



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ116 ΕΑΔΗΣΥ/ 2023

(άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016,
όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 4912/2022)

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 του
ν.4912/2022

Στην Αθήνα σήμερα, **1 Νοεμβρίου 2023**, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΠΙΤΡΟΠΗ** της **ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** (εφεξής «*Αρχή*» ή «*ΕΑΔΗΣΥ*») σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως και εμπροθέσμως σε όλα τα Μέλη.

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

Πρόεδρος: Ανδρονίκη Θεοδοκάτου (*μέσω τηλεδιάσκεψης*)

Σύμβουλος : Δημήτριος Χανής

Μέλη: Χρυσάνθη Ζαράρη

Αδάμ Καραγλάνης

Βασιλική Σκαρτσούνη (*μέσω τηλεδιάσκεψης*)

Δημήτριος Σταθακόπουλος (*μέσω τηλεδιάσκεψης*)

Η Σύμβουλος Ευαγγελία Κουτούπα απουσίασε δικαιολογημένα.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού.

Εισηγήτρια : Ηλιάνα Κανταρτζή, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν η εισηγήτρια (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγματεύσεως, Μ. Παναγοηλιοπούλου, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μ. Σιδέρη, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Επιτροπής.

ΘΕΜΑ: Σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης νέου συστήματος ελέγχου φορείου Πειραματικής Δεξαμενής του Εθνικού Μετσόβιου Πολυτεχνείου (Ε.Μ.Π.), συνολικού προϋπολογισμού 322.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

1. Με το αρ. πρωτ. 47671/10.10.2023 (αρ. πρωτ. εισ. ΕΑΔΗΣΥ 4345/10.10.2023) έγγραφο - αίτημα το Εθνικό Μετσόβιο Πολυτεχνείο (εφεξής και ΕΜΠ) αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, προκειμένου να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας και εγκατάστασης νέου συστήματος ελέγχου φορείου Πειραματικής Δεξαμενής του Εργαστηρίου Ναυτικής και Θαλάσσιας Υδροδυναμικής (ΕΝΘΥ), συνολικού προϋπολογισμού 322.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ (απουσία ανταγωνισμού λόγω αποκλειστικών δικαιωμάτων) και περ. γ' του ν. 4412/2016 (κατεπίγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτη κατάσταση).

I. Ιστορικό-πραγματικό πλαίσιο

2. Από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1 Με το υπ' αριθ. πρωτ. 12456/23.03.2021 έγγραφο το ΕΜΠ αιτήθηκε την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη τριών δημοσίων συμβάσεων, με αντικείμενο την «αντικατάσταση Συστήματος Ελέγχου Φορέα Πειραματικής Δεξαμενής της Σχολής Ναυπηγών Μηχανολόγων Μηχανικών του ΕΜΠ», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 372.703,00€ χωρίς ΦΠΑ, προβλεπόμενης συμβατικής διάρκειας οκτώ (8) μηνών από την υπογραφή των οικείων συμβάσεων, κατ' επίκληση των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016 (απουσία ανταγωνισμού για λόγους προστασίας των αποκλειστικών δικαιωμάτων εκάστου εκ των προτεινόμενων αναδόχων). Το εν λόγω αίτημα αφορούσε την ανάθεση τριών συμβάσεων, ήτοι **α)** προμήθεια και εγκατάσταση νέου συστήματος ελέγχου της κίνησης του φορείου της ως άνω δεξαμενής, εκτιμώμενης αξίας 246.111,00€ χωρίς ΦΠΑ, **β)** προμήθεια και εγκατάσταση ζεύγους δυναμομέτρων αυτοπρόωσης τύπου Kempf & Remmers R33-21 με τα παρελκόμενά τους, εκτιμώμενης αξίας 74.304,00€ χωρίς ΦΠΑ, **γ)** προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού (hardware) και λογισμικού νέου Συστήματος Συλλογής Δεδομένων (Data Acquisition Software: DAS) και διαμόρφωσή του (customization), εκτιμώμενης αξίας 52.288,00€ χωρίς ΦΠΑ.

