



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ

ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ30 ΕΑΔΗΣΥ/2022

(του άρθρου 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016)

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016

Στην Αθήνα σήμερα, 14 Δεκεμβρίου 2022, ημέρα Τετάρτη και ώρα 09:30 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής «Αρχή» ή «ΕΑΔΗΣΥ») σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως στα Μέλη.

Τα Μέλη της Επιτροπής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση, ως εξής:

Πρόεδρος: Ανδρονίκη Θεοτοκάτου, Πρόεδρος της Αρχής

Μέλη: Ευαγγελία Κουτούπα, Σύμβουλος της Αρχής

Δημήτριος Χανής, Σύμβουλος της Αρχής

Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλος της Αρχής

Αδάμ Καραγλάνης, Μέλος της Αρχής

Βασιλική Σκαρτσούνη, Μέλος της Αρχής

Δημήτριος Σταθακόπουλος, Μέλος της Αρχής (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού.

Εισηγητής: Ευάγγελος Ιατρού, ΕΕΠ ειδικότητας διπλωματούχων μηχανικών, Αυτοτελές Γραφείο Θεσσαλονίκης ΕΑΔΗΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής, Ε. Ιατρού (μέσω τηλεδιάσκεψης), η προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μ. Παναγοηλιοπούλου και η προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μ. Σιδέρη, ενώ παρενέβησαν (μέσω τηλεδιάσκεψης) προς παροχή διευκρινίσεων, εκπρόσωποι του αιτούντος φορέα, οι οποίοι άπαντες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη της απόφασης.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της ΕΑΔΗΣΥ κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, για την προσφυγή του ΝΠΙΔ, με την επωνυμία «Εθνικό Δίκτυο Υποδομών, Τεχνολογίας και Έρευνας (Ε.Δ.Υ.Τ.Ε.) Α.Ε.», σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 1.900.000 € χωρίς ΦΠΑ και προβλεπόμενης διάρκειας τουλάχιστον δεκαπέντε (15) ετών, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών αρχικοποίησης, την παραχώρηση του δικαιώματος χρήσης με μίσθωση και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης του τμήματος Β' (Αθήνα – Θεσσαλονίκη) του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών, κατ' επίκληση των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016.

Με το με α.π. 16716/ΑΣ/9.11.2022 (α.π. εισερχ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5764/9.11.2022) αίτημα του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου, με την επωνυμία «Εθνικό Δίκτυο Υποδομών, Τεχνολογίας και Έρευνας (Ε.Δ.Υ.Τ.Ε.) Α.Ε.», με τα συνημμένα σε αυτό στοιχεία, όπως συμπληρώθηκε και διευκρινίστηκε με το με α.π. 17780/ΑΣ/2.12.2022 (α.π. εισερχ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 6233/5.12.2022) έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου του ιδίου ως άνω φορέα, το εν λόγω ν.π.ι.δ. αιτήθηκε την παροχή της σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, προκειμένου να προβεί σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη της εν θέματι δημόσιας σύμβασης, με προτεινόμενο ανάδοχο την εταιρεία με την επωνυμία «VODAFONE ΠΑΝΑΦΟΝ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ» και διακριτικό τίτλο «VODAFONE Α.Ε.».

Σημειωτέον, ότι το συγκεκριμένο τμήμα του υπόψη δικτύου οπτικών ινών αποτελεί τμήμα του εθνικού δικτύου οπτικών ινών πανελλαδικής κάλυψης, συνολικού μήκους 10.000 χλμ περίπου, το οποίο τελεί υπό τη διαχείριση του ως άνω ν.π.ι.δ. και στο σε αυτό είναι συνδεδεμένοι συνολικά ενενήντα έξι (96) φορείς, μεταξύ των οποίων το σύνολο των Ακαδημαϊκών και Ερευνητικών φορέων της χώρας, το Πανελλήνιο Σχολικό Δίκτυο, καθώς επίσης και ένας σημαντικός αριθμός δημόσιων νοσοκομείων της χώρας και λοιπών Δημόσιων Φορέων που ασχολούνται με την έρευνα και την εκπαίδευση.

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά

1. Στο πλαίσιο της κρινόμενης υπόθεσης, μεταξύ άλλων, υπεβλήθησαν: α) σχέδιο απόφασης του Δ.Σ. της αιτούσας αναθέτουσας αρχής για την έγκριση της προσφυγής στη σκοπούμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση της ως άνω σύμβασης «*με εκτιμώμενη αξία ένα εκατομμύριο εννιακόσιες χιλιάδες ευρώ (1.900.000,00€), πλέον του ΦΠΑ, και αντικείμενο που θα περιλαμβάνει υπηρεσία αρχικοποίησης των συνδέσμων οπτικών ινών, την παραχώρηση του δικαιώματος χρήσης για τουλάχιστον δεκαπέντε (15) έτη και τη συντήρηση για ίσο χρονικό διάστημα των συνδέσμων οπτικών ινών που περιλαμβάνονται*» στην από 5.12.2007 συναφθείσα και λήγουσα την 16.7.2023 σύμβαση υπό τον τίτλο «*«Υπηρεσίες Έρευνας & Ανάπτυξης Μίσθωσης Οπτικών Ινών Εναλλακτικής Όδευσης» ΤΜΗΜΑ Β' - "Αθήνα – Θεσσαλονίκη"*» της εταιρείας «Εθνικό Δίκτυο Έρευνας και Τεχνολογίας (Ε.Δ.Ε.Τ.) Α.Ε.», και ήδη «Εθνικό Δίκτυο Υποδομών, Τεχνολογίας και Έρευνας (Ε.Δ.Υ.Τ.Ε.) Α.Ε.», με την εταιρεία «VODAFONE», β) η από 4.11.2022 έκθεση τεχνικής μοναδικότητας του προτεινόμενου αναδόχου,

συνταχθείσα από τον επικεφαλής τμήματος έργων δικτυακών υποδομών της αιτούσας, όπως επίσης και γ) η από 11.10.2021 εμπειρογνωμοσύνη ανεξάρτητης γνωμοδοτικής επιτροπής, με θέμα «Δίκτυο οπτικών ινών ΕΔΥΤΕ - Εκμίσθωση με μακροχρόνιες συμβάσεις τύπου IRU για την επόμενη περίοδο», τα κρίσιμα χωρία των οποίων παρατίθενται στο μέρος III (Νομική Εκτίμηση) της παρούσας.

Σύμφωνα με τα σχετικώς διαλαμβανόμενα στην ως άνω έκθεση, όσον αφορά στην έννοια μίας σύμβασης IRU (*Indefeasible Right of Use*) για τη μίσθωση του δικτύου οπτικών ινών, το οποίο τελεί υπό τη διαχείριση της αιτούσας, σημειώνονται τα εξής:

*«Ο τύπος των συμβάσεων που χρησιμοποιήθηκε εξ αρχής για τη μίσθωση υποδομής οπτικών ινών, ήταν αυτός των αντίστοιχων διεθνών και ευρωπαϊκών δικτύων οπτικών ινών και συγκεκριμένα συμβάσεις τύπου IRU (*Indefeasible Right of Use (IRU)*) διάρκειας δεκαπέντε (15) ετών και σε μία μόνο περίπτωση, διάρκειας δέκα (10) ετών. Σύμφωνα με τη δημοσιευμένη Επιτομή των Εθνικών Ερευνητικών και Ακαδημαϊκών Δικτύων στην Ευρώπη.....«Αναφαίρετο Δικαίωμα Χρήσης είναι η μόνιμη μίσθωση οπτικών ινών (στο περιβάλλον των Εθνικών Ερευνητικών και Ακαδημαϊκών Δικτύων αναφέρεται και ως σκοτεινή οπτική ίνα, ωστόσο ο όρος μπορεί να έχει άλλο νόημα σε διαφορετικά περιβάλλοντα), η οποία δεν μπορεί να διαγραφεί (για τον λόγο αυτό χρησιμοποιείται ο όρος «αναφαίρετος»). Στο πλαίσιο μίας σύμβασης IRU, ένα Εθνικό Ερευνητικό και Ακαδημαϊκό Δίκτυο γίνεται ουσιαστικά ο κάτοχος των οπτικών ινών για όλη τη διάρκεια της σύμβασης, η οποία είναι σχεδόν πάντα μακροχρόνια, 10 ετών ή μεγαλύτερη (η τρέχουσα διάμεση τιμή ανάμεσα στα Εθνικά Ερευνητικά και Ακαδημαϊκά Δίκτυα είναι τα 15 έτη). Ο κάτοχος μίας σύμβασης IRU, πρέπει να καλύπτει τα κόστη λειτουργίας και συντήρησης για όλη τη διάρκεια της σύμβασης, κάτι που συνεπάγεται ότι μία τέτοια σύμβαση περιλαμβάνει μακροχρόνια δέσμευση κεφαλαίων».*

II. Νομικό πλαίσιο

2. Στις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωμάτωσαν στο εθνικό δίκαιο τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «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) [...] 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».

III. Νομική Εκτίμηση

3. Το υπό εξέταση αίτημα του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία «Εθνικό Δίκτυο Υποδομών, Τεχνολογίας και Έρευνας (Ε.Δ.Υ.Τ.Ε.) Α.Ε.», πρώην «Εθνικό Δίκτυο Έρευνας και Τεχνολογίας (Ε.Δ.Ε.Τ.) Α.Ε.» - βλ. άρθρο 58 παρ. 1 ν. 4623/2019 (Α' 134), το οποίο αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά

την έννοια των σχετικών διατάξεων του άρθρου 2 ν. 4412/2016 (Πρ. Ζ Κλιμακίου Ελ. Συν. 192/2022), αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, με αντικείμενο: α) την παροχή υπηρεσιών αρχικοποίησης συνδέσμων του εν θέματι τμήματος του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών, το οποίο τελεί υπό τη διαχείριση της αιτούσας, β) την παραχώρηση στην Ε.Δ.Υ.Τ.Ε. Α.Ε. του δικαιώματος χρήσης του εν λόγω τμήματος δικτύου οπτικών ινών με μίσθωση για δεκαπέντε (15) έτη τουλάχιστον και γ) την παροχή υπηρεσιών συντήρησης του εν λόγω τμήματος δικτύου οπτικών ινών για δεκαπέντε (15) έτη τουλάχιστον, όπως βεβαιώνει η αιτούσα κατά την υποβληθείσα έκθεση τεχνικής μοναδικότητας του προτεινόμενου αναδόχου.

Με βάση την εκτιμώμενη αξία της προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης, η οποία υπερβαίνει τα χρηματικά όρια της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρο 5 του ν. 4412/2016), συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή της σύμφωνης γνώμης της κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ του ν. 4412/2016.

4. Η διαδικασία ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ περιπτώσεις (άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 αντίστοιχα).

Συναφώς, επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η Οδηγία 2014/24/ΕΕ να μην απωλέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, δεν επιτρέπεται τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν ρυθμίζονται από την εν λόγω Οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς αναφερόμενες στην 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).

5. Όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής των ρητώς επικαλούμενων από την αιτούσα διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016 (**προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης λόγω απουσίας ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους που καθιστούν τον προτεινόμενο ανάδοχο μοναδικό**), επισημαίνονται τα εξής:

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας, κατ' εξαίρεση, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν για τεχνικούς λόγους καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η εκτέλεση της σύμβασης σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, ο οποίος όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανός να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό και οικονομικά συμφέροντα τρόπο τις ζητούμενες υπηρεσίες, αλλά απαιτείται να είναι και ο μοναδικός έναντι οποιουδήποτε άλλου οικονομικού φορέα που παρέχει δυνητικά ανάλογες υπηρεσίες σε επίπεδο τουλάχιστον Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η μη ύπαρξη εύλογης εναλλακτικής λύσης ή υποκατάστατου πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς (πρβλ. τα σχετικώς διαλαμβανόμενα στην αιτιολογική σκέψη (50) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ βάσει των οποίων προβλέπεται ότι: «*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», τα οποία βασίζονται στη σχετική νομολογία του ΔΕΚ: ενδεικτικά βλ. C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, C-57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας).

Στην περίπτωση αυτή η, φέρουσα το σχετικό βάρος απόδειξης, αναθέτουσα αρχή οφείλει προηγουμένως να έχει σταθμίσει όλες τις οικονομοτεχνικές παραμέτρους που καθιστούν αναγκαία την προσφυγή της σε αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία και να διαλαμβάνει στα στοιχεία του φακέλου πλήρη και ειδική αιτιολογία για τους λόγους που επέβαλαν την απόφασή της αυτή, διαφορετικά η οικεία διαδικασία δεν είναι νόμιμη (βλ. ενδεικτικά: αποφάσεις 77/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 61/2004 VI Τμ Ελ.Συν. και Δ21/2018 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

Οι τεχνικοί λόγοι που δικαιολογούν την προσφυγή μίας αναθέτουσας αρχής στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης αναφέρονται ενδεικτικά στην αιτιολογική σκέψη (50) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ως εξής: “[...] 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 λειτουργικότητας που πρέπει να πληρούνται για να εξασφαλιστεί η λειτουργία των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. [...]”.

Τέλος, για τη νόμιμη προσφυγή των αναθετουσών αρχών στη διαδικασία διαπραγμάτευσης κατ’ άρθρο 32 παρ. 2 περ. β’ υποπερ. ββ’ του ν. 4412/2016, η προτεινόμενη απουσία ανταγωνισμού κατά την ανάθεση της προς σύναψη σύμβασης δεν πρέπει να είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης ο οποίος δημιουργήθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τη μελλοντική ανάθεσή της κατ’ επίκληση κατάστασης αποκλειστικότητας του προτεινόμενου αναδόχου οικονομικού φορέα (πρβλ. τα σχετικώς διαλαμβανόμενα στην αιτιολογική σκέψη (50) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: “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”).

6. Εν προκειμένω, όσον αφορά τη συνδρομή των προαναφερόμενων προϋποθέσεων εφαρμογής των επικαλούμενων από την αιτούσα διατάξεων στο πλαίσιο της κρινόμενης υπόθεσης, διαπιστώνονται τα εξής:

Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην αίτηση και ειδικότερα στη συνυποβληθείσα έκθεση τεχνικής μοναδικότητας της προτεινόμενης αναδόχου, η αιτούσα προβάλλει την ύπαρξη κατάστασης απουσίας ανταγωνισμού για την ανάθεση της εξεταζόμενης σύμβασης. Συγκεκριμένα, επικαλείται ότι η προτεινόμενη ανάδοχος, ήτοι η εταιρεία με την επωνυμία «VODAFONE ΠΑΝΑΦΟΝ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ», που αποτελεί την αρχική κατασκευάστρια και **κυρία της υφιστάμενης και δημιουργηθείσας κατά παραγγελία (custom made) υποδομής** του εν θέματι τμήματος του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών, σε εκτέλεση της από 5.12.2007 αρχικής σύμβαση με διάρκεια έως τις 16.7.2023, η οποία της ανατέθηκε βάσει διαφανούς ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι η μοναδική ικανή πάροχος, δυνάμενη να συνεχίσει να παρέχει τις υπηρεσίες του εν θέματι συμβατικού αντικειμένου, **χωρίς να τεθεί υπό διακινδύνευση η λειτουργικότητα και η αποτελεσματική εκτέλεση των υπηρεσιών αυτών**, ενώ, παράλληλα, «δεν υφίσταται δυνατότητα

συνεγκατάστασης άλλου παρόχου» στην ως άνω υφιστάμενη υποδομή και δη στους πέντε (5) ενδιάμεσους κόμβους του οικείου τμήματος δικτύου οπτικών ινών, οι οποίοι ευρίσκονται σε χώρους της προτεινόμενης αναδόχου.

Όσον αφορά δε τους τεχνικούς λόγους που καθιστούν μοναδική την προτεινόμενη ανάδοχο, καθώς και τη μη ύπαρξη εύλογης εναλλακτικής / υποκατάστατης λύσης έναντι της προτεινόμενης, η αιτούσα προβάλλει τα εξής:

«**Ενδεχομένη αντικατάσταση του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών ενώ το πρώτο βρίσκεται σε λειτουργία, θα ήταν τεχνικά δυσχερές, οικονομικά ασύμφορη και θα οδηγούσε σε εκτεταμένα διαστήματα μη ομαλής λειτουργίας του δικτύου (downtime).** Πιο συγκεκριμένα, στο σενάριο της αντικατάστασης του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών ενώ το πρώτο βρίσκεται σε λειτουργία, η νέα οπτική υποδομή που θα αποκτηθεί μετά τις απαιτούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες αναμένεται να έχει τόσο διαφορετικά χαρακτηριστικά (μήκος, εξασθένιση, χρωματική διασπορά, διασπορά τρόπων πόλωσης) σε σύγκριση με τα χαρακτηριστικά της υφιστάμενης υποδομής οπτικών ινών, όσο και διαφορετικούς ενδιάμεσους κόμβους – σημειώνεται ότι οι σύνδεσμοι ... περιλαμβάνουν 5 ενδιάμεσους κόμβους οι οποίοι βρίσκονται σε χώρους της Αναδόχου εταιρείας (Vodafone). Ως αποτέλεσμα των παραπάνω: 1. Ανάλογα με τα βασικά χαρακτηριστικά των νέων οπτικών συνδέσμων (μήκος, εξασθένιση, χρωματική διασπορά, διασπορά τρόπων πόλωσης), το εθνικό οπτικό δίκτυο μετάδοσης DWDM της ΕΔΥΤΕ ΑΕ ενδέχεται να μην είναι λειτουργικό και να απαιτηθεί αντικατάσταση των οπτικών ενισχυτών (EDFA/Raman) καθώς και αλλαγή των συσκευών αποκατάστασης της χρωματικής διασποράς. Το εν λόγω κόστος είναι δύσκολο να προσδιοριστεί με ακρίβεια, κατά προσέγγιση μπορεί να εκτιμηθεί από 2.000 ευρώ έως 20.000 ανά κόμβο, ενώ δεν μπορεί να υπάρξει πρόβλεψη για το συνολικό κόστος καθώς δεν είναι γνωστός ο αριθμός των κόμβων στους οποίους θα χρειαστούν αλλαγές. Επιπλέον, οι εργασίες προσαρμογής του οπτικού δικτύου μετάδοσης στη νέα υποδομή οπτικών ινών αναμένεται να είναι ιδιαίτερα χρονοβόρες καθώς θα περιλαμβάνουν τη διενέργεια ανοιχτού διαγωνισμού για την προμήθεια του απαιτούμενου εξοπλισμού οπτικής μετάδοσης καθώς και τις συνοδευτικές υπηρεσίες εγκατάστασης και συντήρησης. Ανάλογα με το ύψος της συνολικής προμήθειας, ο χρόνος από την δημοσίευση της προκήρυξης μέχρι την ολοκλήρωση των εργασιών εγκατάστασης **ενδέχεται να ξεπεράσει το ένα έτος. Μέχρι την ολοκλήρωση των εν λόγω εργασιών, η λειτουργία των συνδέσμων οπτικών ινών θα είναι αδύνατη.** 2. Ανάλογα με τους Αναδόχους που θα προέκυπταν για την παροχή της νέας υποδομής, θα πραγματοποιούνταν μεταφορά έως και πέντε ενδιάμεσων κόμβων από χώρους που ανήκουν στην Ανάδοχο εταιρεία (Vodafone), σε τρίτους χώρους. Πιο συγκεκριμένα, **θα ήταν αναγκαίο να μεταφερθεί ο οπτικός εξοπλισμός της ΕΔΥΤΕ ΑΕ στους νέους κόμβους.** Η υλοποίηση των εργασιών μεταφοράς θα πραγματοποιούνταν από το προσωπικό της ΕΔΥΤΕ ΑΕ σε συνεργασία με εξειδικευμένες εταιρείες οι οποίες θα αναλάμβαναν την απεγκατάσταση του εξοπλισμού, την ασφαλή μεταφορά του στους νέους κόμβους, την τοποθέτησή του στα νέα ικρίσματα και την αρχική ρύθμισή του. Ανάλογα με το μέγεθος του κόμβου, το κόστος που θα έπρεπε να καταβάλει η ΕΔΥΤΕ ΑΕ εκτιμάται από 2.000 έως 10.000 ευρώ ανά κόμβο, χωρίς να υπολογιστούν οι εργατοώρες του ανθρώπινου δυναμικού της ΕΔΥΤΕ ΑΕ που θα απασχολούνταν στις εν λόγω εργασίες. 3. Οι εργασίες μεταφοράς κόμβων συνεπάγονται διακοπή των υπηρεσιών που παρέχονται μέσω των εν λόγω συνδέσμων οπτικών ινών η οποία, ανάλογα με το μέγεθος κάθε κόμβου, εκτιμάται ότι μπορεί να διαρκέσει από μία ημέρα έως και περισσότερο από μία εβδομάδα. Καθώς είναι πρακτικά αδύνατη η πλήρης παραλληλοποίηση των εργασιών μεταφοράς όλων των ενδιάμεσων κόμβων εξαιτίας προφανών περιορισμών σε ανθρώπινους πόρους, η ολοκλήρωση της διαδικασίας μετάβασης ενδέχεται να είχε χρονική διάρκεια της τάξεως του ενός μήνα.»

Επιπρόσθετα, κατά την εξέταση και της εναλλακτικής λύσης της διενέργειας ανοιχτού διαγωνισμού για τη μίσθωση υποδομής οπτικών ινών με διατήρηση των κόμβων του δικτύου της ΕΔΥΤΕ ΑΕ σε χώρους της υφιστάμενης αναδόχου (Vodafone), ώστε να μην απαιτηθεί μεταφορά των κόμβων του δικτύου της ΕΔΥΤΕ ΑΕ σε νέους κόμβους, η αιτούσα διαπίστωσε ότι στο πλαίσιο αυτής παραμένουν οι τεχνικές δυσχέρειες και οι προαναφερόμενοι κίνδυνοι που αφορούν στα βασικά χαρακτηριστικά (μήκος, εξασθένιση, χρωματική διασπορά, διασπορά τρόπων πόλωσης) της νέας υποδομής. Το σενάριο δε αυτό δημιουργεί ανυπέβλητα από τεχνικής άποψης ζητήματα σε τρίτους παρόχους σχετικά με την πρόσβασή τους στους χώρους όπου βρίσκεται ο εξοπλισμός της ΕΔΥΤΕ ΑΕ. Ειδικότερα, στο πλαίσιο των υφιστάμενων συμβάσεων, η ανάδοχος εταιρεία (Vodafone) τερματίζει τις οπτικές ίνες σε δικούς της κατανεμητές πλησίον των ικριωμάτων της ΕΔΥΤΕ ΑΕ, η οποία αναλαμβάνει τη σύνδεση των εν λόγω κατανεμητών με τα ικριώματά της. Ταυτόχρονα, η πάροχος στους συγκεκριμένους ενδιάμεσους κόμβους, δεν διαθέτει δωμάτια φυσικής συνεγκατάστασης (ΦΣ), στα οποία θα μπορούσε να τερματιστεί υποδομή οπτικών ινών τρίτων παρόχων, με αποτέλεσμα η πρόσβαση τρίτου παρόχου στα αντίστοιχα τηλεπικοινωνιακά κέντρα να μην είναι εξασφαλισμένη, αν όχι πρακτικά αδύνατη.

Τέλος, προς επίρρωση του ασύμφορου για την αιτούσα χαρακτήρα μίας ενδεχόμενης λύσης αλλαγής στη φυσική τοπολογία του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών, το οποίο συνέχεται με το εξεταζόμενο αίτημα, παρατίθεται το συμπέρασμα της από 11.10.2021 εμπειρογνωμοσύνης της ανεξάρτητης γνωμοδοτικής επιτροπής, με θέμα «Δίκτυο οπτικών ινών ΕΔΥΤΕ - Εκμίσθωση με μακροχρόνιες συμβάσεις τύπου IRU για την επόμενη περίοδο», το οποίο έχει εξής: «Το δίκτυο οπτικών ινών της ΕΔΥΤΕ καλύπτει όλη την επικράτεια και διέρχεται από συγκεκριμένα σημεία, ενδιάμεσους κόμβους όπου έχει εγκατασταθεί και λειτουργεί ενεργός οπτικός εξοπλισμός της ΕΔΥΤΕ. Οποιαδήποτε αλλαγή στη φυσική τοπολογία του δικτύου, όπως π.χ. η μετακίνηση σημείων, η αλλαγή οδεύσεων και/ή η ενεργοποίηση παράλληλων κλάδων με άλλη οδευση, θα έφερε πολύ μεγαλύτερο κόστος και πιθανά και διατάραξη της συνεχούς λειτουργίας του. Επιπλέον θα δημιουργούσε και ανάγκη επαναρρύθμισης του ενεργού οπτικού εξοπλισμού με βάση τις νέες ίνες. Έτσι καθίσταται ως πλέον πρόσφορη λύση η διερεύνηση επέκτασης/ανάθεσης των υπαρχόντων οδεύσεων. Τις οδεύσεις αυτές τις προσφέρουν οι νυν πάροχοι, επομένως πρέπει να διερευνηθεί η σύναψη νέων συμβάσεων με αυτούς και με την ίδια χάραξη δικτύου, σε χαμηλότερο τίμημα από αυτό της προηγούμενης περιόδου, καθώς πλέον έχουν αποσβεστεί αρκετά από τα κόστη αρχικής εγκατάστασης».

Από τα προεκτεθέντα συνάγεται ότι η αιτούσα προέβη στην απαιτούμενη προηγούμενη πλήρη στάθμιση των οικονομοτεχνικών παραμέτρων της εξεταζόμενης σύμβασης, βάσει της οποίας προέκυψε η αιτιολογημένη απόρριψη των εξετασθεισών εναλλακτικών / υποκατάστατων λύσεων έναντι της επικαλούμενης λύσης της προσφυγής της στη σκοπούμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης με την προτεινόμενη ανάδοχο, η οποία, ως αρχική κατασκευάστρια και κυρία του επίμαχου τμήματος του υπόψη δικτύου οπτικών ινών, κρίνεται ως η μόνη ικανή να παράσχει τις προς ανάθεση υπηρεσίες χωρίς να τεθεί σε κίνδυνο η λειτουργικότητα του εν λόγω υφιστάμενου δικτύου (πρβλ. και πράξη 192/2022 Ζ' Κλιμακίου Ελεγκτικού Συνεδρίου περί θετικού προσυμβατικού ελέγχου δημόσιας σύμβασης ομοίου αντικειμένου, εκτιμώμενης αξίας 26 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, της ίδιας αναθέτουσας αρχής, στο πλαίσιο της οποίας κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι: «(α) υφίστανται οι τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξη ανταγωνισμού, (β) έχουν σταθμιστεί όλες οι οικονομοτεχνικές παράμετροι που καθιστούν αναγκαία την προσφυγή σε αυτήν την εξαιρετική διαδικασία, (γ) δεν υφίστανται εύλογες εναλλακτικές λύσεις ή υποκατάστατα, δεδομένου ότι εξετάστηκαν όλες οι εναλλακτικές λύσεις και απορρίφθηκαν αιτιολογημένακαι (δ) συνεπώς οι εν θέματι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν αποκλειστικά και μόνο από τον μοναδικό οικονομικό φορέα που διαθέτει την υφιστάμενη υποδομή δικτύου οπτικών ινών

και δύναται να παρέχει τις εν λόγω υπηρεσίες, χωρίς να τεθεί υπό διακινδύνευση η λειτουργικότητα και η αποτελεσματική εκτέλεση των υπηρεσιών αυτών»).

Όσον αφορά δε την αρνητική προϋπόθεση, κατά την οποία η απουσία ανταγωνισμού δεν πρέπει να είναι αποτέλεσμα δημιουργηθέντος από την αναθέτουσα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης, με στόχο τη μελλοντική διαδικασία στοχευμένης ανάθεσής της, επισημαίνεται ότι η προβαλλόμενη τεχνική μοναδικότητα της προτεινόμενης αναδόχου εδράζεται πρωτίστως στο γεγονός ότι αυτή είναι η αρχική κατασκευάστρια και κυρία της υφιστάμενης υποδομής του οικείου τμήματος του δικτύου οπτικών ινών. Η εν λόγω υποδομή δημιουργήθηκε κατά παραγγελία (custom made) και, όπως βεβαιώνεται, δεν υφίσταται δυνατότητα συνεγκατάστασης άλλου παρόχου. Η προτεινόμενη δε ανάδοχος παρέχει τις υπηρεσίες συντήρησης στο λειτουργούν τμήμα του δικτύου δυνάμει της αρχικής (από 5.12.2007 συναφθείσας) σύμβασης ομοίου αντικειμένου με την προκάτοχο της αιτούσας εταιρεία «Εθνικό Δίκτυο Έρευνας και Τεχνολογίας (Ε.Δ.Ε.Τ.) Α.Ε.», κατόπιν διαφανούς ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας άνω των ορίων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για την οποία ο διενεργηθείς προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας απέβη θετικός (βλ. 44/2007 Πρ. Ζ' Κλιμακίου του Ελ. Συν.).

Ειδικότερα, η αιτούσα προβάλλει ότι το σημερινό δίκτυο της ΕΔΥΤΕ ΑΕ (πρώην ΕΔΕΤ) δημιουργήθηκε μέσω δημόσιων συμβάσεων που συνήφθησαν ως αποτέλεσμα διαδικασιών ανάθεσης (ανοικτός διαγωνισμός άνω των ορίων), σύμφωνα με το τότε θεσμικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις και τις σχετικές απαιτήσεις της εθνικής νομοθεσίας. Στο πλαίσιο του οικείου υπ. αρ. 1367/ΠΤ/11-04-2007 διαγωνισμού που διενήργησε η ΕΔΥΤΕ Α.Ε. για «Υπηρεσίες Έρευνας & Ανάπτυξης Μίσθωσης Οπτικών Ινών Εναλλακτικής Όδευσης» - Τμήμα Β'- 'Αθήνα - Θεσσαλονίκη', υποβλήθηκαν δύο προσφορές από τις εταιρείες «VODAFONE – ΠΑΝΑΦΟΝ Α.Ε.Ε.Τ.» και «ΟΤΕ Α.Ε.». Από τον έλεγχο των προσφορών κρίθηκε ότι και οι δύο υποψήφιοι πληρούν όλα τα κριτήρια τεχνοοικονομικής επάρκειας του διαγωνισμού. Μετά την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών και το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία «VODAFONE – ΠΑΝΑΦΟΝ Α.Ε.Ε.Τ, καθώς η προσφορά της είχε τον μεγαλύτερο συντελεστή Λ (1 έναντι 0,99294931), με την αίρεση της επιτυχούς ολοκλήρωσης της διαδικασίας ελέγχου από το ΕΣΡ και την έκδοση του σχετικού πιστοποιητικού και την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Ακολούθως, ο φάκελος του έργου εστάλη στο Ελεγκτικό Συνέδριο για προσυμβατικό έλεγχο με το υπ. αρ. 3975/23.10.2007 διαβιβαστικό και η απάντησή του ήταν θετική (αρ. πρωτ. 49133/16.11.2007, Πράξη 344/2007).

Από τον συνδυασμό των όσων εκτέθηκαν, συνάγεται ότι η προβαλλόμενη κατάσταση απουσίας ανταγωνισμού κατά την ανάθεση της εξεταζόμενης σύμβασης δεν είναι αποτέλεσμα ανεπίτρεπτου τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης. Αντιθέτως, πρόκειται για περίπτωση αντικειμενικής αποκλειστικότητας κατά την έννοια της Οδηγίας, η οποία δικαιολογεί την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

IV. Συμπέρασμα

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή:

Αποφασίζει ομόφωνα την παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή του ΝΠΙΔ, με την επωνυμία «Εθνικό Δίκτυο Υποδομών, Τεχνολογίας και Έρευνας (Ε.Δ.Υ.Τ.Ε.) Α.Ε.», σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, εκτιμώμενης αξίας 1.900.000 € χωρίς ΦΠΑ και προβλεπόμενης διάρκειας τουλάχιστον δεκαπέντε (15)

ετών, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών αρχικοποίησης, την παραχώρηση του δικαιώματος χρήσης με μίσθωση και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης του τμήματος Β' (Αθήνα – Θεσσαλονίκη) του υφιστάμενου δικτύου οπτικών ινών, κατ' επίκληση των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016, **λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 14 Δεκεμβρίου 2022

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκάτου