



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 88 /2021

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 22^η Δεκεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι ένα (2021) ημέρα Τετάρτη και ώρα 09.30, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κορνά Τράκα, 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:

Προεδρεύων: Γεώργιος Καταπόδης (Πρόεδρος)

Μέλη: Μιχαήλ Εκατομμάτης (Αναπλ. Πρόεδρος, μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Μαρία Στυλιανίδου (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, Π.Ε. Διοικητικού-Οικονομικού.

Εισηγητής: Ιωάννης Φουντουκίδης, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν, ο εισηγητής, κ. Ιωάννης Φουντουκίδης (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, κα Μαρία Παναγοηλιοπούλου, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, κα Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το υπ' αριθ. πρωτ. 4154/30.08.2021 αίτημα του Τμήματος Νομικής Συνδρομής της Διεύθυνσης Προμηθειών, της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών, της Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας του Υπουργείου Κλιματικής Κρίσης και Πολιτικής Προστασίας (εφεξής Πολιτικής Προστασίας) και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα (αριθ. πρωτ. εισερχ. 5080/30.08.2021), ως αυτό συμπληρώθηκε με το

υπ' αριθμ. πρωτ. 6272/22.11.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. 7048/23.11.2021) και με το με υπ' αριθμ. πρωτ. 7081/15.12.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. 7594/15.12.2021) έγγραφο.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή της Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας του Υπουργείου Κλιματικής Κρίσης και Πολιτικής Προστασίας στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2, περ. β' υποπερ. ββ' και υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση-αναβάθμιση του λογισμικού του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς –ENGAGE», εκτιμώμενης αξίας 300.000,00€ προ Φ.Π.Α..

1. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 4154/30.08.2021 αίτημα του Τμήματος Νομικής Συνδρομής της Διεύθυνσης Προμηθειών, της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών, της Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας του Υπουργείου Κλιματικής Κρίσης και Πολιτικής Προστασίας (εφεξής Πολιτικής Προστασίας) και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα (αριθ. πρωτ. εισερχ. 5080/30.08.2021), ως αυτό συμπληρώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 6272/22.11.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. 7048/23.11.2021) και με το με υπ' αριθμ. πρωτ. 7081/15.12.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. 7594/15.12.2021) έγγραφο, η Πολιτική Προστασία αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις επικαλούμενες διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2, περ. β' υποπερ. ββ' και υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση-αναβάθμιση του λογισμικού του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς–ENGAGE», εκτιμώμενης αξίας 300.000,00€ προ Φ.Π.Α..

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά

2. Από το υποβληθέν αίτημα και το σύνολο των προσκομισθέντων στοιχείων του φακέλου, προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1. Με την υπ' αριθμ. 1271 Σύμβαση που υπεγράφη την 10.11.2015 έπειτα από τη διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 4463/2014 διακήρυξη, η Κοινωνία της Πληροφορίας Α.Ε. ανέθεσε στην ένωση των εταιρειών: “ΟΤΕ Α.Ε – BYTE AEBEE – SATWAYS LTD” την υλοποίηση του έργου: “Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς”, με κωδικό ΟΠΣ: 376816 του ΕΠ “Ψηφιακή Σύγκλιση”. Αντικείμενο του έργου ήταν η δημιουργία ενός Ολοκληρωμένου Πληροφοριακού Συστήματος Συντονισμού Δυνάμεων του Πυροσβεστικού Σώματος και Ενημέρωσης Πολιτών” (ΟΠΣΣΔΠΣΕΠ), δηλαδή ενός συστήματος αποτελούμενου από εξοπλισμό και λογισμικό που θα παρέχει πληροφοριακή υποστήριξη στις αρμόδιες Υπηρεσίες του Πυροσβεστικού Σώματος για την διαχείριση περιστατικών και πόρων, την παρακολούθηση θέσης του στόλου των οχημάτων του Πυροσβεστικού Σώματος πανελλαδικά και παράλληλα την παροχή ψηφιακών υπηρεσιών ειδοποίησης προς τους πολίτες και άλλους οργανισμούς. Ο χρόνος υλοποίησης του έργου ορίστηκε σε δεκαοχτώ (18) μήνες και η αξία της σύμβασης ανήλθε σε 7.195.779,28€ προ Φ.Π.Α.. Στο άρθρο 15 της σύμβασης με τίτλο: “Πνευματικά δικαιώματα – Κυριότητα” προβλεπόταν: “Όλα τα αποτελέσματα-μελέτες, στοιχεία και κάθε άλλο έγγραφο ή αρχείο σχετικό με το έργο, ο πηγαίος κώδικας (source code) και οι βάσεις δεδομένων καθώς και όλα τα υπόλοιπα παραδοτέα, που θα αποκτηθούν ή θα αναπτυχθούν από τον ανάδοχο με δαπάνες του έργου, θα αποτελούν αποκλειστική ιδιοκτησία της εταιρίας και του Κύριου του έργου (εκτός