2.2 Με την υπ' αριθ. Δ40/2021 γνώμη της Αρχής το ανωτέρω αίτημα απορρίφθηκε, με την αιτιολογία, ειδικότερα όσον αφορά στο σκέλος αυτού που αφορούσε στην προμήθεια και εγκατάσταση νέου συστήματος ελέγχου φορείου Πειραματικής Δεξαμενής, της μη επαρκούς τεκμηρίωσης της ανυπαρξίας εύλογης υποκατάστατης λύσης έναντι της προτεινόμενης.

2.3 Ακολούθως, το ΕΜΠ προκήρυξε τρεις ανοικτούς ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς άνω των ορίων για την αντικατάσταση του επίμαχου συστήματος ελέγχου φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής, καθώς και για την προμήθεια συναφών ειδών. Συγκεκριμένα, προκήρυξε:

- τον υπ' αριθ. πρωτ. 61935/12.12.2022 ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 372.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (24%), ο οποίος υποδιαιρέθηκε σε δύο (2) τμήματα, το πρώτο εκ των οποίων [322.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (24%)] αφορούσε στην προμήθεια και εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Φορέα Πειραματικής Δεξαμενής, ενώ το δεύτερο [50.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (24%)] αφορούσε στην προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού νέου Συστήματος Συλλογής Δεδομένων. Ο εν λόγω διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος και ματαιώθηκε με την από 21.02.2023 απόφαση (3η /2023 συνεδρίαση, θέμα 2.2.4.1) του Πρυτανικού Συμβουλίου. Σχετικά με το τμήμα που

αφορούσε την προμήθεια και εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Φορέα Πειραματικής Δεξαμενής, ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος επειδή δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.

- τον υπ' αριθ. πρωτ. 10454/03.03.2023 ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 372.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (24%), με το ίδιο ως άνω φυσικό αντικείμενο. Με την από 12.04.2023 απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου (8η/2023 συνεδρίαση, θέμα 6.9) ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος και ματαιώθηκε, ως προς το τμήμα που αφορούσε την προμήθεια και εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Φορέα Πειραματικής Δεξαμενής, ομοίως λόγω μη υποβολής καμίας προσφοράς.

- τον υπ' αριθ. πρωτ. 23782/18.05.2023 ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, με αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Φορέα Πειραματικής Δεξαμενής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 322.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (24%). Με την από 10.07.2023 απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου (14η /2023 συνεδρίαση, θέμα 6.7) επίσης ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος και ματαιώθηκε, λόγω μη υποβολής προσφορών.

2.4 Σύμφωνα με το αιτούν, ενόψει της υπέρογκης αύξησης των τιμών στην παγκόσμια αγορά εξαιτίας των μακροχρόνιων συνεπειών από τον COVID-19, της ενεργειακής κρίσης, του Brexit, αλλά και της κρίσης στην Ουκρανία, δεν δύναται, σε συνέχεια των προαναφερθέντων άγονων διαγωνισμών, να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, καθόσον η εκτιμώμενη αξία του ανωτέρω δημοπρατηθέντος φυσικού αντικείμενου (προμήθεια και εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Φορέα Πειραματικής Δεξαμενής) έχει σχεδόν διπλασιαστεί την τελευταία διετία 2021-2023, με συνέπεια την ανάγκη μείωσης του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης στο απολύτως βασικό σύστημα ελέγχου του φορείου (να αφαιρεθεί, δηλαδή, από το αρχικώς αιτηθέν φυσικό αντικείμενο ο συναφής εξοπλισμός, όπως οι νέοι κινητήρες DC), προκειμένου να μην υπάρξει υπέρβαση της εγκεκριμένης από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων πίστωσης. Με τον τρόπο, όμως, αυτό, δεν πληρούται η προβλεπόμενη στην περ. α' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 προϋπόθεση περί μη ουσιώδους τροποποίησης των όρων της σύμβασης.

2.5 Σύμφωνα με το υπό εξέταση αίτημα, η αιτούμενη σύμβαση για την αντικατάσταση του υφιστάμενου συστήματος ελέγχου του φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής από νέο σύγχρονο σύστημα θα περιλαμβάνει **(α)** την αποσυναρμολόγηση του παλαιού συστήματος ελέγχου, **(β)** την προμήθεια νέου συστήματος, **(γ)** την εγκατάσταση του νέου συστήματος και **(δ)** την πραγματοποίηση δοκιμών και ελέγχων για την καλή λειτουργία της συνολικής εγκατάστασης, η δε εκτιμώμενη αξία της ανέρχεται στο ποσό των 322.000,00 ευρώ (πλέον ΦΠΑ 24%), το οποίο αναλύεται ως κάτωθι:

A/A	Περιγραφή ειδών/υπηρεσιών	Ποσότητα	Εκτιμώμενη Τιμή μονάδος χωρίς ΦΠΑ (€)	Συνολική Εκτιμώμενη Τιμή χωρίς ΦΠΑ (€)
ΤΜΗΜΑ 1: Προμήθεια και εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Φορείου Πειραματικής Δεξαμενής				
1	Αποσυναρμολόγηση του παλαιού συστήματος ελέγχου του Φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής του ΕΝΘΥ	1	29,690 €	29,690 €
2	Προμήθεια νέου Συστήματος Ελέγχου Κίνησης του Φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής του ΕΝΘΥ	1	173,880 €	173,880 €
3	Εγκατάσταση νέου Συστήματος Ελέγχου Κίνησης του Φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής του ΕΝΘΥ	1	97,640 €	97,640 €

4	Δοκιμές και έλεγχος καλής λειτουργίας της όλης εγκατάστασης	1	20,790 €	20,790 €
			ΣΥΝΟΛΟ	322.000,00€

2.6 Προς θεμελίωση του αιτήματος το ΕΜΠ επικαλείται ότι η Πειραματική Δεξαμενή του ΕΝΘΥ, με διαστάσεις 100m x 4,6m x 3m, είναι μοναδική στην Ελλάδα και λειτουργεί από το 1979 στην Πολυτεχνειούπολη Ζωγράφου. Η λειτουργία του ΕΝΘΥ δεν εξαντλείται στις τυποποιημένες ή και εξειδικευμένες δοκιμές προτύπων εντός της πειραματικής δεξαμενής. Επεκτείνεται και στις δοκιμές προτύπων μεγάλου μεγέθους στη θάλασσα, καθώς και σε μετρήσεις επί του πλοίου στη φυσική του κλίμακα. Ταυτόχρονα, το ΕΝΘΥ καλύπτει τις ανάγκες της Ελληνικής Ναυπηγικής και Ναυτιλιακής βιομηχανίας καθώς και τις αντίστοιχες ανάγκες του δημοσίου τομέα. Το ΕΝΘΥ είναι, επίσης, ιδιαίτερα δραστήριο στη διεξαγωγή χρηματοδοτούμενης έρευνας στο πλαίσιο Ελληνικών και Ευρωπαϊκών ερευνητικών προγραμμάτων.

Περαιτέρω, το αιτούν προβάλλει ότι το φορείο της Πειραματικής Δεξαμενής (5 τόνων), ελεγχόμενο από ηλεκτρονικό υπολογιστή με μέγιστη ταχύτητα 5.5 m/sec, το οποίο κατασκευάστηκε και εγκαταστάθηκε το έτος 1977 από την εταιρεία Kempf & Remmers GmbH (Γερμανίας), καθιστά το ΕΝΘΥ μία από τις επαγγελματικού επιπέδου ερευνητικές εγκαταστάσεις παγκοσμίως. Καθ' όλη τη διάρκεια της λειτουργίας του ΕΝΘΥ, έχει πραγματοποιηθεί μόνο μία μεγάλη αναβάθμιση των ηλεκτρονικών συστημάτων του φορείου, με την οικονομική ενίσχυση της Γενικής Γραμματείας Έρευνας και Τεχνολογίας (ΓΓΕΤ), πριν από είκοσι τέσσερα (24) έτη. Συγκεκριμένα, το αρχικά υφιστάμενο σύστημα ελέγχου της κίνησης του φορείου αναβαθμίστηκε το έτος 1999 από την εταιρεία Cussons Technology Ltd, στην οποία η εταιρεία Kempf & Remmers GmbH είχε εκχωρήσει από το 1996 όλη την τεχνογνωσία (σχέδια κ.λπ.) και τα πνευματικά της δικαιώματα. Ήδη σήμερα, εξαιτίας λειτουργικών προβλημάτων του συστήματος ασφαλείας και ελέγχου της ταχύτητας του φορείου, αυτό λειτουργεί με περιορισμό ταχύτητας μόλις στα 2 m/sec, ενώ δεν επιτρέπεται σε περισσότερα από 2 άτομα η επιβίβαση σε αυτό. Επιπλέον δεν υπάρχουν διαθέσιμα ανταλλακτικά για πιθανή επισκευή του, λόγω παρωχημένης τεχνολογίας.

Προς οριστική αντιμετώπιση των εν λόγω προβλημάτων και προς αξιοποίηση του συνόλου των δυνατοτήτων της Πειραματικής Δεξαμενής, κρίνεται σκόπιμη αλλά και επιτακτική η αντικατάσταση του υφιστάμενου συστήματος ελέγχου του φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής από νέο σύγχρονο ολοκληρωμένο σύστημα που θα καλύπτει τις επιστημονικές, ερευνητικές, τεχνολογικές και εκπαιδευτικές ανάγκες του ΕΝΘΥ. Ειδικότερα, το υφιστάμενο και ήδη παρωχημένο σύστημα ελέγχου (Autotest IV) που εγκαταστάθηκε το 1999, πρέπει να αντικατασταθεί από ένα τελευταίας τεχνολογίας σύστημα PLC μαζί με τα παρελκόμενά του. Το νέο σύστημα θα παρέχει επιπλέον τη δυνατότητα μελλοντικής αναβάθμισής του. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του ΕΜΠ, η αντικατάσταση του υφιστάμενου συστήματος ελέγχου του φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής από νέο σύγχρονο ολοκληρωμένο σύστημα θα εξοπλίσει το ΕΝΘΥ με τα κατάλληλα, σύγχρονα εφόδια, ώστε να αντεπεξέλθει στις τρέχουσες ανάγκες του εγχώριου Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα και της διεθνούς αγοράς, διατηρώντας τη θέση του μεταξύ των αξιόπιστων και αξιосέβαστων Οργανισμών διεθνώς.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Στις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' και περ. γ' του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν στο εθνικό δίκαιο τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται 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: [...] 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 γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης·

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.”

III. Νομική Εκτίμηση

4. Το υπό εξέταση αίτημα του ΕΜΠ, το οποίο δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των κεντρικών κυβερνητικών αρχών του Παραρτήματος Ι του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου αποτελεί μη κεντρική αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. (3) του ν. 4412/2016, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών και υπηρεσιών, κατά την έννοια των διατάξεων της περ. (8) και (9) της παρ. 1 του άρθρου 2 του ίδιου νόμου, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 322.000,00€ χωρίς ΦΠΑ.

Ειδικότερα, η αιτούμενη σύμβαση είναι μεικτή δημόσια σύμβαση προμήθειας αγαθών και παροχής υπηρεσιών με CPV 32441200-8 (*Εξοπλισμός τηλεμετρίας και ελέγχου*) και 51220000-0 (*Υπηρεσίες εγκατάσταση εξοπλισμού ελέγχου*), με αντικείμενο την προμήθεια και ηλεκτρομηχανολογική εγκατάσταση, δοκιμαστική λειτουργία και παραλαβή του προπεριγραφέντος νέου συστήματος ελέγχου της κίνησης του φορείου της ως άνω δεξαμενής, εκτιμώμενης αξίας 322.000,00€ χωρίς ΦΠΑ, με προτεινόμενο ανάδοχο την εταιρεία με την επωνυμία «HR Wallingford».

Λαμβανομένων δε υπόψη των διατάξεων του άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 4412/2016, βάσει των οποίων προβλέπεται ότι *«στην περίπτωση 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 προμηθειών είναι η υψηλότερη»*, κύριο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η προμήθεια του εν λόγω συστήματος, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει από τον προπαρατεθέντα πίνακα προϋπολογισμού υπό παρ. 2.4 της παρούσας, η εκτιμώμενη αξία της προμήθειας του συστήματος υπερτερεί της εκτιμώμενης αξίας των προαναφερόμενων υπηρεσιών.

Συνεπώς, το εξεταζόμενο αίτημα αφορά στην ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας (κατά κύριο αντικείμενο) κατόπιν προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, η συνολική εκτιμώμενη αξία (ποσού 322.000,00€ χωρίς ΦΠΑ) της οποίας υπερβαίνει το ισχύον κατώτατο όριο του άρθρου 5 στοιχείο γ' του ν. 4412/2016 και ως εκ

τούτου συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή της σύμφωνης γνώμης της, κατά το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ίδιου νόμου, όπως ισχύει.

5. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ως νομικές βάσεις του αιτήματος τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' (απουσία ανταγωνισμού λόγω αποκλειστικών δικαιωμάτων) και γ' (κατεπίγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτη κατάσταση) του ν. 4412/2016. Επισημαίνεται, ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016, περιπτώσεις, με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εθνικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα (βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, ΕΥ:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, ΕΥ:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, ΕΥ:C:2016:634, σκέψη 35). Οι ανωτέρω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις οι οποίες συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, 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, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I00163, σκέψη 32). Η σχετική δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. ΣτΕ 1987/2021).

6. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να προσφεύγουν, κατ' εξαίρεση, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, στην περίπτωση που συντρέχουν λόγοι προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων του προτεινόμενου αναδόχου οικονομικού φορέα, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, ειδικότερα δε, όταν για λόγους νομικούς η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνον σε αυτόν.

Η ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία εφαρμόζεται όταν το αντικείμενο της ανατιθέμενης σύμβασης προστατεύεται από δικαιώματα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, όπως σήματα και δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, ακόμη και εάν αυτά δεν είναι κατοχυρωμένα (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 1/2013 της Αρχής, αναρτημένη στο www.eaadhsy.gr), κα ως εκ τούτου καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η εκτέλεση της σύμβασης σε συγκεκριμένο ανάδοχο, ο οποίος όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανός να εκτελέσει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τη σύμβαση, αλλά απαιτείται να είναι και ο μοναδικός έναντι οποιουδήποτε άλλου (ΔΕΚ 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ 296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας) και μάλιστα σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, η οποία ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου

32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για την εφαρμογή της συγκεκριμένης εξαιρετικής διαδικασίας δεν αρκεί η αναθέτουσα αρχή να αποδείξει ότι σκοπεί να αποκτήσει μία προμήθεια / υπηρεσία που προστατεύεται από τέτοιου είδους δικαιώματα, αλλά πρέπει να αποδείξει επιπρόσθετα και τα εξής: α) ότι δεν υπάρχει άλλος υποψήφιος που θα μπορούσε να προσφέρει ισοδύναμες προμήθειες / υπηρεσίες ως *“εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο”*, όπου ως τέτοια νοείται *“η χρήση εναλλακτικών διαύλων διανομής ακόμα και εκτός του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής”* ή *“παρεμφερείς από άποψη λειτουργίας [...] αγαθά και υπηρεσίες”*, κατά την προπαρατεθείσα αιτιολογική 50 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, καθώς επίσης και β) ότι η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης, δηλαδή ότι *“η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή με στόχο τη μελλοντική διαδικασία προμήθειας”*, κατά την ίδια ως άνω αιτιολογική σκέψη (πρβλ. και απόφαση ΔΕΚ C-328/92, Επιτροπή κατά Βασιλείου της Ισπανίας, Συλλογή 1994, σ. I-1583, σκέψη 17, όπως επίσης και απόφαση ΔΕΚ C-57/94, σκέψη 23).

Οι δε λόγοι που στοιχειοθετούν τη μοναδικότητα του προτεινόμενου αναδόχου οικονομικού φορέα έναντι άλλων οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς από την αναθέτουσα αρχή.

7. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης του νέου συστήματος ελέγχου της κίνησης του φορείου μπορεί να ανατεθεί μόνον στην εταιρεία HR Wallingford, η οποία έχει τα αποκλειστικά δικαιώματα επί του συγκεκριμένου συστήματος και συνεπώς είναι ο μόνος οικονομικός φορέας που μπορεί να την υλοποιήσει έναντι οποιουδήποτε άλλου. Δεν υφίσταται δε εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης, καθώς λόγω της προπεριγραφείσας προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, δεν υπάρχει άλλος οικονομικός φορέας (τόσο σε επίπεδο ΕΕ, όσο και παγκοσμίως), πλην της εταιρείας HR Wallingford, που μπορεί να αντικαταστήσει το σύστημα ελέγχου του υφιστάμενου φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής, αφού κανένα σχετικό προϊόν δεν δύναται να θεωρηθεί ισοδύναμο για λόγους συμβατότητας με το υπάρχον φορείο της Δεξαμενής.

Περαιτέρω, προβάλλεται ότι σε περίπτωση μη ανάθεσης της αιτούμενης σύμβασης, θα απαιτηθεί η αντικατάσταση ολόκληρου του φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής, διότι ο κατασκευαστής του φορείου (Kempf & Remmers GmbH) χορήγησε στο ΕΜΠ τα εγχειρίδια χρήσης και συντήρησής του, όχι όμως και τα κατασκευαστικά σχέδια των ηλεκτρονικών του συστήματος κίνησης, η χρήση των οποίων είναι απαραίτητη για την ανανέωση και αναβάθμιση του συστήματος ελέγχου της κίνησης του φορείου. Ενόψει αυτών, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή μόνον η εταιρεία HR Wallingford δύναται να αναλάβει την ανανέωση και αναβάθμιση των φορέων της εταιρείας Kempf & Remmers ανά τον κόσμο, αφού κατέχει τα κατασκευαστικά σχέδια και τα σχετικά δικαιώματα επ’ αυτών. Σε διαφορετική περίπτωση, το κόστος της προμήθειας ενός νέου φορείου θα ανερχόταν σε ποσό πολλαπλάσιο του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης.

7.1 Προς απόδειξη της ύπαρξης αποκλειστικών δικαιωμάτων του προτεινόμενου αναδόχου, η αναθέτουσα αρχή προσκόμισε τις 02.04.2019 και 09.10.2023 βεβαιώσεις των εταιρειών “Cussons Technology Ltd” και “HR Wallingford”, αντίστοιχα, από τις οποίες προκύπτει ότι το φορείο της Πειραματικής Δεξαμενής του ΕΝΘΥ σχεδιάστηκε, κατασκευάστηκε και εγκαταστάθηκε το έτος 1977 από την εταιρεία Kempf & Remmers GmbH που ήταν ο κύριος προμηθευτής του συγκεκριμένου εξοπλισμού παγκοσμίως μέχρι το έτος 1996, που διέκοψε τη δραστηριότητά της και εκχώρησε όλη την τεχνογνωσία (σχέδια κ.λπ.) και τα πνευματικά της δικαιώματα στην εταιρεία Cussons Technology Ltd. Το 1999 η εταιρεία Cussons Technology Ltd αναβάθμισε το τότε υφιστάμενο σύστημα ελέγχου της κίνησης του φορείου της δεξαμενής του ΕΝΘΥ. Ωστόσο, μετά

τη θέση της εταιρείας Cussons Technology Ltd σε αναγκαστική διαχείριση το 2019, το τμήμα αυτής που διαχειριζόταν τα προϊόντα της Kempf & Remmers GmbH, καθώς και τα συναφή πνευματικά δικαιώματα μεταβιβάστηκαν στην εταιρεία HR Wallingford, η οποία με την προσκομιζόμενη βεβαίωση δηλώνει ότι *«διαθέτει τα πνευματικά δικαιώματα και είναι η μοναδική κατασκευάστρια και η μοναδική προμηθευτής του φορείου πειραματικής δεξαμενής του ΕΜΠ της Kempf & Remmers τύπου C118»*.

7.2 Όσον αφορά τη μη ύπαρξη εύλογης υποκατάστατης λύσης έναντι της προτεινόμενης, σημειώνεται ότι για την ανάθεση της αιτούμενης σύμβασης το ΕΜΠ διενήργησε τρεις διεθνείς ανοικτούς διαγωνισμούς άνω των ορίων, οι οποίοι απέβησαν άγονοι λόγω μη υποβολής προσφορών. Περαιτέρω, κατά δήλωσή της, η αναθέτουσα αρχή επικοινωνήσε με οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται παγκοσμίως στον τομέα των φορέων πειραματικών δεξαμενών, οι οποίοι δήλωσαν ότι αδυνατούν να αναβαθμίσουν το σύστημα ελέγχου της κίνησης του φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής ΕΝΘΥ χωρίς τα σχετικά κατασκευαστικά σχέδια, καταλείποντας ως μοναδική επιλογή την πλήρη αντικατάσταση του φορείου με εκτιμώμενο κόστος πολλαπλάσιο αυτού της αιτούμενης σύμβασης.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι ενέργειες της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η διενέργεια τριών διαγωνιστικών διαδικασιών σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, ισοδυναμούν με έρευνα αγοράς για την αναζήτηση και άλλων οικονομικών φορέων, πέραν του προτεινόμενου, είτε ημεδαπών είτε αλλοδαπών, που δραστηριοποιούνται στην οικεία αγορά, οι οποίοι θα ήταν ικανοί να αναλάβουν την εκτέλεση της αιτούμενης σύμβασης. Η επιλογή δε έτερου αναδόχου θα συνεπαγόταν την ολική αντικατάσταση του φορείου Πειραματικής Δεξαμενής με δυσανάλογη οικονομική επιβάρυνση για την αναθέτουσα.

Συνεπώς, πληρούται εν προκειμένω το βασικό κριτήριο για τη διαπίστωση της μοναδικότητας του προτεινόμενου αναδόχου, ήτοι η αδυναμία ανάπτυξης ανταγωνισμού, είτε διότι η τεχνική ιδιομορφία της εν λόγω σύμβασης καθιστά απολύτως αναγκαία την ανάθεσή της σε συγκεκριμένη επιχείρηση, η οποία διαθέτει, κατ' αποκλειστικότητα, την απαιτούμενη τεχνογνωσία για την εκτέλεσή της, είτε διότι, ενόψει των συγκεκριμένων κάθε φορά οικονομοτεχνικών, νομικών και πραγματικών δεδομένων και συνθηκών, σε συνδυασμό με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, αποκλείεται, *in concreto*, η υποβολή άλλης ανταγωνιστικής προσφοράς (βλ. Ελ.Συν. Τμήμα VI 476/2019).

7.3 Περαιτέρω, δεδομένου ότι ήδη κατά την περίοδο σχεδιασμού, κατασκευής και εγκατάστασης του φορείου της Πειραματικής Δεξαμενής του ΕΝΘΥ το έτος 1977, η εταιρεία Kempf & Remmers GmbH, ήταν ο κύριος προμηθευτής του συγκεκριμένου εξοπλισμού παγκοσμίως μέχρι το έτος 1996, που διέκοψε τη δραστηριότητα αυτή εκχωρώντας την τεχνογνωσία (σχέδια κ.λπ.) και τα πνευματικά της δικαιώματα στην εταιρεία Cussons Technology Ltd, δηλαδή παγκοσμίως ο αριθμός των προμηθευτών του οικείου εξοπλισμού ήταν περιορισμένος, η επικαλούμενη απουσία ανταγωνισμού δεν φέρεται ως αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

Με τα δεδομένα αυτά, πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της επικαλούμενης κύριας αιτιολογικής βάσης του υπό εξέταση αιτήματος (απουσία ανταγωνισμού για λόγους που άπτονται προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων και καθιστούν τον προτεινόμενο ανάδοχο μοναδικό έναντι οποιουδήποτε άλλου να εκτελέσει τη σύμβαση). Ως εκ τούτου, η εξέταση της επικαλούμενης επικουρικής βάσης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, παρέλκει ως αλυσιτελής.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει των προεκτεθέντων, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει:

Την Παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής του ΕΜΠ σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας και εγκατάστασης νέου συστήματος ελέγχου φορείου Πειραματικής Δεξαμενής του Εργαστηρίου Ναυτικής και Θαλάσσιας Υδροδυναμικής (ΕΝΘΥ), συνολικού προϋπολογισμού 322.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' *(απουσία ανταγωνισμού λόγω αποκλειστικών δικαιωμάτων)*.

Αθήνα, 1 Νοεμβρίου 2023

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκάτου