

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του την 21^η Ιουνίου 2022 με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη (εισηγήτρια) και Ευαγγελία Σεραφή, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ελένη Νικολάου, Πάρεδροι, οι οποίες μετέχουν με συμβουλευτική γνώμη.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, Ιωάννης Κάρκαλης, ως νόμιμος αναπληρωτής του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη Τμήματος, δικαστική υπάλληλος με βαθμό Α΄.

Για να δικάσει την από 6.6.2022 (ΑΒΔ) προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Διαχειριστής Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας ΑΕ» (ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ), η οποία εδρεύει στην (.....), με ΑΦΜ, εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε δια των πληρεξουσίων δικηγόρων Μαρίνου Κούρτη (ΑΜ ΔΣΑ 16662) και Ευσταθίας Μπακάλη (ΑΜ ΔΣΑ 21131)

Με την ανωτέρω προσφυγή επιδιώκεται η ανάκληση της Πράξης του Στ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, Στελιανής Κουστουμπάρδη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξουσίου της προσφεύγουσας οι οποίοι ζήτησαν την παραδοχή της προσφυγής. Σε ερωτήσεις που τέθηκαν από την έδρα του Δικαστηρίου απάντησε η Διευθύντρια Πληροφορικής της προσφεύγουσας εταιρίας,

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν.4700/2020, σε τηλεδιάσκεψη που διενεργήθηκε μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr.

Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Αργυρώς Μαυρομαμάτη

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Για την υπό κρίση προσφυγή καταβλήθηκε από την προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «Διαχειριστής Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας Α.Ε.» (εφεξής ΔΕΔΔΗΕ) το προβλεπόμενο σύμφωνα με το άρθρο 335 του ν. 4700/2020 νόμιμο παράβολο (σχετ. το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων).

2. Με την προσφυγή αυτή, όπως οι λόγοι της αναπτύσσονται με το νομίμως κατατεθέν από 22.6.2022 υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της Πράξης του Στ' Κλιμακίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η σύναψη του σχεδίου σύμβασης μεταξύ του ΔΕΔΔΗΕ και της αναδόχου εταιρείας, με αντικείμενο την ανανέωση και επέκταση των δικαιωμάτων χρήσης των αδειών των υφιστάμενων προϊόντων λογισμικού που παρέχει στο ΔΕΔΔΗΕ η ανάδοχος εταιρία, διάρκειας τριών ετών, προϋπολογιζομένης δαπάνης 5.120.145,39 ευρώ. Η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και νομοτύπως και συνεπώς είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλόμενων με αυτή λόγων.

3. Η σύναψη της ελεγχόμενης δημόσιας σύμβασης, ως εκ του προορισμού της στην κάλυψη αναγκών στον τομέα του ηλεκτρισμού, της εκτιμώμενης αξίας της και της φύσης του προσφεύγοντος αναθέτοντος φορέα (ΕλΣυν Ολ. 554/2022, 310/2022, Τμ Έβδομο 1056/2021, 604/2021, ΣτΕ 2012/2020), υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, με την οποία θεσπίστηκε το πλαίσιο των κανόνων σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, η οποία μεταφέρθηκε στην εθνική έννομη τάξη με το ν. 4412/2016 (Α΄ 147 βλ. το Βιβλίο ΙΙ, αρ. 222-338).

4. Στο ν. 4643/2019 (Α΄ 193) ορίζεται στο άρθρο 9 παρ. 4, που εφαρμόζεται αναλογικά και για την προσφεύγουσα (άρθρο 10), ότι η ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της ΔΕΗ Α.Ε. άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (ΚΕΠΥ) αυτής, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου. Στον ΚΕΠΥ, όπως εγκρίθηκε με την 1667/5.8.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ΔΕΔΔΗΕ, ορίζεται στο άρθρο 4 παρ. 2 γ, το οποίο βρίσκεται σε εναρμόνιση με το περιεχόμενο του άρθρου 50 παρ. γ της Οδηγίας 2014/25 : «Η επιλογή αναδόχων και σύναψη συμβάσεων χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, την οποία ο ΔΕΔΔΗΕ εφαρμόζει κατά την κρίση του στις ακόλουθες περιπτώσεις : (...) γ) εάν η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε ορισμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους : (...) ii) δεν υφίσταται ανταγωνισμός για τεχνικούς λόγους, iii) η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στα σημεία ii) και iii) εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων σύναψης της σύμβασης. (...)».

5. Από τις ανωτέρω διατάξεις, ερμηνευόμενες υπό το φως της Οδηγίας 2014/25, συνάγεται ότι, σχετικά με τις συναπτόμενες από τον ΔΕΔΔΗΕ συμβάσεις προμηθειών, η προσφυγή στη διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση, χωρίς

δημοσίευση προκήρυξης, η οποία εισάγει εξαίρεση από τις βασικές αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής των υποψηφίων αναδόχων στις διαδικασίες ανάθεσης και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στο άρθρο 4 παρ. 2 του ΚΕΠΥ. Τέτοια περίπτωση συντρέχει όταν, πλην άλλων, τα αγαθά μπορούν να διατεθούν μόνον από έναν οικονομικό φορέα, είτε διότι δεν υφίσταται ανταγωνισμός, επειδή υπάρχουν τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του, είτε για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας. Και τούτο μόνον αν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, τόσο οι τεχνικοί λόγοι που στοιχειοθετούν τη μοναδικότητα του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα έναντι άλλων ομοειδών επιχειρήσεων, όσο και η ύπαρξη λόγων προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς (πρβλ. ΕλΣυν Τμ. Μείζ. Επτ. 4169/2013, Έβδομο Τμ. 1704/2021, VI Τμ. 476/2019, 6018/2015, 3264/2013). Βασικό κριτήριο για τη διαπίστωση της τεχνικής αυτής μοναδικότητας του συγκεκριμένου προμηθευτή αποτελεί η αδυναμία ανάπτυξης ανταγωνισμού, είτε διότι η τεχνική ιδιομορφία του αντικειμένου της υπό σύναψη 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, όχι σε θεωρητικό επίπεδο, αλλά *in concreto*, η υποβολή άλλης ανταγωνιστικής προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζ. Επτ. 4002/2013, Έβδομο Τμ. 1704/2021 κ.α.). Περαιτέρω, παραμέτρους «τεχνικής φύσης» αποτελούν, μεταξύ άλλων, η διασφάλιση της συνέχειας της προμήθειας των αγαθών και της διαλειτουργικότητας που πρέπει να συντρέχει για να εξασφαλίζεται η αδιάλειπτη διάθεση αυτών καθώς και η αποφυγή δυσανάλογων τεχνικών δυσχερειών και κόστους για την χρήση και την συντήρησή τους (πρβ. ΕλΣυν. Τμ Μείζ. Επτ. 4002/2013, IV Τμ ΚΠΕΔ 42/2017, απόφαση ΔΕΕ της 8.4.2008, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, C 337/2005, σκ. 59, της 14.9.2004, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, C 385/2002, σκ. 21, Γενικού Δικαστηρίου της 18.10.2016, Terna – Rete elettrica nazionale SpA, T 387/2016, σκ. 80 -85, αιτ. σκ. 61 της Οδ. 2014/25).

Το βάρος απόδειξης της συνδρομής των ως άνω εξαιρετικών περιστάσεων που δικαιολογούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης φέρει ο ΔΕΔΔΗΕ, ο οποίος τις επικαλείται (πρβλ. ΕλΣυν VI Τμ.1335/2018, 2345/2017, 6868/2015, 3217, 3015/2012).

6. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα :

6.1. Το έτος 2003 η ΔΕΗ ΑΕ συνήψε σύμβαση με την εταιρεία (εφεξής) με αντικείμενο την προμήθεια αδειών χρήσης διαφόρων ειδών λογισμικού του οίκου (.....). Οι εν λόγω άδειες αξιοποιήθηκαν από τα Βασικά Οργανικά Κλιμάκια της ΔΕΗ Α.Ε. και από τη Διεύθυνση Πληροφορικής της εταιρείας στους σταθμούς εργασίας των εργαζομένων (σταθερούς και φορητούς), αλλά και στους διακομιστές (servers) που εξυπηρετούν τα κεντρικά πληροφοριακά συστήματα της επιχείρησης. Το συνολικό τίμημα της ανωτέρω σύμβασης ανήλθε στο ποσό των 3.480.363 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 24.6.2003 έως 23.6.2006. Με το Συμπλήρωμα 1 της σύμβασης, με ημερομηνία, έγινε ανανέωση των δικαιωμάτων χρήσης των αδειών με επικαιροποίηση των ποσοτήτων και την προσθήκη της παροχής υπηρεσιών τεχνικής υποστήριξης από τη, με συνολικό τίμημα 3.419.970 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 24.6.2006 έως 23.6.2009. Στη συνέχεια, υπεγράφησαν μεταξύ των ίδιων συμβαλλομένων διαδοχικές συμβάσεις ανανέωσης των ανωτέρω δικαιωμάτων χρήσης λογισμικού και ειδικότερα τα Συμπληρώματα με αριθμούς 2 (για το χρονικό διάστημα από 24.6.2009 έως 23.6.2012 συνολικού τιμήματος 4.026.960,53 ευρώ), 3 (για το χρονικό διάστημα από 24.6.2012 έως 23.6.2015 συνολικού τιμήματος 1.100.048,98 ευρώ) και 4 (για το χρονικό διάστημα από 24.6.2015 έως 30.6.2018 συνολικού τιμήματος 1.525.985,34 ευρώ).

6.2. Περαιτέρω, με το Συμπλήρωμα 5 της σύμβασης έγινε ανανέωση των δικαιωμάτων χρήσης των αδειών λογισμικού, μέσω του συνδρομητικού μοντέλου της, με επικαιροποίηση των ποσοτήτων, για το χρονικό διάστημα από 30.6.2018 έως 29.6.2021. Στη σύμβαση αυτή προβλέφθηκε ότι τμήμα των ανωτέρω δικαιωμάτων συνολικού τιμήματος 2.863.565,91 ευρώ θα παραχωρηθούν για αποκλειστική χρήση στον ΔΕΔΔΗΕ. Το συνδρομητικό μοντέλο

περιείχε τα προϊόντα α), β) και γ) και αντικατέστησε σε όλες τις αγορές παγκοσμίως από το έτος το Στη συνέχεια, ο ΔΕΔΔΗΕ συνήψε το πρώτον ως απευθείας συμβαλλόμενος με την εταιρεία: α) την από σύμβαση που αφορά στην απόκτηση 2.100 αδειών χρήσης για τους τεχνικούς πεδίου για το χρονικό διάστημα από 26.1.2021 έως 26.6.2021 έναντι τιμήματος 134.820 ευρώ και β) την από σύμβαση με την ίδια εταιρεία που αφορά στην απόκτηση 3.645 αδειών χρήσης λογισμικού για το χρονικό διάστημα από 1.4.2021 έως 30.6.2021.

6.3. Ακολούθως, ενόψει της λήξης των δικαιωμάτων χρήσης των προϊόντων της, που είχαν παραχωρηθεί από τη ΔΕΗ ΑΕ στον ΔΕΔΔΗΕ με το συμπλήρωμα 5 της από 2003 σύμβασης, καθώς και αυτών που απέκτησε ο ΔΕΔΔΗΕ με τις από και ως άνω συμβάσεις, η Διεύθυνση Πληροφορικής και Επικοινωνιών του ΔΕΔΔΗΕ, με το έγγραφο της, εισηγήθηκε στο Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.) αυτού τη σύναψη νέας σύμβασης για την ανανέωση των δικαιωμάτων και την προσθήκη νέων αδειών χρήσης των υφιστάμενων προϊόντων λογισμικού με την προσθήκη 500 αδειών 500 αδειών, 500 αδειών, 500 αδειών και 100 αδειών Η αύξηση στον αριθμό των αδειών προκύπτει από τον μεγάλο αριθμό νέων εφαρμογών που δημιουργήθηκαν και την αύξηση των τελικών χρηστών, αλλά και την εν γένει αύξηση του συνόλου των απαιτήσεων της κεντρικής υποδομής του ΔΕΔΔΗΕ.

6.4. Σύμφωνα με την ίδια ως άνω εισήγηση, η διαδικασία ανανέωσης των δικαιωμάτων χρήσης των αδειών προτείνεται να γίνει χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού με την σύναψη σύμβασης με την εταιρεία, κατ' εφαρμογή του άρθρου 4 παρ. 2γ' περ. ii και iii του ΚΕΠΥ του ΔΕΔΔΗΕ, με την αιτιολογία ότι η εταιρεία είναι ο κατασκευαστής και κάτοχος των πνευματικών δικαιωμάτων των προϊόντων της λογισμικού και αποτελεί, συνεπώς, την μοναδική επιλογή για τα συγκεκριμένα προϊόντα. Στην εν λόγω εισήγηση διαλαμβάνονται οι λόγοι, για τους οποίους το προς προμήθεια συνδρομητικό μοντέλο της επιλέγεται έναντι του προγράμματος «λιανικής» της ίδιας εταιρείας με την ονομασία

6.5. Ακολούθως, το Δ.Σ. του ΔΕΔΔΗΕ, με την απόφασή του, ενέκρινε την ανάθεση στην εταιρεία της ανανέωσης των δικαιωμάτων χρήσης των υφιστάμενων προϊόντων λογισμικού με τη σύναψη Επιχειρησιακής Συμφωνίας (Enterprise Agreement), καθώς και την προσθήκη δικαιωμάτων χρήσης επιπλέον αδειών για διάστημα τριών ετών, με την διαδικασία ανάδειξης αναδόχου χωρίς προηγούμενη προκήρυξη, έναντι συνολικού τιμήματος 5.120.145,39 ευρώ.

6.6. Η ελεγχόμενη διαδικασία υπεβλήθη για έλεγχο νομιμότητας στο Ελεγκτικό Συνέδριο στις 6.10.2021. Με το έγγραφο της Διευθύντριας Πληροφορικής και Τηλεπικοινωνιών του ΔΕΔΔΗΕ υπεβλήθησαν συμπληρωματικά στοιχεία και διευκρινήσεις, στο οποίο αναφέρεται μεταξύ άλλων, ότι από το έτος 2003, ήτοι πριν τη δημιουργία του ΔΕΔΔΗΕ, κατά την ενιαία λειτουργία της ΔΕΗ, έως σήμερα, ακόμα και μετά την απόσχιση του κλάδου δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και εισφοράς του στο ΔΕΔΔΗΕ, τα προϊόντα της χρησιμοποιούνται για τις επιχειρησιακές ανάγκες της εταιρίας. Σε ό,τι αφορά στα κεντρικά συστήματα της εταιρίας, αυτά είναι αναπτυγμένα σε τεχνολογίες με χρήση του ενσωματωμένου εξυπηρετητή εφαρμογών , στην τεχνολογία της Οι γραμμές του πηγαίου κώδικα που έχουν αναπτυχθεί στην πλατφόρμα υπολογίζονται κατ' ελάχιστο σε 1.000.000. Η διαχείρισή τους πραγματοποιείται σε τεχνολογίες μέσω της οποίας λαμβάνει χώρα η διαχείριση της υποδομής, δηλαδή η παρακολούθηση, διαμόρφωση, προστασία κλπ. Η ενοποίηση και παρουσίαση των ιστοσελίδων καθώς και η διαχείριση των αρχείων λαμβάνει χώρα με τη χρήση του συστήματος της Η ανταλλαγή μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου καθώς και η ενοποίηση με τις εφαρμογές πραγματοποιείται με χρήση της πλατφόρμας της Η αποθήκευση δεδομένων και η επιχειρησιακή ευφυΐα λαμβάνει χώρα με χρήση του της Έχουν αναπτυχθεί στις βάσεις δεδομένων της τουλάχιστον 1000 πακέτα και 100.000 γραμμές διαδικαστικού κώδικα Σε ό,τι αφορά στα τερματικά των χρηστών επίσης χρησιμοποιούνται λειτουργικά συστήματα της, τα οποία είναι συμβατά με τις υφιστάμενες εφαρμογές. Αναφέρεται περαιτέρω στο ίδιο έγγραφο ότι σε περίπτωση που χρησιμοποιηθούν τρίτοι κατασκευαστές υπολογιστικών προϊόντων, θα δημιουργηθούν ανυπέρβλητες τεχνητές δυσχέρειες,

όπως προβλήματα συμβατότητας, λόγω της χρήσης ετερογενών προϊόντων, ότι ενδεικτικά τα υπάρχοντα έγγραφα της επιχείρησης είναι σε μορφή και πρέπει να βρίσκονται σε συμβατότητα με το πρόγραμμα λογισμικού Εφαρμογών Γραφείου, ότι υπάρχουν προβλήματα στη μορφοποίηση και τη διαχείριση των εγγράφων αυτών στη μορφή που υφίστανται, ακόμη και με τη χρήση άλλων προγραμμάτων της ίδιας της εταιρίας (όπως το). Η ενασχόληση των τμημάτων πληροφορικής με τη συντήρηση ετερογενούς πληροφοριακής υποδομής θα είχε ως αποτέλεσμα τη μειωμένη αποδοτικότητα και την αποσπασματική διαχείριση του υλικού και του λογισμικού και των σχετικών προμηθειών τους. Περαιτέρω επισημαίνεται ότι σε περίπτωση που ο ΔΕΔΔΗΕ προχωρούσε σε μετάβαση σε νέες διαφορετικού τύπου τεχνολογίες πληροφορικής θα προέκυπταν επιπλέον κόστη, εξαιτίας της απαξίωσης της υφιστάμενης επένδυσης και της εμπειρίας δεκαετιών, όπως σχεδιασμού, μετάπτωσης των υπαρχουσών υποδομών και επενδύσεων στο νέο περιβάλλον, υποστήριξης και τεχνικής διαχείρισης στο συνολικό κύκλο ζωής του πληροφοριακού συστήματος, εκπαίδευσης και κατάρτισης των τελικών χρηστών αλλά και των τεχνικών ομάδων, ανθρωπίνου δυναμικού και εργασίας, εγκατάστασης, προσαρμογής, παραμετροποίησης και ανάπτυξης, υψηλής διαθεσιμότητας ή έλλειψης σημαντικών λειτουργικών – τεχνικών χαρακτηριστικών.

6.7. Σε εκτέλεση της πράξης του Στ' Κλιμακίου με την οποία ζητήθηκε η συμπλήρωση του φακέλου, προσκομίστηκαν πρόσθετα στοιχεία και υπεβλήθησαν διευκρινήσεις με το νεότερο έγγραφο της αυτής ως άνω Διευθύντριας. Συγκεκριμένα, αναφορικά με την οικονομικότητα της επιλεγείσας προσφοράς, ο ΔΕΔΔΗΕ απευθύνθηκε στις 15 και 16 Δεκεμβρίου 2021 σε τέσσερις (4) οικονομικούς φορείς (μεταπωλητές) ώστε να καταθέσουν την προσφορά τους για τα λογισμικά προϊόντα της Εξ αυτών ανταποκρίθηκαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, οι προσφορές των οποίων ήταν υψηλότερες από τις προσφερόμενες τιμές της αντισυμβαλλόμενης Αναφορικά ως προς τα στοιχεία τεκμηρίωσης περί ύπαρξης ανυπερβλήτων τεχνικών δυσχερειών, σε περίπτωση που επιχειρηθεί μετάβαση σε νέες, διαφορετικού τύπου, τεχνολογίες πληροφορικής, γίνεται παραπομπή στην έρευνα του Συνδέσμου Επικοινωνιών και Πληροφορικής Ελλάδος (ΣΕΠΕ) σύμφωνα με την οποία το κόστος αδειοδότησης λογισμικού ανέρχεται σε τάξη μεγέθους μόλις 4% του συνολικού κόστους των Έργων

Πληροφορικής, πλέον των όσων επαναλαμβάνονται εν πολλοίς και στο έγγραφο της ίδιας.

6.8. Σε συνέχεια των ανωτέρω εκδόθηκε η προσβαλλόμενη πράξη του Στ' Κλιμακίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η σύναψη του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης μεταξύ του ΔΕΔΔΗΕ και της αναδόχου εταιρείας Το Κλιμάκιο ήχθη στην άνω κρίση με την αιτιολογία ότι : i) η προμήθεια προϊόντων λογισμικού από την εταιρεία δεν αποτελεί τη μοναδική επιλογή του ΔΕΔΔΗΕ, δοθέντος ότι υπάρχει η δυνατότητα αναζήτησης άλλου κατασκευαστή παρόμοιου υλικού ή η προμήθεια λογισμικού ανοιχτού κώδικα και κατά συνέπεια η επίκληση της ύπαρξης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας αποτελεί άμεση συνέπεια της επιχειρηματικής επιλογής του ΔΕΔΔΗΕ να συνεχίσει να χρησιμοποιεί τα λειτουργικά συστήματα τηςκαι όχι τον πραγματικό λόγο που θα δικαιολογούσε την εφαρμογή του αρ. 4 παρ. 2 περ. γ υποπ. iii του ΚΕΠΥ, ii) δεν συντρέχει περίπτωση μοναδικότητας του προμηθευτή, αφού τα ίδια προϊόντα εμπορεύονται και μεταπωλητές της εταιρίας, iii) από τις πράξεις του παρόντος Κλιμακίου (διαγωνισμός της για την «Προμήθεια Αδειών Λογισμικού μέσω Εταιρικής Σύμβασης (Enterprise Agreement)», (διαγωνισμός Υπουργείου για την προμήθεια αδειών) και (διαγωνισμός του Δήμου για την «Προμήθεια Αδειών Λογισμικού μέσω Εταιρικής Σύμβασης (Enterprise Agreement) για τις ανάγκες του Δήμου») προκύπτει ότι προϊόντα, ταυτόσημα με αυτά της ελεγχόμενης σύμβασης, έχουν προσφερθεί από περισσότερους προμηθευτές (μεταπωλητές των προϊόντων της εταιρείας) σε δημόσιους φορείς μετά από διενέργεια διαγωνιστικών διαδικασιών, μέσω των οποίων επιτυγχάνονται ανταγωνιστικές τιμές, σε τιμές χαμηλότερες των αντίστοιχων τιμών λιανικής της, iv) η εκ μέρους του ΔΕΔΔΗΕ παραδοχή, περί ύπαρξης μεταπωλητών δυναμένων να παρέχουν ταυτόσημα προϊόντα, αποδεικνύει τη δυνατότητά του να προμηθευθεί είδη με τεχνικά χαρακτηριστικά απολύτως ταυτόσημα με αυτά της ελεγχόμενης σύμβασης από άλλους οικονομικούς φορείς, χωρίς να υφίσταται κίνδυνος μη συμβατότητας με το υφιστάμενο υλικό ή πρόκλησης τεχνικών δυσχερειών, v) δεν είναι αποδεκτός ο ισχυρισμός ότι υφίσταται το

ενδεχόμενο αυξημένου κόστους λόγω της διενέργειας της προμήθειας μέσω μεταπωλητών έναντι της σύναψης σύμβασης απευθείας με τον κατασκευαστή των προϊόντων το Κλιμάκιο για τους εξής λόγους : α) ο οικονομικά ορθολογικός χαρακτήρας μίας επιλογής δύναται κατ' αρχήν να είναι επαρκής βάση λήψης εταιρικών αποφάσεων για οικονομικούς φορείς που λειτουργούν υπό καθεστώς ιδιωτικού δικαίου, πλην όμως δεν αρκεί για την παράκαμψη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου και του ΚΕΠΥ, οι οποίες διέπουν τη λειτουργία του ΔΕΔΔΗΕ ως φορέα αποκλειστικών δικαιωμάτων, που αφορούν στην κυριότητα και διαχείριση του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας και β) η οικονομικότητα της επιλογής σύναψης σύμβασης απευθείας με την εταιρεία στηρίχθηκε αποκλειστικά στην προσφορά που η εν λόγω εταιρεία υπέβαλε στον ΔΕΔΔΗΕ, ενώ τα πρόσθετα στοιχεία έρευνας αγοράς, που προσκομίσθηκαν με το έγγραφο, συνελέγησαν σε εκτέλεση της αναβλητικής Πράξης του Κλιμακίου, γ) οι κατατεθείσες ενδεικτικές προσφορές των μεταπωλητών δόθηκαν ενώ οι μεταπωλητές γνώριζαν ήδη τη βούληση του κατασκευαστή να συμβληθεί ο ίδιος με το ΔΕΔΔΗΕ, γεγονός που δύναται να έχει επηρεάσει το ύψος των υποβληθεισών ενδεικτικών προσφορών, ενώ ο ένας εξ αυτών είχε ήδη επιλεγεί ως Σύμβουλος Διαχείρισης της ελεγχόμενης σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση διευκρινίζεται ότι η προσφορά ενός προϊόντος από τον κατασκευαστή σε συμφέρουσα για τον αναθέτοντα φορέα τιμή δεν αρκεί για την παράκαμψη των υπέρτερης τυπικής ισχύος ανωτέρω αναφερόμενων διατάξεων του ενωσιακού δικαίου ως προς τον τρόπο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων.

7. Με την προσφυγή ανάκλησης προβάλλεται κατά πρώτο λόγο ότι το Κλιμάκιο εσφαλμένα έκρινε ότι δε συντρέχουν «τεχνικοί λόγοι» που επιτρέπουν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 2γ περ. ii του ΚΕΠΥ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τόσο από τα στοιχεία του φακέλου όσο και από τις διαδοχικές διευκρινήσεις που υποβλήθηκαν με τα και έγγραφα το περιεχόμενο των οποίων επαναλαμβάνει, στην ουσία, κατά το μεγαλύτερο μέρος του, αιτιολογούνται και τεκμηριώνονται με ειδικό τρόπο οι λόγοι, οι κίνδυνοι και οι επιπτώσεις σε περίπτωση αντικατάστασης των προϊόντων της με άλλο κατασκευαστή και μετάπτωσης, συνεπεία αυτού, σε

καινούργιο και άγνωστο για τους χρήστες του οργανισμού λογισμικό περιβάλλον. Ισχυρίζεται περαιτέρω, ότι εξαιτίας της από εικοσαετίας εγκατάστασης των λογισμικών προϊόντων της, με τα οποία συναρτάται, η λειτουργία των συστημάτων του ΔΕΔΔΗΕ και της εξοικείωσης των χρηστών δεν υπάρχει δυνατότητα αναζήτησης είτε εναλλακτικού κατασκευαστή, είτε με δικαιώματα ανοιχτού λογισμικού. Αναφορικά με τη δυνατότητα αγοράς των προϊόντων μέσω μεταπωλητών, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η διεξαγωγή ενός ανοιχτού διαγωνισμού δεν θα ήταν εφικτό να οδηγήσει στην υποβολή ανταγωνιστικών προσφορών από τρίτους μεταπωλητές, παραθέτει δε κατάλογο αντιστοίχισης των προϊόντων της κρινόμενης σύμβασης με τα αντίστοιχα προϊόντα και τις τιμές τους, που περιέχονται στις συμβάσεις στις οποίες ενδεικτικά αναφέρθηκε το Κλιμάκιο με παραπομπή σε παλαιότερες πράξεις του, εκθέτοντας ότι η κρινόμενη σύμβαση είναι οικονομικότερη σε σχέση και με την παράμετρο της διαφορετικής ποιότητας των προμηθευόμενων προϊόντων. Με δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, όπως αναπτύσσεται με το από 22.6.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, η προσφεύγουσα προβάλλει εσφαλμένη ερμηνεία της έννοιας των «τεχνικών λόγων» του άρθρου 4 παρ. 2γ περ. ii του ΚΕΠΥ. Συγκεκριμένα, κατά την προσφεύγουσα, το Κλιμάκιο προέβη σε ανεπίτρεπτη ερμηνευτική ταύτιση της έννοιας των «τεχνικών λόγων» με τη «μοναδικότητα προμηθευτή», κάνοντας δεκτό ότι «τεχνικοί λόγοι» που επιτρέπουν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, συντρέχουν μόνον όταν συντρέχει περίπτωση μοναδικότητας του προμηθευτή. Κατά την προσφεύγουσα η μοναδικότητα της τεχνικής λύσης και των απολύτως εξειδικευμένων τεχνικών προδιαγραφών που απαιτούνται, αποτελούν λόγους που καθιστούν σύνομη τη χρήση της εξαιρετικής αυτής διαδικασίας ανάθεσης. Με τον τρίτο λόγο προβάλλεται, επικουρικά, ότι τα αρμόδια όργανα του αναθέτοντος φορέα έδρασαν από συγγνωστή πλάνη με την απόλυτα δικαιολογημένη πεποίθηση περί νομιμότητας των χειρισμών του, δίχως σε καμία περίπτωση να εμφορείται από πρόθεση καταστρατήγησης των σχετικών κανόνων και διατάξεων που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με γνώμονα την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος.

8. Ως προς την προϋπόθεση της συνδρομής «τεχνικών λόγων», το Δικαστήριο, κατά παραδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών, κρίνει ότι συντρέχουν τεχνικοί

λόγοι που επιτρέπουν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τα και έγγραφα της Διευθύντριας Πληροφορικής και Τηλεπικοινωνιών του ΔΕΔΔΗΕ, καθώς και από την κατάθεση της ίδιας ενώπιον του ακροατηρίου, τα κεντρικά συστήματα της εταιρίας έχουν σε σημαντικό βαθμό δομηθεί στη βάση των λογισμικών της, με την ανάπτυξη άνω του 1.000.0000 γραμμών πηγαίου κώδικα. Τα προγράμματα «.....» και «.....», που εξυπηρετούν την επικοινωνία με τους προμηθευτές και τους καταναλωτές (αιτήσεις παραπόνων, ενημέρωση βλαβών κλπ) και την εσωτερική επικοινωνία, αντίστοιχα, έχουν επίσης δομηθεί με βάση το λογισμικό της Περαιτέρω, τα ίδια τα έγγραφα που τηρεί η προσφεύγουσα έχουν δημιουργηθεί με προγράμματα Η μετάπτωση σε νέο λογισμικό περιβάλλον εγκυμονεί in concreto τον κίνδυνο δυσλειτουργίας και ασυμβατότητας των συστημάτων μεταξύ τους. Περαιτέρω, η από εικοσαετίας εξοικείωση των περίπου 6.000 χρηστών των προγραμμάτων της ίδιας εταιρίας συνιστά περίπτωση που υπάγεται στην έννοια των τεχνικών ιδιαιτεροτήτων, που συναρτώνται με τη διασφάλιση της συνέχειας της λειτουργίας των εργασιών της προσφεύγουσας. Αναφορικά με τη δεύτερη προϋπόθεση της «έλλειψης ανταγωνισμού», κρίνεται ότι, κατά παραδοχή ως βάσιμων των προβαλλόμενων λόγων, δεν καταλείπεται έδαφος, ενόψει των συγκεκριμένων περιστάσεων, αληθούς και ουσιαστικού ανταγωνισμού για την υποβολή οικονομικότερης προσφοράς (πρβ. Ελ.Συν Τμ Μειζ – Επτ 4002/2013). Όπως εκτίθεται αναλυτικά από την προσφεύγουσα και αιτιολογείται και από τα στοιχεία του φακέλου, και ιδίως από τα ανωτέρω αναφερόμενα έγγραφα, η διαδικασία μετάπτωσης σε νέο υπολογιστικό περιβάλλον, αφενός είναι μια χρονοβόρα διαδικασία, αφετέρου προϋποθέτει επιπλέον κόστος τόσο για την εκπαίδευση του προσωπικού, όσο και για την επίλυση των προβλημάτων ασυμβατότητας. Περαιτέρω, η χρήση προϊόντων ανοιχτού κώδικα, στα οποία θα μπορούσε, κατά την κρίση του Κλιμακίου, να επέμβει μέσω προγραμματιστών η προσφεύγουσα, για την προσαρμογή τους στις απαιτήσεις συμβατότητας και διαλειτουργικότητας με τα υφιστάμενα συστήματα, ελλοχεύουν κινδύνους για την ασφάλεια των προγραμμάτων του ΔΕΔΔΗΕ ως δημόσιας επιχείρησης που εξυπηρετεί υπέρτατο δημόσιο συμφέρον ως αποκλειστικός διαχειριστής του ελληνικού δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας (Βλ. και απ. 554/2022 Ολ. Ελ. Συν.). Πρέπει τέλος να επισημανθεί ότι αμφότερες οι

άνω προϋποθέσεις, που δικαιολογούν την προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία ανάθεσης, εξετάζονται υπό το πρίσμα της απουσίας άλλης «εύλογης» εναλλακτικής λύσης ή υποκαταστάτου. Παρίσταται «εύλογη» και ορθολογική η αναζήτηση προσφοράς από τον ίδιο τον κατασκευαστή και η διενέργεια διαπραγματεύσεων απευθείας με αυτόν, ενόψει της, σύμφωνης με τα διδάγματα της κοινής πείρας, πεποίθησης ότι οι μεταπωλητές προσαυξάνουν το τίμημα με το εμπορικό τους κέρδος από τη μεταπώληση του προϊόντος. Εξάλλου, όπως προκύπτει και από το έγγραφο, με την επισυναπτόμενη, με την, σχετική αλληλογραφία, στο πλαίσιο της διαδικασίας διαπραγμάτευσης, ζητήθηκε βελτιωμένη πρόταση η οποία και απεστάλη, διασφαλίζοντας την αντικειμενική ακεραιότητα της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Περαιτέρω, ο έλεγχος της αντιστοιχίας των προσφερόμενων προϊόντων της ίδιας εταιρίας, μέσω μεταπωλητών, που αναφέρεται, παραπέμποντας σε προηγούμενες πράξεις του το Κλιμάκιο, με τα προϊόντα που περιέχονται στην ελεγχόμενη σύμβαση δεν είναι εφικτός, και δεν μπορεί να αποτελέσει πρόσφορο κριτήριο ελέγχου της οικονομικότητας, ενόψει του ότι προϋποθέτει τεχνικές κρίσεις, ενώ ζητήθηκαν και προσφορές από τους μεταπωλητές, έστω και εκ των υστέρων, οι οποίοι μπορεί να γνώριζαν τη βούληση του κατασκευαστή να συμβληθεί ο ίδιος με το ΔΕΔΔΗΕ, όπως αναφέρει το Κλιμάκιο, δεν μπορούσαν όμως να γνωρίζουν το ύψος της προσφοράς. Πρέπει επομένως να γίνει δεκτός ο προβαλλόμενος λόγος και να ανακληθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

9. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη. Μετά δε την παραδοχή της παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων. Τέλος, πρέπει να αποδοθεί στην προσφεύγουσα εταιρεία το καταβληθέν από αυτήν παράβολο (βλ. άρθρο 336 σε συνδυασμό με το άρθρο 310 παρ. 1 του ν.4700/2020).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την από 6.6.2022 (ΑΒΔ) προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Διαχειριστής Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας ΑΕ» (ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ).

Ανακαλεί την πράξη του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, αντίγραφο του οποίου τηρείται στο αρχείο της Γραμματείας του παρόντος Τμήματος και περιλαμβάνει: α) το «Έντυπο Υπογραφής Προγράμματος», β) η «Σύμβαση

Συνεργασίας και Παροχής Υπηρεσιών», γ) η «Πράξη Εγγραφής Enterprise (Άμεση)», δ) η «Σύμβαση Enterprise», ε) το «Έντυπο Στοιχείων Επιπλέον Συνδέσμου», στ) το Έντυπο προηγούμενων Συμβάσεων/Πράξεων εγγραφής και ζ) το «..... Volume Licensing – Τιμοκατάλογος Πελάτη-Τελική Τιμολόγηση», μεταξύ του ΔΕΔΔΗΕ και της αναδόχου εταιρείας, με αντικείμενο την ανανέωση και επέκταση των δικαιωμάτων χρήσης των αδειών των υφιστάμενων προϊόντων λογισμικού που παρέχει στο ΔΕΔΔΗΕ η ανάδοχος εταιρία

Διατάσσει την απόδοση του παραβόλου στην προσφεύγουσα εταιρία.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε με τηλεδιάσκεψη στις 28 Ιουνίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΑΡΓΥΡΩ ΜΑΥΡΟΜΜΑΤΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου (1^ο ΔΙΑΚΟΠΩΝ) την 1η Ιουλίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΙΑ ΒΛΑΧΑΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