και εάν ήδη υπάρχουν κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα) και τα οποία θα μπορούν να τα διαχειρίζονται και να τα εκμεταλλεύονται (όχι εμπορικά) [...] Με την οριστική παραλαβή του έργου τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας μεταβιβάζονται από τον Ανάδοχο αυτοδίκαια στην Εταιρία και στον Κύριο του έργου οι οποίοι θα είναι πλέον αποκλειστικοί δικαιούχοι επί του έργου και θα φέρουν όλες τις εξουσίες που απορρέουν από αυτό, 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 αποκαταστήσει κάθε θετική και αποθετική ζημία και ηθική βλάβη που προκληθεί στην Εταιρία 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 έργου [...] Το δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας μεταβιβάζονται αυτοδικαίως από τον Ανάδοχο στην Εταιρία και στον Κύριο του Έργου, με την αποδοχή κάθε συμβατικού Παραδοτέου". Τέλος, στην παρ. 7 με τίτλο: "Εφαρμογές - Υποσυστήματα του Έργου" του Παραρτήματος 1 της σύμβασης αναφέρεται ότι: "Για τις ανάγκες του συστήματος Διαχείρισης Περιστατικών, Πόρων και Τηλεματικών δεδομένων η Ένωση προσφέρει το σύστημα Engage IMS/CAD/ARLS το οποίο έχει σχεδιάσει και κατασκευάσει μέλος της (Satways LTD)".

2.2. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. πρωτ. 4151/30.08.2021 έγγραφο της Πολιτικής Προστασίας: "[...] Μετά την επιτυχή ολοκλήρωση του έργου και την οριστική παραλαβή αυτού με την υπ' αριθμ. 7950 από 10-10-2018 Απόφαση της ΚτΠ Α.Ε., ασκήθηκε το δικαίωμα προαίρεσης επί της σύμβασης 1271 από 10/11/2015 και υπογράφηκε σύμβαση προαίρεσης συνολικού προϋπολογισμού 809.552,80 €, συμπ. ΦΠΑ. Αντικείμενο της σύμβασης προαίρεσης ήταν η παροχή υπηρεσιών δικτύου τηλεματικών δεδομένων, παραμετροποίησης εφαρμογών που εξυπηρετούν ειδικές υπηρεσίες του Π.Σ., εκπαίδευσης και προμήθεια εγκατάστασης εξοπλισμού και αδειών χρήσης. Το έργο ολοκληρώθηκε επιτυχώς και παραλήφθηκε με την υπ' αριθμ. 4573/29-05-2020 Απόφαση της ΚτΠ.ΑΕ. Το έργο αυτή την στιγμή βρίσκεται σε περίοδο εγγύησης μέχρι τον 10/2021 και ακολούθως θα ενταχθεί σε περίοδο συντήρησης για τέσσερα (4) χρόνια [...]".

2.3. Επιπρόσθετα με το ως άνω έγγραφο η Πολιτική Προστασία γνωρίζει στην Αρχή ότι: "[...] Η «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» και οι αντίστοιχες επιχειρησιακές εφαρμογές ENGAGE IMS CAD (Desktop, Tablet, Mobile) αποτελούν ένα από τα μεγαλύτερα έργα πληροφορικής που υλοποιήθηκε και λειτουργεί στη χώρα μας (παραγωγικά για πάνω από 2 χρόνια) με χιλιάδες χρήστες πανελλαδικής εμβέλειας από το Πυροσβεστικό Σώμα, εκατοντάδες ταυτόχρονους χρήστες καθημερινά και χιλιάδες τηλεματικές συσκευές οχημάτων και προσωπικού αποτελώντας και το μοναδικό έργο του Ελληνικού Δημοσίου με το συγκεκριμένο αντικείμενο ενασχόλησης του. Παράλληλα αποτελεί και το μοναδικό έργο τέτοιας έκτασης και εμβέλειας στο αντικείμενο του και σε Πανευρωπαϊκό Επίπεδο [...] Η υλοποίηση του συστήματος είναι βασισμένη σε κατάλληλη προσαρμογή και παραμετροποίηση έτοιμου λογισμικού και συγκεκριμένα του ENGAGE® IMS/CAD καθώς και σε τρίτα λογισμικά (SkylineGlobe Enterprise, Oracle RDBMS κ.ο.κ.) [...] Δεδομένου ότι το υπάρχον ΟΠΣ λειτουργεί σε 24/7 με υψηλή διαθεσιμότητα και επειδή είναι πάρα πολύ πιθανό ότι θα υπάρξουν κάποιες ανεπιθύμητες παρενέργειες και στα ήδη υλοποιημένα συστήματα, θα πρέπει να ληφθεί μέριμνα για : ● τον ταχύ εντοπισμό τους και ● τη γρήγορη διαχείριση τους (προσωρινές λύσεις , μόνιμες λύσεις , εύρεση work around, κ.α) Οι παραπάνω εργασίες προαπαιτούν εκτενή γνώση της ως τώρα υλοποίησης, σοβαρή εξοικείωση με την ως τώρα χρήση του συστήματος για θέματα τεχνικά και επιχειρησιακά που προκύπτουν καθώς και γνώση, εμπειρία και εξοικείωση με την διαδικασία και τους κινδύνους που περιλαμβάνονται σε αρκετά από αυτά. [...] Όλες οι ανωτέρω επεμβάσεις/τροποποιήσεις/επικαιροποιήσεις/προσθήκες δεν δύνανται να θεωρηθούν ως νέες υλοποιήσεις λειτουργικότητας στα πλαίσια ενός νέου συστήματος, αλλά μετατροπές επί του υφιστάμενου συστήματος και των εφαρμογών του, απαιτώντας επεμβάσεις στην ανάλυση απαιτήσεων, το σχεδιασμό

του συστήματος, σε βιβλιοθήκες πηγαίου κώδικα, στο σχήμα βάσης δεδομένων και στην αρχιτεκτονική εφαρμογών, που αναπτύχθηκαν από τον Ανάδοχο της σύμβασης 1271 από 10/11/2015, για το Έργο «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» και την σύμβαση προαίρεσης αυτού”.

2.4. Αναφορικά με τα πνευματικά δικαιώματα του υπόψιν λογισμικού, η αιτούσα, προσκομίζοντας και το από 24.08.2021 έγγραφο της εταιρείας “Satways LTD”, γνωρίζει στην Αρχή: “Στο από 24-08-2021 έγγραφο της η εταιρείας Satways ΕΠΕ, η οποία υπήρξε μέλος της ένωσης εταιρειών στην οποία ανατέθηκε η σύμβαση του αρχικού έργου και της προαίρεσης αυτού, δηλώνει τα κάτωθι :«...η σουίτα λογισμικού ENGAGE IMS/CAD αποτελεί προϊόν και αποκλειστική πνευματική ιδιοκτησία της εταιρείας Satways ΕΠΕ . Η σουίτα αναπτύχθηκε σταδιακά τα τελευταία 15 χρόνια ενώ έχουν εκδοθεί άδειες χρήσης σε διάφορους πελάτες μας. Στο πλαίσιο του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» προσφέρθηκαν άδειες χρήσης της έκδοσης 4 (ειδικότερα η έκδοση v4.1) η οποία και παραμετροποιήθηκε κατάλληλα για τις ανάγκες του έργου. Δεδομένου ότι τα πνευματικά δικαιώματα ανήκουν στη Satways δεν δύναται το σύστημα να επεκταθεί ή παραμετροποιηθεί από τρίτο Φορέα» Περαιτέρω στο άρθρο 15 της 1271 /10-11-2015 αρχικής σύμβασης μεταξύ της Κοινωνίας της Πληροφορίας Α.Ε και της Ένωσης Εταιρειών ΟΤΕ ΑΕ- BYTE ABEE- SATWAYS LTD ρυθμίζονται τα σχετικά με την μεταβίβαση των πνευματικών δικαιωμάτων του έργου πλην όμως από την ρύθμιση αυτή ρητά εξαιρούνται τα ήδη υπάρχοντα κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα. Στην υπό κρίση περίπτωση προκύπτει ότι η εταιρεία Satways ΕΠΕ είναι υποκείμενο του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας επί της σουίτας λογισμικού ENGAGE IMS/CAD η οποία ως προσωπικό πνευματικό δημιούργημα κατασκευάστηκε προ 15 ετών και προστατεύεται από την στιγμή της δημιουργίας της δίχως να χρειάζεται, σύμφωνα με το δίκαιο που διέπει την πνευματική ιδιοκτησία η τήρηση οποιασδήποτε διατύπωσης για την κτήση η την άσκηση του σχετικού δικαιώματος. Δεδομένου λοιπόν ότι το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας της εταιρείας satways ΕΠΕ επί της σουίτας λογισμικού ENGAGE IMS/CAD προϋπήρχε της υλοποίησης του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» στο πλαίσιο του οποίου παρασχέθηκαν στο Πυροσβεστικό Σώμα άδειες χρήσης επί της παραμετροποιημένης εκδοχής της έκδοσης 4 της σουίτας αυτής συνάγεται ότι η ως άνω εταιρεία καθίσταται μοναδική στο να εκτελέσει την ζητούμενη παραμετροποίηση / επέκταση λόγω του δικαιώματος αποκλειστικότητας που κατέχει επί του πρωτότυπου δημιουργήματος της”.

2.5. Αναφορικά με την πλήρωση των προϋποθέσεων του νόμου για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης με την υπό κρίση νομική βάση, η αιτούσα γνωρίζει: “Στην υπό κρίση περίπτωση πληρούται το πραγματικό της περ. γγ της παρ 2. του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με όσα έχουν ήδη αναφερθεί ανωτέρω, στην παράγραφο 8 του παρόντος και ως εκ τούτου επιβάλλεται εν προκειμένω η προσφυγή στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την προστασία του εν λόγω πνευματικού δικαιώματος. Περαιτέρω, όπως έχει ήδη τονιστεί, η απαιτούμενη επέκταση αφορά σε σημαντικής έκτασης προσθήκες και αλλαγές σε ιδιαίτερης πολυπλοκότητας ολοκληρωμένο πληροφοριακό σύστημα το οποίο αποτελείται από εξοπλισμό υψηλής τεχνολογίας και ιδιαίτερης επινόησης λογισμικό. Οι εργασίες στο σύστημα αυτό, από το οποίο πλέον εξαρτάται άμεσα η αποτελεσματικότητα και η αρτιότητα των πυροσβεστικών επιχειρήσεων, είναι απαραίτητο να λάβουν χωρά ενώ το σύστημα λειτουργεί επι 24ωρου βάσεως , αντιμετωπίζοντας μάλιστα ιδιαίτερα υψηλό φόρτο εργασιών. Λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι το αξιόμαχο του Πυροσβεστικού Σώματος, ως επιχειρησιακού βραχίονα της Πολιτικής Προστασίας, συνέχεται αναγκαστικά με την εύρυθμη λειτουργία του ως άνω συστήματος και δεν επιτρέπεται σε καμία περίπτωση να διακυβευθεί ,ενόψει και των κρίσιμων εννόμων αγαθών που το Πυροσβεστικό Σώμα ένεκα της αποστολής του διαφυλάσσει, είναι κρίσιμο αφενός οι εργασίες να εκτελεστούν στο συντομότερο χρονικό διάστημα και αφετέρου να επιλύονται τάχιστα και με τον βέλτιστο τρόπο τυχόν παρενέργειες από τις εκτελεσθήσόμενες εργασίες. Με δεδομένη λοιπόν την πολυπλοκότητα του έργου, που ξεπερνά κατά πολύ τα συνήθη έργα πληροφορικής και αποτελεί το μοναδικό έργο τέτοιας

έκτασης και εμβέλειας στο αντικείμενο του σε πανευρωπαϊκό επίπεδο, καθίσταται εναργές ότι αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας φορέας που δύναται να εκτελέσει την ζητούμενη επέκταση, ήτοι η εταιρία Satways ΕΠΕ, η οποία υπήρξε μέλος της αναδόχου ένωσης εταιρειών ΟΤΕ ΑΕ- BYTE ABEE- SATWAYS LTD που υλοποίησε το έργο «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» στο πλαίσιο της υπ. αριθ. 1271/2015 σύμβασης. Τούτο διότι η ως άνω εταιρεία, αποδεδειγμένα από την έως τώρα πολυετή εμπλοκή της στο έργο γνωρίζει σε βάθος την αρχιτεκτονική του συστήματος, διαθέτει αναντίρρητα την απαραίτητη τεχνογνωσία ενώ έχει αποκτήσει κατά την διάρκεια της χρήσης του αδιαμφισβήτητη εμπειρία. Επιπλέον διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική και οικονομική επάρκεια όπως και την απαιτούμενη στελέχωση και τις υποδομές γεγονός που της επιτρέπει να εκτελέσει το ζητούμενο έργο ταχύτερα ασφαλέστερα και οικονομικότερα από οιονδήποτε άλλον πιθανό ανάδοχο. Επισημαίνεται δε ότι λόγω της πολυπλοκότητας του έργου, του υψηλού κόστους, της απαιτούμενης υψηλής εξειδίκευσης και των σοβαρών επιχειρησιακών και τεχνικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκτέλεση του, οι πιθανοί ανάδοχοι, σε ελληνικό ή σε ευρωπαϊκό επίπεδο, που μπορούν να παρέχουν τέτοιο επίπεδο υπηρεσιών είναι ελάχιστοι. Ακόμη όμως και αυτοί θα έπρεπε για την εκτέλεση της υπό κρίση σύμβασης να δαπανήσουν ιδιαιτέρως μεγάλα ποσά και χρόνο προκειμένου να αποκτήσουν την απαιτούμενη τεχνογνωσία, στελέχωση και υποδομή γεγονός που δεν θα τους επέτρεπε να προσφέρουν μια εύλογη και ανταγωνιστική πρόσφορα έναντι της αρχικής αναδόχου. Συνεπώς δεν αναμένεται εύλογα από την προσφυγή σε ανοικτή ανταγωνιστική διαδικασία να προκύψει ανάδοχος ο οποίος να μπορεί να προσφέρει παρεμφερείς υπηρεσίες στο σύντομο χρονικό διάστημα που απαιτείται και μάλιστα με την ασφάλεια και ποιότητα που επιβάλλεται από το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης. Τέλος πρέπει να συνεκτιμηθεί ότι η ανάμιξη δυο αναδόχων στις εργασίες επέκτασης του ίδιου συστήματος, (αναδόχου της 1271/2015 που προσφέρει υπηρεσίες εγγύησης/συντήρησης και πιθανού νέου), οι οποίοι δεν δεσμεύονται από καμία σύμβαση για μεταξύ τους συνεργασία αναμένεται μετά βεβαιότητας να μειώσει, την αξιοπιστία και την ασφάλεια του συστήματος. Εκ των ανωτέρω προκύπτει εναργώς ότι η εταιρεία Satways ΕΠΕ έχει σαφές ανταγωνιστικό πλεονέκτημα – στο πλαίσιο των συγκεκριμένων περιορισμών του χρόνου και του κόστους – να υλοποιήσει το έργο γρήγορα και αποτελεσματικά, ενώ μια τυχόν ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία – συνεκτιμώντας το γεγονός ότι δεν υφίσταται επαρκής χρόνος για τη διενέργεια αυτής – δεν θα οδηγούσε με βεβαιότητα σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα – από άποψη χρόνου, κόστους και ποιότητας - ως προς την παροχή της εν λόγω υπηρεσίας. Συνεπώς δεν υφίστανται εύλογες εναλλακτικές λύσεις, πλην της διαδικασίας διαπραγμάτευσης με τον υφιστάμενο ανάδοχο, δεδομένων των περιορισμών σε κόστος και χρόνο που προαναφέρθηκαν [...]

2.6. Κατόπιν των ανωτέρω, η Πολιτική Προστασία, με το με αριθ. πρωτ. 4154/30.08.2021 έγγραφο-αίτημά της, ως αυτό συμπληρώθηκε με τα σχετικά έγγραφα που μνημονεύονται στο σημείο (1) της παρούσης, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, διαβιβάζοντας σχετικό σχέδιο απόφασης του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση-αναβάθμιση του λογισμικού του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς –ENGAGE», εκτιμώμενης αξίας 300.000,00€ προ Φ.Π.Α., με επικαλούμενη νομική βάση τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. ββ' και γγ' του ν. 4013/2011.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) 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 (Α147) 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 [...].».

4. Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει: “Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221) [...] Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού”.

5. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος”.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ίδιου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: “[...] β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές [...]”.

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 του αριθ. 2019/1828 Κανονισμού της Επιτροπής της 30ης Οκτωβρίου 2019 για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής της κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό, από 01.01.2020 αναπροσαρμόστηκε στις 139.000.

7. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: “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. [...] 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. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...] 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β ' και γ' η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η

συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος”.

8. Περαιτέρω, το άρθρο 32 (“Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)” παρ. 2 περ. β’ του ως άνω νόμου, ορίζει ότι: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) [...] β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους :αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους, γγ) προστασία 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”.

9. Το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει: “1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. 3. Ως χρόνος έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120”.

10. Τις διατάξεις του ν.2121/1993 (Α’ 60/1993) “Πνευματική ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα” και του ν.4481/2017 (Α’ 100/2017) “Συλλογική διαχείριση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων, χορήγηση πολυεδαφικών αδειών για επιγραμμικές χρήσεις μουσικών έργων και άλλα θέματα αρμοδιότητας Υπουργείου Πολιτισμού και Αθλητισμού)”.

11. Τα οριζόμενα στον ν. 4782/2021 (Α’ 36/2021) «Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία» και ιδίως το άρθρο 142 « Έναρξη ισχύος Μέρους Α`», σύμφωνα με το οποίο :

“1. Η ισχύς των διατάξεων:

α) του άρθρου 4, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 1 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016,
β) των άρθρων 10, 20 παρ. 4, 34 κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 2 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 66 έως 79, 82 έως 86, 89 έως 93, 95 έως 98, 100, 131, 134 και 138,
γ) του άρθρου 108, κατά το μέρος που τροποποιεί την περ. α` της παρ. 11 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016,
δ) του άρθρου 109, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 7 του άρθρου 258 του ν. 4412/2016, αρχίζει από την 1η.9.2021.

2. Η ισχύς των άρθρων 3, 6 κατά το μέρος που τροποποιεί τις παρ. 1 και 5 του άρθρου 38 του ν. 4412/2016, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 42, 49, 62, 65, 80, 81, 87, 88, 94, 99, 101, 108, εκτός της περ. α` της παρ. 11, 121 και 127 αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

3. Η ισχύς των υπολοίπων άρθρων του παρόντος αρχίζει από την 1η.6.2021, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του”.

III. Νομική Εκτίμηση

12. Το υπό εξέταση αίτημα της Πολιτικής Προστασίας αφορά στην προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για σύναψη δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια των διατάξεων 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, η οποία, αφενός λόγω αντικειμένου και αφετέρου λόγω της εκτιμώμενης αξίας (300.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016. Κατά συνέπεια, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του εν λόγω αιτήματος, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

13. Συναφώς επισημαίνεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016). Περαιτέρω επισημαίνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2014/24/ΕΚ να μην απωλέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

14. Στην προκειμένη περίπτωση, η αιτούσα επικαλείται ρητά, ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β', υποπερ. ββ' και υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, επικαλούμενη ειδικότερα λόγους αφενός ύπαρξης σχετικών αποκλειστικών δικαιωμάτων και αφετέρου τεχνικής μοναδικότητας της εταιρείας στην οποία επιδιώκει να αναθέσει τη σύμβαση, ενώ, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και το παρατεθέν ιστορικό, η σχετική τεκμηρίωση της επικεντρώνεται περισσότερο σε θέματα που αφορούν πνευματική ιδιοκτησία και αποκλειστικά δικαιώματα τα οποία προκύπτουν από τη δημιουργία του απαιτούμενου λογισμικού, καθώς η αιτούσα παραθέτει τους λόγους για τους οποίους κρίνει ότι η αιτούσα είναι ικανή να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση, αλλά δεν επεισέρχεται στους λόγους που καθιστούν αυτή μοναδική. Συγκεκριμένα, το γεγονός ότι η υπόψιν σύμβαση για την εκτέλεση του υπόψιν έργου, προέκυψε έπειτα από τη διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων, και όχι κατ'επίκληση των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β', υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016, ενισχύει την άποψη ότι δύναται να υπάρχουν και λοιπές εταιρείες που διαθέτουν την συγκεκριμένη τεχνογνωσία πληροφορικής για την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών. Από τη μελέτη του φακέλου, καθίσταται σαφές ότι λόγοι πνευματικών δικαιωμάτων που σχετίζονται με την πρόσβαση στον πηγαίο κώδικα του λογισμικού είναι αυτοί που εν τοις πράγμασι υποχρεώνουν την αιτούσα να αναθέσει την υπό εξέταση σύμβαση στην εν λόγω εταιρεία.

Επιπρόσθετα η αιτούσα δηλώνει στο υπό κρίση αίτημά της: “Επισημαίνεται δε ότι λόγω της πολυπλοκότητας του έργου, του υψηλού κόστους, της απαιτούμενης υψηλής εξειδίκευσης και των σοβαρών επιχειρησιακών και τεχνικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκτέλεση του, οι πιθανοί ανάδοχοι, σε ελληνικό ή σε ευρωπαϊκό επίπεδο, που μπορούν να παρέχουν τέτοιο επίπεδο υπηρεσιών είναι ελάχιστοι. Ακόμη όμως και αυτοί θα έπρεπε για την εκτέλεση της υπό κρίση σύμβασης να δαπανήσουν ιδιαίτερως μεγάλα ποσά και χρόνο προκειμένου να αποκτήσουν την απαιτούμενη τεχνογνωσία, στελέχωση και υποδομή γεγονός που δεν θα τους επέτρεπε να προσφέρουν μια εύλογη και ανταγωνιστική πρόσφορα έναντι της αρχικής αναδόχου. Συνεπώς δεν αναμένεται εύλογα από την προσφυγή σε ανοικτή αγωνιστική διαδικασία να προκύψει ανάδοχος ο οποίος να μπορεί να προσφέρει παρεμφερείς υπηρεσίες στο σύντομο χρονικό διάστημα που απαιτείται και μάλιστα με την ασφάλεια και ποιότητα που επιβάλλεται από το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης. Τέλος πρέπει να συνεκτιμηθεί ότι η ανάμιξη δυο αναδόχων στις εργασίες επέκτασης του ίδιου συστήματος, (αναδόχου της 1271/2015 που προσφέρει υπηρεσίες εγγύησης/συντήρησης και πιθανού νέου), οι οποίοι δεν δεσμεύονται από καμία σύμβαση για μεταξύ τους συνεργασία αναμένεται μετά βεβαιότητας να μειώσει, την αξιοπιστία και την ασφάλεια του συστήματος [...]”. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι δεν δύναται με ασφάλεια να υποστηριχθεί ότι η εταιρεία SATWAYS LTD είναι η μοναδική που διαθέτει την τεχνογνωσία για την παροχή των υπηρεσιών του υπό κρίση αιτήματος.

Η διάταξη του άρθρου 32, παρ. 2 περιπτ. (β) υποπεριπτ. (γγ) ν. 4412/2016 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).

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, ΕΑΑΔΗΣΥ 148/2016, 33/2017, 130/2017, 17/2021).

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 εξαρχής 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 [...].”

15. Εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου του υπό εξέταση εγγράφου-αιτήματος της Πολιτικής Προστασίας, βεβαιώνεται ότι: “[...] η σουίτα λογισμικού ENGAGE IMS/CAD αποτελεί προϊόν και αποκλειστική πνευματική ιδιοκτησία της εταιρείας Satways ΕΠΕ . Η σουίτα αναπτύχθηκε σταδιακά τα τελευταία 15 χρόνια ενώ έχουν εκδοθεί άδειες χρήσης σε διαφόρους πελάτες μας. Στο πλαίσιο του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» προσφέρθηκαν άδειες χρήσης της έκδοσης 4 (ειδικότερα η έκδοση v4.1) η οποία και παραμετροποιήθηκε κατάλληλα για τις ανάγκες του έργου. Δεδομένου ότι τα πνευματικά δικαιώματα ανήκουν στη Satways δεν δύναται το σύστημα να επεκταθεί ή παραμετροποιηθεί από τρίτο Φορέα» Περαιτέρω στο άρθρο 15 της 1271 /10-11-2015 αρχικής σύμβασης μεταξύ της Κοινωνίας της Πληροφορίας Α.Ε και της Ένωσης Εταιρειών ΟΤΕ ΑΕ- BYTE ABEE-SATWAYS LTD ρυθμίζονται τα σχετικά με την μεταβίβαση των πνευματικών δικαιωμάτων του έργου πλην όμως από την ρύθμιση αυτή ρητά εξαιρούνται τα ήδη υπάρχοντα κατοχυρωμένα πνευματικά δικαιώματα. Στην υπό κρίση περίπτωση προκύπτει ότι η εταιρεία Satways ΕΠΕ είναι υποκείμενο του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας επί της σουίτας λογισμικού ENGAGE IMS/CAD η οποία ως προσωπικό πνευματικό δημιούργημα κατασκευάστηκε προ 15 ετών και προστατεύεται από την στιγμή της δημιουργίας της δίχως να χρειάζεται, σύμφωνα με το δίκαιο που διέπει την πνευματική ιδιοκτησία η τήρηση οποιασδήποτε διατύπωσης για την κτήση η την άσκηση του σχετικού δικαιώματος. Δεδομένου λοιπόν ότι το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας της εταιρείας satways ΕΠΕ επί της σουίτας λογισμικού ENGAGE IMS/CAD προϋπήρχε της υλοποίησης του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς» στο πλαίσιο του οποίου παρασχέθηκαν στο Πυροσβεστικό Σώμα άδειες χρήσης επί της παραμετροποιημένης εκδοχής της έκδοσης 4 της σουίτας αυτής συνάγεται ότι η ως άνω εταιρεία καθίσταται μοναδική στο να εκτελέσει την ζητούμενη παραμετροποίηση / επέκταση λόγω του δικαιώματος αποκλειστικότητας που κατέχει επί του πρωτότυπου δημιουργήματος της”.

Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα και όπως προκύπτει και από την υπ’ αριθμ. 1271 σύμβαση, διαφαίνεται ότι για την εκτέλεση των υπηρεσιών του υπό κρίση αιτήματος απαιτείται το

σύστημα Engage IMS/CAD/ARLS, το οποίο έχει σχεδιάσει και κατασκευάσει η εταιρεία SATWAYS LTD, η οποία έχει παρακρατήσει τα πνευματικά δικαιώματα και τον πηγαίο κώδικα του λογισμικού.

16. Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος αποτελεί το μοναδικό οικονομικό φορέα που μπορεί να παράσχει την υπηρεσία της επέκτασης-αναβάθμισης του λογισμικού του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς –ENGAGE», παρέχοντας τη σχετική άδεια χρήσης του ειδικού λογισμικού, του οποίου κατέχει τα συγκεκριμένα προστατευόμενα αποκλειστικά δικαιώματα και τα οποία, επιπλέον, ο αυτός ενδιαφερόμενος αποκλειστικά παράγει. Ως εκ τούτου διαφαίνεται ότι δεν υφίσταται εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης. Επίσης, κατόπιν στάθμισης όλων των οικονομοτεχνικών παραμέτρων από την αναθέτουσα αρχή προκύπτει με πλήρη αιτιολογία ότι η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης την επέκταση-αναβάθμιση του λογισμικού του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς –ENGAGE», για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, κατόπιν διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, είναι απολύτως συμφερότερη.

17. Κατόπιν των ανωτέρω, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32, παρ. 2, περ. β', υποπερ. γγ' (προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων) του ν. 4412/2016 για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την ζητούμενη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

IV. Συμπέρασμα

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

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Υπουργείου Κλιματικής Κρίσης και Πολιτικής Προστασίας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση-αναβάθμιση του λογισμικού του έργου «Ψηφιακή Υπηρεσία Ειδοποίησης και Αντιμετώπισης Πυρκαγιάς–ENGAGE», εκτιμώμενης αξίας 300.000,00€ προ Φ.Π.Α., σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016, άρθρο 32, παρ. 2, περ. β' υποπερ. γγ', λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 22 Δεκεμβρίου 2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης