή υπηρεσιών υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους, σύμφωνα με το άρθρο 269 περ. θ) του ν. 4412/2016, όπως στην υπό κρίση περίπτωση, επιτρέπεται μόνο στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας έχει παύσει τις εμπορικές του δραστηριότητες ή έχει τεθεί σε εκκαθάριση.

Β. Ως προς τη διάταξη του άρθρου 269 περιπτ. ε

26. Σε ό,τι αφορά στην επικαλούμενη από την ΕΥΔΑΠ ΑΕ νομική βάση του αιτήματός της, άρθρου 269 περιπτ. ε', η οποία αφορά σε συμπληρωματικές παραδόσεις από τον αρχικό προμηθευτή, προοριζόμενες για μερική επέκταση ή ανανέωση υφιστάμενων προμηθειών, σημειώνεται ότι παρέλκει η εξέταση συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της καθώς το αντικείμενο του υπό εξέταση αιτήματος εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της περίπτωσης γ' υποπερίπτωση γγ' του άρθρου 269 Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου δεν κρίνεται αναγκαίο να εξεταστεί συμπληρωματικά η νομική βάση για τη ανάθεση των προμηθειών.

ΙV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Αρχή αποφασίζει κατά πλειοψηφία:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης, επί του αιτήματος του της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, ως ισχύει, περί προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τις διατάξεις της περίπτωσης γ' υποπερίπτωσης γγ' του άρθρου 269 του Ν. 4412/2016, για τρία (3) έτη, με την εταιρεία MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED, δαπάνης ευρώ κατ' ανώτατο όριο 501.748,52 πλέον ΦΠΑ κατ' έτος και συνολικά για τα τρία έτη ευρώ κατ' ανώτατο όριο 1.505.245,56 πλέον ΦΠΑ, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 28 Απριλίου 2017

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης