



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 76/2018

(του αρ. 2, παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011)

Στην Αθήνα σήμερα 01 Αυγούστου 2018, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:30 π.μ. επί της οδού Κεφαλληνίας 45, 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 τακτικά μέλη της Αρχής.

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

- 1. Πρόεδρος :** Γεώργιος Καταπόδης
- 2. Μέλη :** Λουρίκας Δημήτριος (μέσω Τηλεδιάσκεψης)
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Στυλιανίδου Μαρία

Η Αντιπρόεδρος και τα λοιπά τακτικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος, ενώ δεν γεννήθηκε λόγος ελεύσεως αναπληρωματικών μελών λόγω καταφανούς απαρτίας των παρευρισκομένων τακτικών μελών.

Γραμματέας: Ευσταθία Μαρκάτου

Εισηγήτρια: Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν οι εισηγήτριες Αικατερίνη Θεοδωροπούλου και Κωνσταντία Πατελοδήμου, καθώς και η Προϊσταμένη της Δ.Ν.Υ Χρ. Καξιρή, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

ΘΕΜΑ: Με τα υπ' αριθμ. πρωτ. 565/17.05.2018 και 603/01.06.2018 (αριθμ. πρωτ. εισερχομένων Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2948/01.06.2018 και 3230/18.06.2018 αντίστοιχα) όπως αυτά συμπληρώθηκαν με το υπ' αριθμ. πρωτ. 754/16.07.2018 (αριθμ. πρωτ. 3801/17.07.2018) έγγραφα αιτήματα του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με θέμα «Έγκριση προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 130/2017)», το Υπουργείο αιτείται την κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περίπτωση (γ), υποπερίπτωση (δδ) του ν. 4013/2011 (ΦΕΚ 204/Α/15-9-2011), παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με επίκληση των διατάξεων “του άρθρου 32, παράγραφος 2 περ. (β) υποπ. (γγ) (προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων) και παράγραφος 4 περ. (β) (για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται για επέκταση υφιστάμενων αγαθών) του Ν.4412/2016 (ΦΕΚ 147/Α/08.08.2016) συνδυαστικά εφαρμοζόμενων του.”

Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης καθώς και από τα διαλαμβανόμενα στην επικαλούμενη στο υπό εξέταση αίτημα υπ' αριθμ. 130/2017 γνώμης της της Αρχής, η οποία εξεδόθη μετά από το υπ' αριθμ. πρωτ. 810/05-12-2017 (αριθμ. πρωτ. ΕΑΑΔΗΣΥ 7172/06-12-2017) έγγραφο-αίτημα του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών για την αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεων και δεδομένων επιτήρησης της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας, προκύπτουν τα κάτωθι πραγματικά περιστατικά:

1. Με το παρόν αίτημα το Υπουργείο Υποδομών και Μεταφορών αιτείται την υπογραφή σύμβασης με την εταιρεία “THALES LAS FRANCE SAS” με αντικείμενο την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας, προϋπολογισθείσας αξίας 2.300.000,00 πλέον ΦΠΑ. Ειδικότερα, όπως συνάγεται από το υπ' αριθμ. 3801/17.07.2018 συμπληρωματικώς υποβληθέν έγγραφο του το αιτούν Υπουργείο ισχυρίζεται ότι «η εταιρεία *Thales Air System S.A.S* ως κατασκευάστρια εταιρεία του υφιστάμενου συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεων και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS), πριν την ολοκλήρωση των διαδικασιών για την ανάθεση της σύμβασης ανάθεσης υλοποίησης του Προγράμματος PALLAS 3G+, σύμφωνα με την απόφαση 130/2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ, ολοκλήρωσε την ανάπτυξη και προσέφερε την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN (L/CC51/5208/8855/PKA-01.03.2018) στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση».

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει ακόμα προβεί σε σύναψη της σύμβασης για την οποία δόθηκε η σύμφωνη γνώμη της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης μετά την έκδοση της υπ' αριθμ. 130/2017 Γνώμης της, διότι όπως αναφέρεται: «λόγω αναγκαιότητας υλοποίησης των προαναφερόμενων εφαρμογών για την αρτιότητα και λειτουργικότητας του όλου συστήματος δεν ολοκληρώθηκε η διαδικασία υπογραφής της σύμβασης και δρομολογήθηκε διαδικασία ενσωμάτωσης των προαναφερόμενων εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας»

2. Συναφώς με τα ως άνω αναφερόμενα, με την υπ' αριθμ. 130/2017 Γνώμη της Αρχής έχουν γίνει καταρχήν δεκτά τα εξής:

“Το σύστημα «PALLAS» εγκαταστάθηκε για πρώτη φορά από την εταιρεία «THOMSON CSF, μετέπειτα THALES ATM, σήμερα THALES Air Systems S.A.S.» το 1999. Η προμήθεια του συστήματος PALLAS έγινε με βάση τη «ΣΥΜΒΑΣΗ Νο 1/1991» μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας «THOMSON CSF» (με απ’ ευθείας ανάθεση). Στη συνέχεια το σύστημα «PALLAS» αναβαθμίστηκε σε «PALLAS UPGRADE» με τη σύμβαση υπεργολαβίας «AAN/5 2000 ANABAΘΜΙΣΗ PALLAS» μεταξύ της AIR TRAFFIC CONTROL SYSTEMS Ltd. (ATCS ΕΠΕ) (υπεργολάβου της κοινοπραξίας “CONSORTIUM UNDER THE LEADERSHIP OF HOCHTIEF AKTIENGESELL SHATVORM GEBR.HELFMANN” που υλοποιεί την εξειδικευμένη σύμβαση κατασκευής (I.C.C.) με τον Διεθνή Αερολιμένα Αθηνών Α.Ε.) με την εταιρεία AIRSYS ATM. Η εν λόγω σύμβαση εγκρίθηκε με την υπ’ αριθμ. Δ11/Ε/13987/6003/10-04-2003 απόφαση του Υπουργού Μεταφορών και Επικοινωνιών με θέμα «Έγκριση Σύμβασης για την αναβάθμιση του συστήματος PALLAS Πρόγραμμα URANIA, Σύμβαση Νο 5 (PALLAS UPGRADE)» που δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ 511Β’/29-04-2003. Η εν λόγω σύμβαση υλοποιήθηκε προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες της Προσέγγισης και του Πύργου του Νέου Διεθνούς Αερολιμένα Αθηνών. Περαιτέρω, με τη «ΣΥΜΒΑΣΗ Νο 02/05/26-04-2005» μεταξύ της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας και της εταιρείας «THALES ATM SA» συμφωνήθηκε η αναβάθμιση για τα μέρη (modules) OLDI και ADEXP του συστήματος PALLAS με κόστος €1.200.000,00, ενώ με τη «ΣΥΜΒΑΣΗ Νο 07/07/19-04-2007» μεταξύ της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας και της εταιρείας «THALES ATM» συμφωνήθηκε η αναβάθμιση θέσεων PLANNER (PALLAS) και OLDI TCP ADEXP FORMAT με κόστος €1.007.000,00. Εξ άλλου, με τη «ΣΥΜΒΑΣΗ Νο 20/07/27-08-2008» μεταξύ της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας και της εταιρείας «THALES Air Systems Division» συμφωνήθηκε η αναβάθμιση θέσεων PLCA (PALLAS) και λειτουργιών θέσεων MMI και εργαλείων DPP με κόστος €2.143.740,45 οι οποίες περιλαμβάνουν λειτουργίες που κρίθηκαν αναγκαίες με βάση νέες απαιτήσεις ICAO και ECTL για την κάλυψη επιχειρησιακών αναγκών. Τέλος, με τη «ΣΥΜΒΑΣΗ Αριθ. 11/2015/17-12-2015» μεταξύ της Ελληνικής Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας και της εταιρείας «THALES ΕΛΛΑΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ, ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» συμφωνήθηκε η αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεων και δεδομένων RADAR (PALLAS 3G) με κόστος €8.068.350,16. Για την εν λόγω σύμβαση εκδόθηκε η «ΑΠΟΦΑΣΗ 229/2013» της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με την οποία διατυπώθηκε σύμφωνη γνώμη, δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ’, υποπερίπτωση δδ’ του Ν. 4013/2011, ως προς το αίτημα της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης βάσει της περίπτωσης β της παραγράφου 1 του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007.

[...] Η εταιρεία Thales ATM, ως κατασκευάστρια εταιρεία του υφιστάμενου συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεων και δεδομένων Επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) καθώς και των 7 RADARS, προτείνει για την κάλυψη των επιχειρησιακών και τεχνικών απαιτήσεων της ΥΠΑ τα εξής:

1. Την αναβάθμιση του συστήματος PALLAS στο Κέντρο Ελέγχου Περιοχής Αθηνών Θεσσαλονίκης (ΚΕΠΑΘΜ) «step 1 (en-route upgrade)», CPV 35962200.
2. Την παραμετροποίηση και υλοποίηση της διασύνδεσης αυτού με τη νέα Προσέγγιση της Τερματικής περιοχής Αθηνών και τον Πύργο Ελέγχου Κυκλοφορίας στο Διεθνές Αεροδρόμιο της Αθήνας Ελευθέριος Βενιζέλος «(step 2 approach and tower upgrade)», CPV 35962200.
3. Την αναβάθμιση επτά (7) συστημάτων επιτήρησης (radar) με εφαρμογή της νέας τεχνολογίας Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S, CPV 35962200.

Η συνολική δαπάνη για την υλοποίηση της παραπάνω πρότασης ανέρχεται σε είκοσι έξι εκατομμύρια εννιακόσιες χιλιάδες ευρώ (€26.900.000,00).

[...]Επίσης, στο έγγραφο-αίτημα του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών παρουσιάζεται η σχετική τεκμηρίωση για την μοναδικότητα του προμηθευτή ως ακολούθως:

«VI. Μοναδικότητα Προμηθευτή

i. Βασικό κριτήριο της ανάθεσης της αναβάθμισης στην κατασκευάστρια εταιρεία αποτελεί ότι ο « πηγαίος κώδικας λογισμικού της κύριας εφαρμογής UBSS (Unix Base System Software) που διαθέτει η κατασκευάστρια εταιρεία αποτελεί αποκλειστικό περιουσιακό της στοιχείο και είναι ο μόνος που της επιτρέπει την όποια αναβάθμιση του συστήματος. Τον κώδικα αυτόν η εταιρεία κατοχυρώνει από άποψη δικαιωμάτων χρήσης κατ' αποκλειστικότητα σε παγκόσμιο επίπεδο, και δεν το μεταβιβάζει σε κανένα τελικό χρήστη. Περαιτέρω, το λογισμικό εφαρμογής και η έκδοσή του (version) είναι απόλυτα συνδεδεμένα με την αντίστοιχη version του UBSS (Unix Base System Software), και για να λειτουργήσει βασίζεται σε αυτό χρησιμοποιώντας τις υπηρεσίες που αυτό διαθέτει. Κάθε επέμβαση κάποιας κλίμακας στο σύστημα, ακόμα και αν το application τροποποιηθεί (από την ΥΠΑ ή κάποια εταιρεία), δεν μπορεί να ολοκληρωθεί και να λειτουργήσει εάν δεν γίνουν και οι αντίστοιχες επεμβάσεις στο UBSS (Unix Base System Software). Αυτό ισχύει ακόμα και αν θελήσουμε να προσθέσουμε ένα ακόμα τομέα εργασίας στο PALLAS, πόσο μάλλον εάν πρόκειται για αναβάθμιση στο επίπεδο που περιλαμβάνει η προτεινόμενη μετατροπή σε PALLAS 3G+. Αλλαγή δικτύου και διαχείρισή του με νέας τεχνολογίας, προσθήκες λειτουργιών κλπ, δεν είναι δυνατόν να πραγματοποιηθούν χωρίς της αντίστοιχη αναβάθμιση του UBSS (Unix Base System Software).

ii. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. Δ/ΥΠΑ/ 1564/16.11.2017 διαβιβάσθηκε έγγραφη βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας THALES Air Systems S.A.S. για τη μη παραχώρηση των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης της κυρίας εφαρμογής UBSS (Unix Base System Software) του συστήματος PALLAS Upgrade & PALLAS 3G και των συστημάτων RADAR της ίδιας εταιρείας για την αναβάθμιση αυτών σε Enhanced Mode S .

iii.Επιπρόσθετα, με το υπ' αριθμ. πρωτ. Δ/ΥΠΑ/1569/17.11.2017, διαβιβάσθηκε έγγραφη βεβαίωση συμμόρφωσης της κατασκευάστριας εταιρείας THALES Air Systems S.A.S. για τη κάλυψη των απαιτήσεων της ΥΠΑ με βάση τις υφιστάμενες τεχνικές προδιαγραφές της Υπηρεσίας .

iv.Επιπρόσθετα, αναφέρεται ότι: α) η συνολική προϋπολογισθείσα αξία της υπό κρίση σύμβασης υπερβαίνει το ποσό των €10.000.000 β) μέρος της χρηματοδότησης προέρχεται από πόρους της ΕΕ και τον μηχανισμό INEA CEF, χωρίς να εντάσσεται όμως στο ΕΣΠΑ. Κατά συνέπεια δεν συντρέχει η προϋπόθεση της παρ. 3 άρθρο 28 του ν. 4314/2014 και η ΕΑΔΗΣΥ διατηρεί αρμοδιότητα ελέγχου.»

3. Λαμβάνοντας υπ' όψιν τα στοιχεία του φακέλου και με βάση τα επικαλούμενα πραγματικά περιστατικά και την υπαγωγή αυτών στις οικείες διατάξεις η Αρχή ομόφωνα αποφάσισε με την υπ' αριθμ. 130/2017 γνώμη της “την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του υποβληθέντος αιτήματος του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, ως προς τη διενέργεια διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης με αντικείμενο την αναβάθμιση του εν θέματι συστήματος για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, κατόπιν διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 26.900.000 ευρώ, πλέον ΦΠΑ.” αποδεχόμενη στα κάτωθι:

“ 16. Εν προκειμένω, η ΥΠΑ, ρητώς επικαλείται, δια του ανωτέρω αναφερθέντος υποβληθέντος αιτήματός της, ως νομική βάση του αιτήματός της, τη διάταξη του άρθρου 32, παρ. 2 περιπτ. (β) υποπεριπτ. (γγ) και παρ. 4 περιπτ. (β) του ν. 4412/2016.

Σχετικά, παρατηρείται ότι εφόσον κατά τα προεκτεθέντα η υπό ανάθεση σύμβαση χαρακτηρίζεται ως σύμβαση υπηρεσιών, δεν συντρέχει νόμιμος λόγος επίκλησης της διάταξης της παραγράφου 4 περιπτ. (β) του άρθρου 32, η οποία εφαρμόζεται μόνο κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών.

17. Σε ό,τι αφορά στη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 32, παρ. 2 περίπτ. (β) υποπερίπτ. (γγ) έχουμε να επισημαίνονται τα ακόλουθα:

i) Η διάταξη του άρθρου άρθρου 32, παρ. 2 περιπτ. (β) υποπερίπτ. (γγ) επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές 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.

ii) Περαιτέρω, 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).

iii) Επιπροσθέτως, η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, λόγω των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στην όλως 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).

iv) 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).

v) Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή 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 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 αυτή δεν είναι νόμιμη (ΕΣ Πράξεις Τμ. VI 61/2004, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 263/2007, 77, 156/2008, 3334/2009).

18. Εν προκειμένω, σύμφωνα με το έγγραφο-αίτημα του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, η προμήθεια νέου κεντρικού συστήματος επεξεργασίας δεδομένων επιτήρησης αεροναυτιλίας (Data Processing System) για τις ανάγκες Παροχής Υπηρεσιών Αεροναυτιλίας εντός του ελληνικού FIR/UIR με τις αντίστοιχες θέσεις εργασίας Ελεγκτών Εναέριας Κυκλοφορίας, εκτιμάται στο ποσό των 30.600.000,00€ χωρίς να περιλαμβάνεται :

i. η παραμετροποίηση - διασύνδεση της νέας προσέγγισης και του πύργου του Διεθνούς Αερολιμένα Αθηνών με το νέο κεντρικό σύστημα.

ii. η αναβάθμιση επτά (7) συστημάτων επιτήρησης (πίνακας 1):

Πίνακας 1 Αναβάθμιση συστημάτων επιτήρησης (Radar)

Σύστημα Επιτήρησης	Τοποθεσία
PSR (πρωτεύον ραντάρ)	ΔΑΑ – Καμάρα
MSSR Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S	ΔΑΑ – Καμάρα
MSSR Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S	ΔΑΑ – Μερέντα
MSSR Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S	Πήλιο
MSSR Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S	Κύθηρα
MSSR Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S	Λευκάδα
MSSR Enhanced Surveillance (EHS) Mode-S	Υμηττός

Συμπερασματικά, για την υλοποίηση του συνόλου των ανωτέρω προμηθειών απαιτούνται περίπου 40.000.000,00 €.

19. Αντίθετα το κόστος για την αναβάθμιση υπολογίζεται όπως προαναφέρθηκε σε 26.900.000,00€.

Επίσης, στο υπ' αριθμ. πρωτ. Δ/ΥΠΙΑ/ 1564/16.11.2017 έγγραφο βεβαιώνεται από την κατασκευάστρια εταιρεία THALES Air Systems S.A.S. η μη παραχώρηση των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης της κυρίας εφαρμογής UBSS (Unix Base System Software) του συστήματος PALLAS Upgrade & PALLAS 3G και των συστημάτων RADAR της ίδιας εταιρείας για την αναβάθμιση αυτών σε Enhanced Mode S.

Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, η εταιρεία, αρχικός αντισυμβαλλόμενος της ΥΠΙΑ, THALES ATM, έχει παρακρατήσει τα δικαιώματα κυριότητας επί των εφαρμογών για τις οποίες παρέχει, στο πλαίσιο της υπογραφείσας σύμβασης, τις άδειες χρήσης.

20. Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος αποτελεί το μοναδικό οικονομικό φορέα που μπορεί να παράσχει την υπηρεσία της αναβάθμισης του συγκεκριμένου λογισμικού, παρέχοντας στην Υ.Π.Α. την σχετική άδεια χρήσης για την αναβάθμιση του ειδικού προσαρμοζόμενου λογισμικού, του οποίου κατέχει τα συγκεκριμένα προστατευόμενα αποκλειστικά δικαιώματα και το οποίο, επιπλέον, ο αυτός ενδιαφερόμενος αποκλειστικά παράγει. Επίσης, κατόπιν στάθμισης όλων των οικονομοτεχνικών παραμέτρων από την αναθέτουσα αρχή προκύπτει με πλήρη αιτιολογία ότι η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης αναβάθμισης του συστήματος για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, κατόπιν διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, είναι απολύτως συμφερότερη.”

4. Στην προκειμένη περίπτωση το αιτούν Υπουργείο με τα ως άνω αναφερόμενα έγγραφα του επικαλείται τα εξής αναφορικά με “την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας”:

“Λαμβάνοντας υπόψη ότι αποκλειστικός πάροχος υπηρεσιών αεροναυτιλίας στο ΑΘΗΝΑΙ FIR/HELLASUIR είναι η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας και διατηρεί την αρμοδιότητα και υποχρέωση συνεχούς και αδιάλειπτης παροχής υπηρεσιών αεροναυτιλίας τηρώντας την εθνική νομοθεσία και τους διεθνείς σχετικούς κανονισμούς.

Οι τεχνικές προδιαγραφές λειτουργίας των συστημάτων επεξεργασίας σχεδίων πτήσεων και δεδομένων επιτήρησης προσδιορίζονται πανευρωπαϊκά και η τήρησή τους αποτελεί προϋπόθεση για την συνεργασία των συστημάτων των ευρωπαϊκών χωρών.

Η Χώρα μας επιτυγχάνει μέσω της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας να εναρμονίζεται πλήρως με τις ευρωπαϊκές προδιαγραφές και να εξυπηρετεί ολόένα και μεγαλύτερη αεροπορική κίνηση με ασφάλεια, εξυπηρετώντας ταυτόχρονα τον στόχο της αύξησης της χωρητικότητας του συστήματος διαχείρισης εναέριας κυκλοφορίας.[...]

Πέρα των ανωτέρω η Χώρα μας οφείλει συνεχώς να συμμορφώνεται και να εναρμονίζεται με το πλαίσιο που προδιαγράφει ο Διεθνής Οργανισμός Πολιτικής Αεροπορίας (ICAO) μέσω της Σύμβασης του Σικάγο για την Πολιτική Αεροπορία στην οποία έχει προσχωρήσει. Τα σχετικά παραρτήματα – κείμενα της Σύμβασης του Σικάγο για την Πολιτική Αεροπορία που αφορούν την διαχείριση της εναέριας κυκλοφορίας και την περιγραφή τεχνικών προδιαγραφών είναι τα παρακάτω:

- i. ICAO Annex 10
- ii. ICAO Annex 11 Air Traffic Services
- iii. ICAO Annex 13 Aircraft Accident and Incident Investigation, 10th Edition" περί διερεύνησης ατυχημάτων και συμβάντων.
- iv. ICAO Annex 19 Safety Management
- v. ICAO DOC 9859 Safety Management Manual

Κατά συνέπεια απαιτούνται τεκμηριωμένες, αυστηρές τεχνικές προδιαγραφές σε ότι αφορά τα συστήματα διαχείρισης της εναέριας κυκλοφορίας που επιβάλλονται επίσης από τον Ευρωπαϊκό Οργανισμό για την Ασφάλεια στην Αεροναυτιλία (EASA) του οποίου μέλος είναι η Χώρα μας.

Η ΕΕ στα πλαίσια της πρωτοβουλίας για την δημιουργία και την ασφαλή λειτουργία του «Ενιαίου Ευρωπαϊκού Ουρανού – Single European Sky» έχει έρθει σε συνεργασία με το EUROCONTROL που αποτελεί τον διαχειριστή δικτύου εναέριας κυκλοφορίας για έναν χώρο που εκτείνεται ακόμα και πέρα από τα όρια των κρατών μελών της ΕΕ. από το οποίο και εκδίδονται μία σειρά από οδηγίες (guidelines) για την εκπόνηση τεχνικών προδιαγραφών, η τήρηση των οποίων κρίνεται απολύτως απαραίτητη όχι μόνο για την συμμετοχή της Χώρας μας στο πρόγραμμα του Ενιαίου Ευρωπαϊκού Ουρανού – Single European Sky» μα πολύ περισσότερο για την διατήρηση υψηλού επιπέδου ασφάλειας πτήσεων . Οι σημαντικότερες από αυτές τις οδηγίες και σχέδια προδιαγραφών είναι αυτές που αφορούν Pilot Common Projects σε εκτέλεση των αναφερομένων στον Ευρωπαϊκό Κανονισμό EU 716/2014 – PCPs.

Τέλος είναι απολύτως επιβεβλημένο να εξυπηρετηθούν οι επιχειρησιακές και επείγουσες λειτουργικές ανάγκες της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας ως Φορέα Παροχής Υπηρεσιών Αεροναυτιλίας και αναπόσπαστο τμήμα του Εναερίου Χώρου BLUE MED FAB (Functional Airspace Block). Οι λειτουργικές υποχρεώσεις που έχει αναλάβει η Χώρα μας απορρέουν όχι μονάχα από την ανάγκη εξυπηρέτησης του εθνικού εναερίου χώρου αλλά και από την λειτουργική συνεργασία με όμορες χώρες στο χώρο της διαχείρισης της εναέριας κυκλοφορίας.”

5. Σε σχέση με την αναγκαιότητα επιχειρησιακής χρήσης της εφαρμογής Tactical Controller Tool (T.C.T.) και της εφαρμογής Arrival Manager (AMAN) το αιτούν Υπουργείο ισχυρίζεται ότι:

5.1. Επιχειρησιακή χρήση της εφαρμογής Tactical Controller Tool (T.C.T.)

“Η εφαρμογή TCT είναι πρωτίστως ένα βοήθημα διασφάλισης των διαχωρισμών των αεροσκαφών, παρέχοντας στον Ελεγκτή Εναέριας Κυκλοφορίας (EEK) πολύ μεγάλης ακρίβειας προβλέψεις. Η σπουδαιότητα της συγκεκριμένη εφαρμογής έγκειται στο ότι

- □□□□□□□□ Αυξάνει την ασφάλεια διαχείρισης των α/φών, παρέχοντας συνεχή παρακολούθηση των κινήσεων αυτών, ώστε να είναι απόλυτα συνεπείς ως προς τις εξουσιοδοτήσεις των EEK, ενημερώνοντάς τους σε περίπτωση απόκλισης
- □□□□□□□□ Προτείνει την πλέον ενδεδειγμένη επιχειρησιακή λύση στους EEK σε περίπτωση απόκλισης ή εμπλοκής
- □□□□□□□□ Εξοικονομεί χρόνο στον EEK, υπολογίζοντας τις πιθανές εμπλοκές α/φών, οπότε εκείνος με την σειρά του μπορεί να διαχειριστεί ασφαλέστερα μεγαλύτερο αριθμό α/φών
- □□□□□□□□ Συμβάλει στην αύξηση της χωρητικότητας κάθε επιχειρησιακού τομέα ελέγχου
- □□□□□□□□ Απαραίτητο εργαλείο για την επιχειρησιακή εφαρμογή των FREE ROUTES (Εναέριος Χώρος Ελευθέρων Διαδρομών), υποχρέωση που απορρέει από την συμμετοχή της Ελλάδας στο πρόγραμμα του Κοινού Ευρωπαϊκού Ουρανού (Single European Sky) .

Η αναγκαιότητα επιχειρησιακής χρήσης της εφαρμογής TCT από τα ΚΕΠΙΑΘ/ΜΑ έχει ήδη εκφραστεί στις προδιαγραφές που εκπονήθηκαν από την ΥΠΙΑ για την προμήθεια νέου DPS/ATM συστήματος.”

5.2. Επιχειρησιακή χρήση της εφαρμογής Arrival Manager (AMAN).

Η εφαρμογή AMAN (Arrival Manager) είναι ένα βοήθημα βελτιστοποίησης της διαχείρισης της αφικνούμενης κυκλοφορίας σε Τερματικές Περιοχές Αεροδρομίων (TMAs). Παρέχει στον ελεγκτή των αφίξεων στις Προσεγγίσεις Αεροδρομίων αυτοματοποιημένες δυνατότητες διαχείρισης της ροής των αεροσκαφών. Χρησιμοποιείται σε TMAs που εξυπηρετούν αεροδρόμια με μεγάλη κυκλοφορία και διευκολύνει στη ροή αυτής.

Η TMA Αθηνών εξυπηρετεί τα αεροδρόμια «Ελευθέριος Βενιζέλος», (LGAV) με 200.000 κινήσεις IFR , Ελευσίνα με 600 κινήσεις IFR , Σύρο και Τατόι. Επιπροσθέτως διαχειρίζεται την υπερπτάμενη κυκλοφορία με προορισμό τη Μύκονο, τη Πάρο, τη Μήλο και τη Καλαμάτα. Η κυκλοφορία συνεπώς στην περιοχή της TMA Αθηνών είναι εξαιρετικά πολύπλοκη.

Η κυκλοφορία στο αεροδρόμιο LGAV από το 2014 συνεχώς αυξάνεται (10% το 2014, 14% το 2015, 7% το 2016 και 4% το 2017) με επακόλουθο την αύξηση των καθυστερήσεων και τη διαμαρτυρία των εταιρειών αλλά και της διοίκησης του αεροδρομίου LGAV λόγω αύξησης του κόστους αλλά και της μη πλήρους εκμετάλλευσης των δυνατοτήτων των παροχών του αεροδρομίου.

Η εφαρμογή AMAN για τη διαχείριση της Εναέριας Κυκλοφορίας κρίνεται αναγκαία για την αποτελεσματικότερη και ασφαλέστερη διαχείριση των αφίξεων και της γενικότερης ροής της κυκλοφορίας στην Τερματική Περιοχή Αθηνών και θα έχει ως αποτέλεσμα:

- □□□□□□□□ την αύξηση της χωρητικότητας
- □□□□□□□□ τη μείωση των καθυστερήσεων
- □□□□□□□□ τη μείωση της κατανάλωσης καυσίμων
- □□□□□□□□ τη μείωση του θορύβου και της μόλυνσης του περιβάλλοντος

Η επιχειρησιακή αναγκαιότητα της εφαρμογής AMAN για τη διαχείριση της Εναέριας Κυκλοφορίας στο Ελληνικό FIR και την αποτελεσματικότερη διαχείριση των αφίξεων και της γενικότερης ροής της κυκλοφορίας στην Τερματική Περιοχή Αθηνών , έχει ήδη εκφραστεί στις προδιαγραφές που εκπονήθηκαν από την ΥΠΙΑ για την προμήθεια νέου DPS/ATM συστήματος” .

6. Με βάση να αναφερόμενα στο υπ' αριθμ. 3230/18.06.2018 έγγραφό του το Υπουργείο Υποδομών σχετικά με την πρόταση του υφιστάμενου εγκατεστημένου προμηθευτή “Η εταιρεία Thales Air Systems S.A.S ως κατασκευάστρια εταιρεία του υφιστάμενου συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων Επιτήρησης (Σύστημα PALLAS), βρίσκεται σε θέση να προσφέρει την απαιτούμενη και επιθυμητή ενσωμάτωση των προαναφερομένων εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας, λαμβάνοντας υπόψη τις απαιτήσεις του ICAO, τους κανόνες εφαρμογής του πλαισίου του Ενιαίου Ευρωπαϊκού Ουρανού με συγκεκριμένες καταληκτικές ημερομηνίες και χρονικές δεσμεύσεις εφαρμογής των κοινοτικών κανονισμών (Πίνακας I)

1	1207/2011 όπως τροποποιήθηκε με τον 1028/2014	όπως με Ιαν-19	ESSIP:ATC02.5, ATC17, FCM01, FCM03, ITY-COTR, ITY-FMTP, ITY-SPI
			OI-Steps: CM-0201, CM-0801, IS-0102
			L3: ATC17, COM11, FCM03, ITY-FMTP, ITY-SPI
2	29/2009 όπως τροποποιήθηκε με τον 2015/310	όπως με Φεβ-18	DLS-IR (CPDLC)

Σύμφωνα με την τεχνική πρόταση της κατασκευάστριας εταιρείας (ref. L/CC51/5365/8855/PKA/15/05/20118, συνημ.2) η πρόταση αυτή εξασφαλίζει: i) την απρόσκοπτη ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT & AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 130/2017), ii) την έγκαιρη ικανοποίηση των απαιτήσεων που επιβάλλονται τόσο από τον ICAO όσο και από το κανονιστικό πλαίσιο του Ενιαίου Ευρωπαϊκού Ουρανού -Single European Sky SES και αφορούν την παροχή υπηρεσιών Αεροναυτιλίας. Σύμφωνα με το προτεινόμενο χρονοδιάγραμμα η ολοκλήρωση του προγράμματος προσδιορίζεται εντός iii) χρονικού διαστήματος 19 - 21 μήνες από την υπογραφή της σύμβασης. Παρόμοια συστήματα έχει η ίδια κατασκευάστρια εταιρεία εγκαταστήσει και σε άλλες χώρες της ΕΕ ή και μέλη του EUROCONTROL σε ολόκληρη την Ευρώπη αλλά και σε πολλές άλλες περιοχές παγκοσμίως. iv) η υπηρεσία εφαρμογής του λογισμικού αποτελεί το μόνο αντικείμενο κρίνεται επομένως, ότι ,η εν λόγω ενσωμάτωση αποτελεί δημόσια σύμβαση υπηρεσιών. Η συνολική δαπάνη για την υλοποίηση της παραπάνω πρότασης ανέρχεται σε ευρώ δύο εκατομμύρια τριακόσιες χιλιάδες (2.300.000,00€)”

7. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ως θεμέλιο της απευθείας ανάθεσης της εν θέματι σύμβασης στην εταιρεία “THALES LAS FRANCE SAS”, η οποία θεωρείται από αυτήν ως “μοναδικός προμηθευτής”, τη συνδρομή της προϋπόθεσης της ύπαρξης “αποκλειστικών δικαιωμάτων”, που αποτυπώνεται στο αρχικώς υποβληθέν αίτημα και στο μετέπειτα συμπληρωματικό έγγραφο παροχής διευκρινήσεων που υπεβλήθη στην Αρχή. Αναφορικά με τη μοναδικότητα του προμηθευτή η αναθέτουσα επικαλείται τα ακόλουθα:

«Βασικό κριτήριο της ανάθεσης της ενσωμάτωσης των εφαρμογών λογισμικού TCT & AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας με την εταιρεία THALES LAS FRANCE SAS, αποτελεί ότι ο πηγαίος κώδικας λογισμικού της κύριας εφαρμογής UBSS (Unix Base System Software) που διαθέτει η κατασκευάστρια εταιρεία είναι αποκλειστικό περιουσιακό της στοιχείο και κατά συνέπεια μόνο αυτή μπορεί να υλοποιήσει οποιαδήποτε αναβάθμιση του συστήματος απαιτηθεί. Τον κώδικα αυτόν η εταιρεία κατοχυρώνει από άποψη δικαιωμάτων χρήσης κατ' αποκλειστικότητα σε παγκόσμιο επίπεδο και δεν τον μεταβιβάζει σε κανένα τελικό χρήστη. Κατά συνέπεια οποιαδήποτε επέμβαση ακόμη και μικρής κλίμακας στο σύστημα δεν μπορεί να υλοποιηθεί παρά μόνο από την κατασκευάστρια εταιρεία. Αυτό ισχύει ακόμα και αν θελήσουμε να προσθέσουμε ένα τομέα εργασίας στο σύστημα PALLAS, πόσο μάλλον για την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT & AMAN.

Με τα υπ' αριθμ. πρωτ. Δ/ΥΠΑ/ 1564/16.11.2017 & Δ6/3222/22.06.2018 διαβιβάσθηκε έγγραφη βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας THALES Air Systems S.A.S. για τη μη παραχώρηση των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης της κυρίας εφαρμογής UBSS (Unix Base System Software) του συστήματος PALLAS Upgrade & PALLAS 3G, PALLAS 3G+ , Relocation of APP, των συστημάτων RADAR της ίδιας εταιρείας για την αναβάθμιση αυτών σε Enhanced Mode S και των εφαρμογών λογισμικού TCT & AMAN.»

8. Με βάση τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, όπως ήδη έχουν εκτεθεί στα σημεία 5.1. και 5.2 της παρούσας, η επιχειρησιακή αναγκαιότητα των εφαρμογών TCT «ως βοηθήματος διασφάλισης των διαχωρισμών των αεροσκαφών» και AMAN «για τη διαχείριση της Εναέριας Κυκλοφορίας στο Ελληνικό FIR και την αποτελεσματικότερη διαχείριση των αφίξεων και της γενικότερης ροής της κυκλοφορίας στην Τερματική Περιοχή Αθηνών», έχει ήδη εκφραστεί στις προδιαγραφές που εκπονήθηκαν από την ΥΠΑ για την προμήθεια νέου DPS/ATM συστήματος, το τεύχος των οποίων υπεβλήθη στην Αρχή με το αρχικό έγγραφο αίτημα.

Σημειώνεται ότι κατόπιν έρευνας της Αρχής διαπιστώθηκε ότι οι αναφερόμενες τεχνικές προδιαγραφές των εφαρμογών Tactical Controller Tool (T.C.T.) και Arrival Manager (AMAN) είχαν συμπεριληφθεί στην υπ' αριθμ. 06/2017 διακήρυξη ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια Νέου Συστήματος Επεξεργασίας και Απεικόνισης Σχεδίων Πτήσεων και Δεδομένων Συστημάτων Επιτήρησης (Data Processing System / Air Traffic Management – DPS/ATM) και Νέου Συστήματος Επικοινωνιών και Καταγραφής (Voice Communication & Recording System- VCRS), προϋπολογισμού 38.298.750,00 € χωρίς ΦΠΑ. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΔΗΣΗΣ την 24.05.2017 με συστηματικό αριθμό 41082. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 26.06.2017 ενώ τελικά η ως άνω διακήρυξη ανακλήθηκε με την υπ' αριθμ. Δ11/Ε/12608/9426/20.06.2017 Απόφαση του Υπουργού Υποδομών & Μεταφορών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών.

9. Αναφορικά με το χαρακτηρισμό της υπό ανάθεση σύμβασης σημειώνεται ότι με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2948/20.06.2018 έγγραφο της περί παροχής διευκρινίσεων και συμπλήρωσης φακέλου η Αρχή ζήτησε να παρατεθεί αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου της αιτούμενης σύμβασης, καθόσον, όπως είχε διαφανεί από τα στοιχεία των υποβληθέντων εγγράφων, αυτό περιλάμβανε περισσότερα είδη συμβάσεων (προμήθεια εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN και υπηρεσίες ενσωμάτωσης αυτών) και να προσδιορισθεί το κύριο αντικείμενο της σύμβασης με βάση τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 2 του ν. 4412/2016. Προς διευκρίνιση του ανωτέρω ζητήματος το

αιτούν Υπουργείο ανέφερε ότι «η ενσωμάτωση της υλοποίησης των εφαρμογών λογισμικού (*customised software*) TCT & AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας πτήσεων και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα Pallas) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας με την εταιρεία “THALES LAS FRANCE SAS” αποτελεί το κύριο αντικείμενο σε ποσοστό 90%, ενώ το υπολειπόμενο ποσοστό 10% αποτελεί προμήθεια υλικού (*hardware*)”, χωρίς να παρατίθενται επιμέρους ποσά εκ του συνολικώς αιτουμένου 2.300.000,00 €.

10. Κατόπιν των ανωτέρω, το Υπουργείο Υποδομών και Μεταφορών, με τα με αριθμό πρωτ. 565/17.05.2018 και 603/01.06.2018 έγγραφα του προς της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (αριθμ. πρωτ. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2948/01.06.2018 και 3230/18.06.2018 αντίστοιχα), στα οποία αποτυπώθηκε το υπό εξέταση αίτημα, όπως συμπληρώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 754/16.07.2018 έγγραφο (αριθμ. πρωτ. εισ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3801/17.07.2018), στα οποία παραθέτει όλα τα επιχειρήματα που αναπτύσσονται ανωτέρω στο Κεφάλαιο Ι της παρούσας, ζητά τη σύμφωνη γνώμη της, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την ανάθεση σύμβασης για την “ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 130/2017)”, με την εταιρεία “THALES LAS FRANCE SAS”, προϋπολογισθείσας δαπάνης €2.300.000,00 πλέον ΦΠΑ., με επίκληση των διατάξεων της παρ. 2, περιπτ. (β), υποπεριπτ. (γγ) και παρ. 4 περιπτ. (β) του άρθρου 32 του ν.4412/2016. Με την αιτούμενη ενσωμάτωση των εν λόγω εφαρμογών λογισμικού, με βάση τα διαλαμβανόμενα στα έγγραφα του αιτούντος «η ολοκλήρωση του προγράμματος προσδιορίζεται εντός χρονικού διαστήματος 19-23 μήνες από την υπογραφή της σύμβασης».

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

11. 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/EK και 2014/25/EK, 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) εργασίμων 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.»

12. Σύμφωνα με το άρθρο 2 «Ορισμοί» του ν. 4412/2016, το οποίο, όσον αφορά στην Οδηγία 2014/25/EE, 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».

12. Το άρθρο 4 «Μεικτές συμβάσεις» του ίδιου ως άνω νόμου (άρθρο 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζει ότι «1. Η παράγραφος 2 εφαρμόζεται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων, το σύνολο των οποίων εμπίπτει στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221). Οι παράγραφοι 3 έως 5 εφαρμόζονται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο συμβάσεις που εμπίπτουν στο παρόν Βιβλίο και συμβάσεις που διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου II ή/και συμβάσεις που διέπονται από άλλο νομικό καθεστώς, όπως οι διατάξεις του ν. 3978/2011 (Α' 137) ή/και τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ (L 94).

2. Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (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 μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες κατά την έννοια των άρθρων 107 έως 110 και εν μέρει από άλλες υπηρεσίες ή μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή αγαθών είναι η υψηλότερη. [...]

13. Η διάταξη του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει:

«Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...]

β) 144.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Αν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές που δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τις συμβάσεις που αφορούν τα οριζόμενα στο [Παράρτημα III του Προσαρτήματος Α'](#) προϊόντα,

γ) 221.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα III του Προσαρτήματος Α', [...],

Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις ως άνω περιπτώσεις α', β' και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/ 24/ΕΕ.”

14. Το Άρθρο 6 «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης» (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/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 δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]

15. Στη διάταξη του στο άρθρο 32 παρ. 2 περ. β υποπ. ββ και γγ του ν. 4412/2016 (Α' 147), η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται:

«1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

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

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

[...]ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους,

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

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

Επιπλέον στην παρ. 4. του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι «Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών:

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

16. Επιπλέον, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, “λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξ αρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι τα έργα τέχνης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. Η αποκλειστικότητα μπορεί να οφείλεται και σε άλλους λόγους, όμως μόνο καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή με στόχο τη μελλοντική διαδικασία προμήθειας. Οι αναθέτουσες αρχές που επικαλούνται αυτή την εξαίρεση θα πρέπει να αιτιολογούν γιατί δεν υπάρχουν εύλογες εναλλακτικές ή υποκατάστατα, όπως η χρήση εναλλακτικών διαύλων διανομής ακόμα και εκτός του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής ή να εξετάζουν παρεμφερή από άποψη λειτουργίας έργα, αγαθά και υπηρεσίες. Στις περιπτώσεις που η κατάσταση της αποκλειστικότητας οφείλεται σε τεχνικούς λόγους, αυτοί θα πρέπει να προσδιορίζονται με ακρίβεια και να αιτιολογούνται κατά

περίπτωση. Θα μπορούσαν να περιλαμβάνουν, επί παραδείγματι, την τεχνική αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να επιτύχουν τις απαιτούμενες επιδόσεις ή την αναγκαιότητα χρήσης ειδικής τεχνογνωσίας, εργαλείων ή μέσων που μόνον ένας φορέας διαθέτει. Οι τεχνικοί λόγοι μπορεί να προέρχονται επίσης από ειδικές απαιτήσεις διαλειτουργικότητας που πρέπει να πληρούνται για να εξασφαλιστεί η λειτουργία των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. [...]”.

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

17. Το υπό εξέταση αίτημα του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών με την έννοια της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 9 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 9 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, προϋπολογισθείσας αξίας 2.300.000,00€ πλέον ΦΠΑ και διάρκειας 19-23 μηνών από την υπογραφή της, προκύπτει ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ` υποπερίπτωση δδ` του ν. 4013/2011, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

Από τα ανωτέρω εκτιθέμενα στο Κεφάλαιο I της παρούσης προκύπτει ότι η σύμβαση, την σύναψη της οποίας αιτείται το αιτούν Υπουργείο για λογαριασμό της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας, έχει μεικτό χαρακτήρα συμβάσεως προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, καθώς αυτή περιλαμβάνει διαφορετικά είδη (λ.χ. υπηρεσίες ενσωμάτωσης εφαρμογών λογισμικού και προμήθεια υλικού hardware).

Επειδή, με βάση τα διαλαμβανόμενα στο με αριθμ. 3801/17.07.2018 έγγραφο της αναθέτουσας, κύριο αντικείμενο σε ποσοστό 90% της υπό ανάθεση σύμβασης είναι οι υπηρεσίες ενσωμάτωσης «της υλοποίησης των εφαρμογών λογισμικού (customised software) TCT & AMAN στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας πτήσεων και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα Pallas) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας» ενώ το υπολειπόμενο ποσοστό 10% αποτελεί προμήθεια υλικού (hardware)” διαφαίνεται ότι η παροχή των υπηρεσιών ενσωμάτωσης αποτελεί τη βασική υποχρέωση του αναδόχου, ενώ παρεπόμενο χαρακτήρα έχει η ως άνω αναφερθείσα προμήθεια υλικού hardware .

18. 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 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 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

19. Εν προκειμένω, η ΥΠΑ, ρητώς επικαλείται, δια του ανωτέρω αναφερθέντος υποβληθέντος αιτήματός της, ως νομική βάση του αιτήματός της, τη διάταξη του άρθρου 32, παρ. 2 περιπτ. (β) υποπεριπτ. (γγ) «προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων» και παρ. 4 περιπτ. (β) «για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται για επέκταση υφιστάμενων αγαθών» του ν. 4412/2016.

Σχετικά, παρατηρείται ότι εφόσον κατά τα προεκτεθέντα η υπό ανάθεση σύμβαση χαρακτηρίζεται ως σύμβαση υπηρεσιών, δεν συντρέχει νόμιμος λόγος επίκλησης της διάταξης της παραγράφου 4 περιπτ. (β) του άρθρου 32, η οποία εφαρμόζεται μόνο κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών.

20. Σε ό,τι αφορά στη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 32, παρ. 2 περίπτ. (β) υποπερίπτ. (γγ) έχουμε να επισημάνουμε τα ακόλουθα:

Η διάταξη του άρθρου άρθρου 32, παρ. 2 περιπτ. (β) υποπεριπτ. (γγ) επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές 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.

Περαιτέρω, 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 όλως 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, Αιτιολογική Σκέψη 50 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή 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 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 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. Με την υπ' αριθμ. 130/2017 Γνώμη της Αρχής έχει γίνει δεκτό ότι «ο υποψήφιος ανάδοχος (και ήδη νυν υποψήφια ανάδοχος εταιρεία THALES LAS FRANCE SAS) αποτελεί το μοναδικό οικονομικό φορέα που μπορεί να παράσχει την υπηρεσία της αναβάθμισης του συγκεκριμένου λογισμικού, παρέχοντας στην Υ.Π.Α. την σχετική άδεια χρήσης για την αναβάθμιση του ειδικού προσαρμοζόμενου λογισμικού, του οποίου κατέχει τα συγκεκριμένα προστατευόμενα αποκλειστικά δικαιώματα και το οποίο, επιπλέον, ο αυτός ενδιαφερόμενος αποκλειστικά παράγει. Επίσης, κατόπιν στάθμισης όλων των οικονομοτεχνικών παραμέτρων από την αναθέτουσα αρχή προκύπτει με πλήρη αιτιολογία ότι η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης αναβάθμισης του συστήματος για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, κατόπιν διαπραγματεύσεως, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, είναι απολύτως συμφερότερη.»

Το υπό εξέταση αίτημα που αφορά στην ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN υποβάλλεται συμπληρωματικά ως προς το ήδη ελεγχθέν από την Αρχή, με την ως άνω Γνώμη της, αίτημα για την ανάθεση σύμβασης αναβάθμισης του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα Pallas) της Υπηρεσίας Πολεμικής Αεροπορίας, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 26.900.000€ πλέον ΦΠΑ., με την επίκληση των αυτών επιχειρημάτων και ισχυρισμών που αφορούν στην μοναδικότητα της κατασκευάστριας εταιρείας του υφιστάμενου συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας, με την αιτιολογία ότι η εν λόγω εταιρεία «ολοκλήρωσε την ανάπτυξη και προσέφερε την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN (L/CC51/5208/8855/PKA- 01/03/2018) στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση».

Επιπροσθέτως αναφορικά με τη «μοναδικότητα του προμηθευτή» η αναθέτουσα κατέθεσε την από 15.06.2018 έγγραφη δήλωση (Declaration) της κατασκευάστριας εταιρείας THALES LAS FRANCE SAS για τη μη παραχώρηση των δικαιωμάτων εκμετάλλευσής της κύριας εφαρμογής UBSS (Unix Base System Software) του συστήματος PALLAS Upgrade & Pallas 3G, Pallas 3G+ και των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN. Επιπλέον στην εν λόγω δήλωση αναγράφεται ότι η κατασκευάστρια ως άνω εταιρεία είναι η αποκλειστική κυρία (exclusive owner) όλων των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας των δύο λειτουργικών εφαρμογών (functional evolutions) TCT και AMAN και είναι η μόνη εταιρεία που δικαιούται να ενσωματώσει τις εν θέματι λειτουργικές εφαρμογές στην προτεινόμενη αναβάθμιση PALLAS 3G+.

Σε κάθε περίπτωση, εφόσον η επιλογή της αναβάθμισης του ήδη υπάρχοντος συστήματος, έναντι εγκατάστασης αντίστοιχου νέου, προκρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή, για τους λόγους που εκτέθηκαν και εξετάστηκαν με την ως άνω αναφερόμενη Γνώμη της Αρχής και, συνακόλουθα, έγινε δεκτό ότι μόνο η κατασκευάστρια εταιρεία η οποία κατέχει τα αποκλειστικά δικαιώματα επί του ως άνω συστήματος θα μπορούσε να παράσχει τις ζητούμενες υπηρεσίες αναβάθμισής του, τα ανωτέρω διαφαίνεται ότι ισχύουν και για τις υπό κρίση υπηρεσίες ενσωμάτωσης των λογισμικών

TCT και AMAN στο ίδιο ως άνω σύστημα, οι οποίες θα παρασχεθούν από την κατασκευάστρια στο πλαίσιο της αναβάθμισής του η οποία δεν έχει λάβει ακόμα χώρα.

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 παροχή σύμφωνης γνώμης επί των υπ' αριθμ. πρωτ. 565/17.05.2018 και 603/01.06.2018 (αριθμ. πρωτ. εισερχομένων Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2948/01.06.2018 και 3230/18.06.2018 αντίστοιχα) όπως αυτά συμπληρώθηκαν με το υπ' αριθμ. πρωτ. 754/16.07.2018 (αριθμ. πρωτ. 3801/17.07.2018) έγγραφων αιτημάτων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με θέμα «Έγκριση προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την ενσωμάτωση των εφαρμογών λογισμικού TCT και AMAN_στην ήδη εγκεκριμένη αναβάθμιση του συστήματος επεξεργασίας σχεδίων πτήσεως και δεδομένων επιτήρησης (Σύστημα PALLAS) της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 130/2017)”, βάσει των οποίων το Υπουργείο αιτείται την κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περίπτωση (γ), υποπερίπτωση (δδ) του ν. 4013/2011 (ΦΕΚ 204/Α/15-9-2011), παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με επίκληση των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2 περ. (β) υποπ. (γγ) (προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων) του Ν.4412/2016 (ΦΕΚ 147/Α/08.08.2016) λόγω συνδρομής των υπό του νόμου οριζομένων.

Αθήνα, 1η Αυγούστου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Γεώργιος Καταπόδης