



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**



ΑΝΑΡΤΗΤΕΑ ΣΤΗ «ΔΙΑΥΓΕΙΑ»

**ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΜΕΛΕΤΩΝ ΚΑΙ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΩΝ
Τμήμα Μελετών**

**Αρ. πρωτ. 2536
Αθήνα, 28-04-2021**

Ταχ. Δ/ση: Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα
Τ.Κ. – Πόλη: 112 57 Αθήνα
Πληροφορίες: Π. Αλεξίου, Γ. Κυρίτσης,
Μ. Καλογρίδου
Τηλέφωνο: 2310 379171, 2132124738,
2132124732
eMail: eaadhsy@eaadhsy.gr
Τηλ. Κέντρο: 213 2124 700
Fax: 213 2124 777
Ιστότοπος: www.eaadhsy.gr

Προς: Πίνακα Αποδεκτών

ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 26

(Απόφαση 1/15-04-2021 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)

ΘΕΜΑ : “ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΦΟΓΗΣ & ΕΙΔΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΒΙΒΛΙΟΥ ΙΙ Ν. 4412/2016”

Στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής και Αρχή) για την έκδοση κατευθυντήριων οδηγιών σχετικά με ζητήματα δημοσίων συμβάσεων, αναφορικά με ζητήματα που άπτονται ιδίως της ερμηνείας της σχετικής εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας (άρθρο 2 παρ. 2 περ. δ' του ν. 4013/2011), εκδίδεται η παρούσα κατευθυντήρια οδηγία σχετικά με το πλαίσιο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙΙ ν. 4412/2016.

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

I. ΣΚΟΠΟΣ ΕΚΔΟΣΗΣ ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ - ΓΕΝΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ.	3
II. ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΒΙΒΛΙΟΥ II v. 4412/2016	4
[Α] «Οριοθέτηση» σε συνάρτηση με το Βιβλίο I v. 4412/2016 και τον v. 4413/2016	6
1. Το άρθρο 1 του v. 4412/2016	6
2. Το άρθρο 7 του Βιβλίου I v. 4412/2016	8
3. Αναθέτοντες φορείς και δραστηριότητες v. 4413/2016 περί ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης	10
[Β] Αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής (δραστηριότητες και συμβάσεις που υπάγονται στο Βιβλίο II)	12
1. Γενικός Προσδιορισμός	12
2. Οι δραστηριότητες των άρθρων 228-234, υπό το πρίσμα των οριζομένων στα άρθρα 222 και 238 του νόμου	13
2.1. Τα άρθρα 222 και 238 : συμβάσεις που αποσκοπούν στην άσκηση δραστηριότητας του ρυθμιστικού πεδίου της Οδηγίας	14
2.2. Οι επιμέρους δραστηριότητες των άρθρων 228 – 234	16
2.2.1. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 230 («Υδωρ»):	16
2.2.2. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 232 («Λιμένες και Αερολιμένες»)	18
2.2.3. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 233 («Ταχυδρομικές Υπηρεσίες»)	20
2.2.4. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 231 («Υπηρεσίες Μεταφορών»)	22
2.2.5. Ως προς τον τομέα της ενέργειας (δραστηριότητες των άρθρων 228 («Φυσικό αέριο και θερμότητα», 229 («Ηλεκτρισμός»), 234 («Εξόρυξη πετρελαίου και φυσικού αερίου και αναζήτηση ή εξόρυξη άνθρακα και άλλων στερεών καυσίμων»):	27
2.2.5.1. Τα άρθρα 228 και 229	27
2.2.5.2. Εξαιρέσεις.	28
2.2.5.3. Ως προς το άρθρο 234 («Εξόρυξη πετρελαίου και φυσικού αερίου και αναζήτηση ή εξόρυξη άνθρακα και άλλων στερεών καυσίμων»):	31
3. το άρθρο 225 : μεικτές συμβάσεις στο πλαίσιο άσκησης της ίδιας δραστηριότητας	31
3.1. Μεικτές συμβάσεις που περιλαμβάνουν διαφορετικά είδη συμβάσεων	31
3.2. Μεικτές συμβάσεις των οποίων το αντικείμενο άπτεται διαφορετικών νομικών καθεστώτων	32
4. το άρθρο 226 : συμβάσεις που καλύπτουν πολλαπλές δραστηριότητες	35
5. Εξαιρέσεις από το ρυθμιστικό πεδίο	38
5.1. Ειδικές Εξαιρέσεις	38
5.2. Εξαιρέσεις που ισχύουν μόνο για το Βιβλίο II του νόμου:	40
5.3. Η εξαίρεση από το ρυθμιστικό πλαίσιο δυνάμει των άρθρων 251 και 252	42
[Γ] ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΙΚΟ ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ	43
1. Η έννοια του αναθέτοντος φορέα	43
2. Οι οντότητες που περιλαμβάνει το άρθρο 224	44
3. Αναθέτουσα Αρχή	46
4. Δημόσιες Επιχειρήσεις	51
5. Επιχειρήσεις που ασκούν δραστηριότητα του Βιβλίου II και απολαύουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων	53
6. Εννοιολογική διάκριση και συνέπειες στο πλαίσιο του νόμου	57
7. Επισημάνσεις σχετικά με τις προβλέψεις της κλασικής και της Τομεακής Οδηγίας, ως ενσωματώθηκαν	60

Ι. ΣΚΟΠΟΣ ΕΚΔΟΣΗΣ ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ - ΓΕΝΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ.

Πρωταρχικός σκοπός της παρούσας Κατευθυντήριας Οδηγίας είναι η καταγραφή και η ερμηνευτική προσέγγιση του νομοθετικού πλαισίου που αφορά στις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών καθώς και στους διαγωνισμούς μελετών που ανατίθενται και εκτελούνται από αναθέτοντες φορείς των “πρώην εξαιρουμένων τομέων”¹ μετά την ενσωμάτωση, με το Βιβλίο ΙΙ του ν. 4412/2016 (εφεξής ‘νόμος’) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (εφεξής ‘Τομεακή Οδηγία’ ή ‘Οδηγία’), και τούτο μέσω ερμηνευτικής προσέγγισης συγκεκριμένων διατάξεων του ως άνω Βιβλίου, καθώς και ανάδειξης θεμάτων ενδιαφέροντος που άπτονται αυτών.

Στο πλαίσιο αυτό και καθώς έχει ήδη εκδοθεί από την Αρχή ικανός αριθμός Κατευθυντηρίων Οδηγιών σχετικά με διατάξεις του Βιβλίου Ι του νόμου, το περιεχόμενο των οποίων αφορά και σε διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, η προσέγγιση της νομοθεσίας που επιχειρείται με την παρούσα δεν αφορά στα ζητήματα που έχουν ήδη τύχει αντικείμενο των ως άνω Κατευθυντηρίων Οδηγιών, παρά μόνο στο μέτρο που η Τομεακή Οδηγία και συνακόλουθα το Βιβλίο ΙΙ του νόμου ρυθμίζουν διαφορετικά ένα συγκεκριμένο θέμα ή οι διατάξεις του Βιβλίου Ι εφαρμόζονται από τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ κατ’ επιταγή διατάξεων του ή κατ’ ενάσκηση σχετικής ευχέρειας που τους παρέχεται από αυτές. Στο πλαίσιο αυτό, επιδιώκεται επιπλέον η ανάδειξη των σημαντικών διαφοροποιήσεων των διατάξεων που διέπουν το Βιβλίο ΙΙ, σε σχέση με τις διατάξεις του Βιβλίου Ι του νόμου. Επιχειρείται, επίσης, μία προσέγγιση του προγενέστερου καθεστώτος ανάθεσης των εν λόγω συμβάσεων (Οδηγία 2004/17/ΕΚ και ΠΔ 59/2007), όπου κρίνεται σκόπιμο, καθώς και η ερμηνευτική προσέγγιση του ρυθμιστικού πεδίου της ισχύουσας νομοθεσίας, υπό το πρίσμα της νομολογίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ‘Ένωση ή ΕΕ’).

Στο πλαίσιο του προαναφερθέντος επιδιωκόμενου σκοπού, επισημαίνονται εισαγωγικώς τα ακόλουθα:

Η σκοπιμότητα διατήρησης των κανόνων² για τις συμβάσεις των φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών αποφασίστηκε, από τα αρμόδια όργανα της Ένωσης, κατόπιν των αποτελεσμάτων της έκθεσης αξιολόγησης των επιπτώσεων και της αποτελεσματικότητας της νομοθεσίας της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων³.

Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την ως άνω έκθεση, η διατήρηση των κανόνων κρίθηκε σκόπιμη, προκειμένου να διασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό και η τήρηση των αρχών της ελεύθερης

¹Έως την Οδηγία 90/531/ΕΟΚ, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, οι εν λόγω τομείς εξαιρούνταν από τη ρύθμιση των Οδηγιών για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Κατόπιν έκδοσης της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, οι τηλεπικοινωνίες έπαυσαν να αποτελούν τομέα ρύθμισης, λόγω του ανταγωνιστικού χαρακτήρα της συγκεκριμένης αγοράς.

²Που θεσπίστηκαν με την Οδηγία 2004/17/ΕΚ

³ “Έκθεση αξιολόγησης: Επιπτώσεις και αποτελεσματικότητα της νομοθεσίας της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων”, Έγγραφο Εργασίας της Επιτροπής, 27 Ιουνίου 2011, βλ σχετικά αιτιολογική σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, βλ. σχετικά Jan M. Hebl, «European Public Procurement: Legislative History of the ‘Classic’ Directive 2004/18/EC», KluwerLawInternational, 2008.

κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών καθώς και των αρχών που απορρέουν από αυτές. Και τούτο, είτε λόγω του γεγονότος ότι οι εθνικές αρχές εξακολουθούν να είναι σε θέση να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των αναθετόντων φορέων που δραστηριοποιούνται στους συγκεκριμένους τομείς, μέσω της συμμετοχής στο κεφάλαιό τους και της εκπροσώπησής τους στα όργανα διοίκησης, διαχείρισης ή εποπτείας τους, είτε/και λόγω του κλειστού χαρακτήρα των αγορών στις οποίες δραστηριοποιούνται αυτοί οι φορείς, εξαιτίας της ύπαρξης ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων που τους έχουν χορηγηθεί σε εθνικό επίπεδο για τις εν λόγω δραστηριότητες. Λόγω δε της φύσης των τομέων που καλύπτει η Οδηγία, οι κανόνες αυτοί έθεσαν αφενός ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών συναλλαγών και αφετέρου αποσκοπούν στο να επιτρέψουν τη μέγιστη δυνατή ευελιξία κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στο πλαίσιο της Οδηγίας.

Κατά τη διαδικασία ενσωμάτωσης στην εθνική έννομη τάξη των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ, 2014/25/ΕΕ και 2014/23/ΕΕ, κατόπιν της ανοικτής διαβούλευσης που διενεργήθηκε με πρωτοβουλία της ΕΑΑΔΗΣΥ, για τις δυο πρώτες εκ των ως άνω Οδηγιών (2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ), επελέγη η υιοθέτηση ενός ενιαίου νομοθετήματος για τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ και ενός ξεχωριστού νομοθετήματος για την ενσωμάτωση της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ ως προς τις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών

Η διαδικασία ενσωμάτωσης ολοκληρώθηκε με την ψήφιση από τη Βουλή των Ελλήνων των νόμων 4412/2016 (Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ) και 4413/2016 (Οδηγία 2014/23/ΕΕ) τον Αύγουστο του 2016.

II. ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΒΙΒΛΙΟΥ II v. 4412/2016

1. Εισαγωγικώς επισημαίνεται ότι το Βιβλίο II του νόμου δεν αφορά στις μη οικονομικές Υπηρεσίες Γενικού Συμφέροντος (ΥΓΣ, άρθρο 222 παρ. 5). Δεδομένου ότι η έννοια της ΥΓΣ δεν προβλέπεται στον νόμο, σημειώνεται ότι αυτή αφορά σε υπηρεσίες τις οποίες οι εθνικές, περιφερειακές ή τοπικές δημόσιες αρχές των κρατών μελών χαρακτηρίζουν ως γενικού συμφέροντος και εξ αυτού του λόγου υπόκεινται στις ειδικές υποχρεώσεις δημόσιας υπηρεσίας (ΥΔΥ).⁴

Ο όρος ΥΓΣ αφορά τόσο στις οικονομικές, όσο και στις μη οικονομικές δραστηριότητες, οι οποίες, ως προελέχθη, δεν υπόκεινται στις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων της Ένωσης.

Ως προς τις υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος (ΥΓΟΣ), οι οποίες δεν καταλαμβάνονται από την εξαίρεση της παρ. 5 άρθρου 222 του νόμου, υπογραμμίζεται ότι η έννοια αυτή αναφέρεται στα άρθρα 14 και 106 παράγραφος 2 της ΣΛΕΕ, καθώς και στο προσαρτημένο στη ΣΛΕΕ πρωτόκολλο αριθ. 26, αλλά δεν ορίζεται ούτε στη ΣΛΕΕ ούτε στο παράγωγο δίκαιο της ΕΕ. Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, οι ΥΓΟΣ είναι οικονομικές δραστηριότητες που παράγουν αποτελέσματα προς το γενικό δημόσιο όφελος, οι οποίες δεν θα μπορούσαν να παρασχεθούν από την αγορά χωρίς την παρέμβαση

⁴Μια ΥΔΥ επιβάλλεται στον φορέα παροχής με ανάθεση και βάσει κριτηρίου γενικού συμφέροντος που διασφαλίζει ότι η υπηρεσία παρέχεται με όρους που της επιτρέπουν να εκπληρώσει την αποστολή της.

του κράτους (ή θα μπορούσαν να παρασχεθούν με διαφορετικούς όρους ποιότητας, ασφάλειας, ίσης μεταχείρισης ή καθολικής πρόσβασης). Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι οι ΥΓΟΣ είναι υπηρεσίες με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που τις διακρίνουν από άλλες δραστηριότητες της οικονομικής ζωής.⁵

2. Οι κανονισμοί ανάθεσης και εκτέλεσης, δυνάμει των οποίων διενεργούνταν και εκτελούνταν οι συμβάσεις πολλών αναθετόντων φορέων στην Ελλάδα, προ της ψήφισης του νόμου, καταργήθηκαν ρητώς με το άρθρο 377 του νόμου, με το οποίο, ομοίως, καταργήθηκαν και οι εξουσιοδοτικές διατάξεις για την έκδοση τέτοιων κανονισμών. Ο δικαιολογητικός λόγος της εν λόγω κατάργησης συνδέεται με τον «εθνικό στόχο» κατάργησης της πολυνομίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

Παρά την ως άνω κατάργηση, λόγω των προαναφερθέντων σχετικά με τη συμπληρωματική ή δια παραπομπής εφαρμογή διατάξεων του Βιβλίου Ι, στις οποίες περιλαμβάνεται και το σύνολο των διατάξεων του Μέρους Β Βιβλίου Ι (εκτέλεση των συμβάσεων), αλλά και της φύσης των αναθετόντων φορέων, οι περισσότεροι εκ των οποίων αποτελούν ανώνυμες εταιρίες, το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του νόμου (άρθρο 222), περιλαμβάνει, στις παραγράφους 6 και 7, δυνατότητα παρέκκλισης και παροχή εξαίρεσης, αντίστοιχα, από συγκεκριμένες, ρητώς αναφερόμενες, διατάξεις, οι οποίες αποτελούν εθνικές ρυθμίσεις και δεν ενσωματώνουν διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας.

Σε ό,τι αφορά στη δυνατότητα παρέκκλισης από τις εθνικές ρυθμίσεις του νόμου, η οποία προβλέπεται στην παρ. 6 του άρθρου 222, επισημαίνεται ότι αυτή καταλαμβάνει μόνο τις ειδικώς αναφερόμενες στην παράγραφο αυτή διατάξεις (ήτοι των άρθρων [279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333](#), καθώς και των [παρ. 4, 5 και 6 του άρθρου 1](#)) και παρέχεται, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος του αναθέτοντος φορέα, σε περίπτωση που ο τελευταίος διαπιστώνει αδυναμία εφαρμογής αυτών, λόγω της νομικής του φύσης ή/ και λόγω του αντικειμένου των συμβάσεων που αναθέτει. Για τη χορήγηση της παρέκκλισης από μία ή περισσότερες από τις περιλαμβανόμενες στην παρ. 6 του αρ. 222 του νόμου, διατάξεις απαιτείται η έκδοση Κοινής Απόφασης των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού (ήδη Ανάπτυξης και Επενδύσεων), Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων (ήδη Υποδομών και Μεταφορών) και του, κατά περίπτωση, εποπτεύοντος του αναθέτοντα φορέα- που αιτείται της παρέκκλισης- Υπουργού κατόπιν σύμφωνης γνώμης της Αρχής.

Σε ό,τι αφορά στην παράγραφο 7 του άρθρου 222 του νόμου, επισημαίνεται ότι προβλέπει οριζόντια εξαίρεση των εταιριών του Κεφαλαίου Β του ν. 3429/2005 (νόμος περί ΔΕΚΟ) από τις ρητά περιλαμβανόμενες στην εν λόγω παράγραφο διατάξεις του νόμου, ήτοι των [άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333](#), καθώς και των [παρ. 4, 5 και 6 του άρθρου 1](#). Στο κείμενο του νόμου δεν υφίστανται λοιπές προβλέψεις σχετικά με την εν λόγω ρύθμιση περί εξαίρεσης από τις ως άνω διατάξεις του νόμου. Επισημαίνεται ότι και στην περίπτωση αυτή οι ρυθμίσεις των αναθετόντων φορέων σχετικά με τις συμβάσεις που αναθέτουν ή/ και εκτελούν στο πλαίσιο του Βιβλίου ΙΙ ν.

⁵Υποθέσεις C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*, σκ. 27, C-242/95 *GT-Link A/S*, σκ. 53, C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, σκ. 45. Σχετικά με τις ΥΓΣ και τις ΥΓΟΣ ειδικότερα, βλ. αναλυτικό Οδηγό της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τις κρατικές ενισχύσεις, τις δημόσιες συμβάσεις και την εσωτερική αγορά στις υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, και ιδίως στις κοινωνικές υπηρεσίες κοινής ωφέλειας, SWD(2013)53 final/2, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_el.pdf

4412/2016, υποβάλλονται στην Αρχή προκειμένου να εκδοθεί σχετικώς σύμφωνη γνώμη, κατά τα οριζόμενα στον ν. 4013/2011.⁶

Σημειώνεται ότι η εκ του νόμου απευθείας εξαίρεση, χωρίς προηγούμενο αίτημα του φορέα ή την έκδοση ΚΥΑ, ερείδεται στο γεγονός ότι οι εν λόγω εταιρίες, εκ της υπαγωγής τους στο εν λόγω Κεφάλαιο, είτε ευρίσκονται σε καθεστώς αποκρατικοποίησης, είτε είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο Αξιών, είτε αποτελούν συνδεδεμένες με αυτές εταιρίες, συνεπώς η ανάγκη ευελιξίας παρίσταται εντονότερη σε σχέση με τις λοιπές εταιρίες – αναθέτοντες φορείς. Ο ως άνω δικαιολογητικός λόγος παροχής εξαίρεσης αποτυπώνεται ρητώς στο κείμενο της αιτιολογικής έκθεσης για το άρθρο 222 του νόμου, καθώς και στην αιτιολογική έκθεση για την τροποποίηση του ίδιου άρθρου, με την παράγραφο 29 του άρθρου 43 ν. 4605/2019, δια του οποίου παρέχεται πλέον εξαίρεση από την εφαρμογή των ως άνω διατάξεων σε όλες τις εταιρίες Κεφαλαίου Β του νόμου περί ΔΕΚΟ και όχι μόνο σε εκείνες που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, όπως προβλεπόταν μέχρι τη δημοσίευση του ν. 4605/2019

[Α] «Οριοθέτηση» σε συνάρτηση με το Βιβλίο Ι ν. 4412/2016 και τον ν. 4413/2016

1. Το άρθρο 1 του ν. 4412/2016

Οι ενωσιακοί κανόνες, ως αυτοί προβλέπονται από την Τομεακή Οδηγία, αφορούν σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης που υπερβαίνουν τα κατώτατα όρια εφαρμογής («κατώφλια»), όπως αυτά ορίζονται, στο άρθρο 5 αυτής (άρθρο 235 του νόμου), υπολογιζόμενα κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 6 της Οδηγίας (άρθρο 236 του νόμου).

Ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 1 του νόμου, δια των διατάξεων αυτού θεσπίζονται κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών (‘συμβάσεων’) που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ, ανεξαρτήτως της αξίας αυτών, εκτός εάν άλλως ορίζεται σε επιμέρους διατάξεις του. Συνεπώς, το πεδίο εφαρμογής του νόμου, καταλαμβάνει, ως προς την αξία των συμβάσεων, όχι μόνο τις υπερβαίνουσες τα κατώτατα όρια εφαρμογής της Τομεακής Οδηγίας συμβάσεις, αλλά, καταρχάς, το σύνολο των σχετικών διαδικασιών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται η πρώτη διαφοροποίηση της Τομεακής Οδηγίας, ως αποτυπώνεται στο άρθρο 235 του νόμου, καθώς, λόγω της αναγνώρισης της ανάγκης ευελιξίας των φορέων που ασκούν δραστηριότητες που εντάσσονται στην Οδηγία, τα «κατώφλια» εφαρμογής της είναι κατά

⁶ Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 4 ν. 4643/2019 (Α’ 193/2019), «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 της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την ένομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου [...]». Η εν λόγω πρόβλεψη τυγχάνει αναλογικής εφαρμογής, σύμφωνα με το άρθρο 10 του ίδιου ως άνω νόμου και στις θυγατρικές της ΔΕΗ Α.Ε., ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. και ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε.. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση που συνοδεύει το κείμενο του άρθρου 9 ν. 4643/2019, η ως άνω παρέκκλιση αφορά και στον ν. 4013/2011.

πολύ υψηλότερα σε σχέση με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ ('κλασική Οδηγία') και συνακόλουθα με το Βιβλίο Ι του νόμου.⁷

Ειδικότερες διατάξεις, οι οποίες εφαρμόζονται μόνο σε συμβάσεις κάτω των ορίων περιλαμβάνονται στα άρθρα 326 έως 333, ως ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 1 παρ. 3 του νόμου. Υπενθυμίζεται ότι έχει σχετικώς εκδοθεί από την ΕΑΑΔΗΣΥ η Κατευθυντήρια Οδηγία 19/2017 (2^η Έκδοση- Αναθεωρημένη ΑΔΑ: ΩΩΥΓΟΞΤΒ-Θ73) σχετικά με τις ως άνω συμβάσεις, η οποία περιλαμβάνει και τους λεπτομερείς εφαρμοστέους κανόνες των διαδικασιών σύναψης σύμβασης κάτω των ορίων του Βιβλίου ΙΙ. Στο πλαίσιο των διαδικασιών, των οποίων η αξία υπολείπεται των κατωτάτων ορίων των Οδηγιών (κλασικής ή Τομεακής) υπενθυμίζεται ομοίως η σχετική Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής και η συναφής νομολογία του Δικαστηρίου.⁸

Το Βιβλίο ΙΙ του νόμου αποτελεί αυτοτελές Βιβλίο που περιλαμβάνει το σύνολο των ρυθμίσεων σχετικά με τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών των πρώην εξαιρουμένων τομέων, κατά προσαρμογή της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας καθώς και εθνικές ρυθμίσεις που περιλαμβάνουν εφαρμοστικούς ή λεπτομερειακούς ρυθμιστικούς κανόνες.

Σε επιμέρους άρθρα του Βιβλίου ΙΙ, γίνεται παραπομπή σε διατάξεις του Βιβλίου Ι, περί ανάθεσης συμβάσεων, όταν οι τελευταίες τυγχάνουν εφαρμογής πλέον των διατάξεων του Βιβλίου ΙΙ.

Σε ό,τι αφορά στην εκτέλεση των συμβάσεων, πλέον των διατάξεων που ενσωματώνουν διατάξεις της Οδηγίας και περιλαμβάνονται στα άρθρα 335 έως 338 του νόμου, σύμφωνα με το άρθρο 334 αυτού, προβλέπεται ότι κατά την εκτέλεση συμβάσεων που υπάγονται στο Βιβλίο ΙΙ εφαρμόζονται, πέραν των διατάξεων του εν λόγω Βιβλίου,⁹ συμπληρωματικά οι διατάξεις του Κεφαλαίου ΙΙ του Μέρους Β' του Βιβλίου Ι (άρθρα 134 έως 221) του νόμου, οι οποίες αφορούν στις επιμέρους εθνικές διατάξεις περί εκτέλεσης, οι όροι της σύμβασης και συμπληρωματικά ο Αστικός Κώδικας. Οι παράγραφοι 4 έως 6 του άρθρου 1 του νόμου περιλαμβάνουν ρητή αναφορά των άρθρων του Μέρους Β' του Βιβλίου Ι που εφαρμόζονται συμπληρωματικά προς τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ κατά την εκτέλεση των σχετικών συμβάσεων, ανά είδος σύμβασης (συμβάσεις έργων, εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, προμηθειών και γενικών υπηρεσιών).

Ως εκ τούτου, στις περιπτώσεις που διατάξεις του Βιβλίου Ι τυγχάνουν εφαρμογής και για τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ, τούτο πραγματοποιείται είτε με ρητή αναφορά των εν λόγω διατάξεων στο κείμενο του νόμου, ως εφαρμοζόμενων συμπληρωματικώς προς τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ είτε με άμεση παραπομπή σε συγκεκριμένη διάταξη του Βιβλίου Ι.

⁷ Ως προς τα κατώτατα όρια της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, τα οποία ισχύουν για τη διετία 2020-2021, πρβλ. τον Κανονισμό (ΕΕ) 2019/1828 της Επιτροπής της 30ης Οκτωβρίου 2019 (Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ L279/25 της 31.10.2019) και το με αρ. πρωτ. 6554/12-12-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: ΨΠΣΟΞΤΒ-ΞΘΕ)

⁸ Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις «δημόσιες συμβάσεις» (2006/C 179/02), C-324/98 – Telaustria, περί της εφαρμογής των γενικών αρχών της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης (άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ) και μη διάκρισης λόγω ιθαγένειας (άρθρο 56 ΣΛΕΕ) στις συμβάσεις κάτω των ορίων.

⁹ Με την επιφύλαξη των παρ. 6 και 7 του άρθρου 222 του νόμου.

2. Το άρθρο 7 του Βιβλίου Ι ν. 4412/2016

Το άρθρο 7 του νόμου ορίζει τις περιπτώσεις δυο «κατηγοριών» δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες **δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι:**

(i) δημόσιες συμβάσεις και διαγωνισμοί μελετών οι οποίοι, **στο πλαίσιο του Βιβλίου ΙΙ**, ανατίθενται ή διοργανώνονται από αναθέτουσες αρχές που ασκούν μία ή περισσότερες από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 **και** ανατίθενται για την άσκηση αυτών.

και (ii) δημόσιες συμβάσεις **που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ** δυνάμει των άρθρων **237, 242 και 251**, **ή** ανατίθενται από αναθέτουσα αρχή που παρέχει **ταχυδρομικές υπηρεσίες** (κατ' άρθρο 233 παρ. 2 περ. β' του νόμου), ως προς συγκεκριμένες, **ειδικώς οριζόμενες** δραστηριότητες (υποπεριπτώσεις α έως δ της περίπτωσης (ii) του άρθρου 7).

Ως προς τις ανωτέρω εξαιρέσεις εφαρμογής του Βιβλίου Ι επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Περίπτωση (i): Σκοπός της ως άνω ρητής εξαίρεσης από το πεδίο του Βιβλίου Ι και αντίστοιχα της κλασικής Οδηγίας, είναι να ρυθμίζονται οι συμβάσεις που αποσκοπούν στην άσκηση των δραστηριοτήτων του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ, από τις διατάξεις του, ακόμη και όταν ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές. Κατά τον τρόπο αυτό, όταν μια αναθέτουσα αρχή ασκεί τόσο δραστηριότητες του Βιβλίου Ι, όσο και δραστηριότητες του Βιβλίου ΙΙ, θα υπόκειται καταρχάς στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ κατά την ανάθεση συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του, ενώ στο Βιβλίο Ι, για τις υπόλοιπες συμβάσεις.¹⁰

Περαιτέρω, εκ της ανωτέρω ρύθμισης προκύπτει ότι, σε περίπτωση που αναθέτων φορέας προτίθεται να αναθέσει σύμβαση η οποία δεν αποσκοπεί στην άσκηση δραστηριότητας, εκ των αναφερομένων στα άρθρα 228 – 234, θα εφαρμόζονται (καταρχάς) οι διατάξεις του Βιβλίου Ι, **εφόσον** ο ως άνω φορέας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του εν λόγω Βιβλίου, ήτοι **υπάγεται στην έννοια της αναθέτουσας αρχής.**¹¹

Περίπτωση (ii): Σκοπός των προβλεπομένων στην περίπτωση (ii) του άρθρου 7 είναι η διασφάλιση ότι συγκεκριμένες συμβάσεις, οι οποίες εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ, δεν θα υπαχθούν ούτε στο Βιβλίο Ι όταν συνάπτονται από μία αναθέτουσα αρχή, καθώς έχουν κριθεί από τον νομοθέτη ως μη κατάλληλες για ρύθμιση.¹² Ειδικότερα:

(α) Κατά πρώτον, προβλέπεται ότι συμβάσεις που ανατίθενται από αναθέτουσες αρχές, οι οποίες **εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ δυνάμει των άρθρων 237, 242 και 251, δεν**

¹⁰S. Arrowsmith, Vol. I, "The Law of Public and Utilities Procurement", Sweet&Maxwell 2014, σελ. 478, και C-393/06 (Aigner), σκ. 58, βλ. Σχετικώς και κατωτέρω σχετικά με τα άρθρα 225 και 226 του νόμου.

¹¹Βλ. Ράικος, Βλάχου, Σαββίδη, «Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016- Ερμηνεία κατ' άρθρο» Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα 2018, 88. Πρβλ. επίσης C-393/06 (Ing. Aigner) σκ. 32, C-462/03 (Strabag AG) και C-463/03 (Kostmann GmbH) (συνεκδικ.), σκ. 37 επ., ΕΑΣΤΕ 701/2009, 506/2008, 435/2007. Πρβλ. Σχετικά Arrowsmith, Vol II, "The Law of Public and Utilities Procurement", Sweet & Maxwell 2018, σελ. 281.

¹²Ράικος, Βλάχου, Σαββίδη, ο.π., 88.

εμπίπτουν ούτε στο Βιβλίο Ι του νόμου. Πρόκειται για συμβάσεις τις οποίες ο ενωσιακός νομοθέτης έχει κρίνει, δυνάμει των άρθρων 237, 242 και 251, ως μη χρήζουσες ρύθμισης. Οι ανωτέρω περιπτώσεις αφορούν συμβάσεις οι οποίες:

- i. ανατίθενται με σκοπό τη μεταπώληση ή τη μίσθωση σε τρίτους (άρθρο 237), εξαίρεση που ισχύει για όλους τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του νόμου,
 - ii. συνάπτονται από αναθέτοντες φορείς που ασκούν δραστηριότητα που σχετίζεται με το πόσιμο ύδωρ (άρθρο 230 παρ. 1) και προορίζονται για την αγορά ύδατος ή αναθέτοντες φορείς που «δραστηριοποιούνται οι ίδιοι» στον τομέα της ενέργειας (άρθρα 228 παρ. 1, 229 παρ. 1 και 234) και αφορούν στην τροφοδότηση με ενέργεια ή με καύσιμα που προορίζονται για την παραγωγή ενέργειας. Η προκειμένη εξαίρεση (άρθρο 242), αφορά μόνον εκείνους τους αναθέτοντες φορείς που ασκούν τις ανωτέρω δραστηριότητες,
- ή
- iii. προορίζονται να επιτρέψουν την άσκηση δραστηριότητας άμεσα εκτεθειμένης στον ανταγωνισμό, **υπό τον όρο** της συνδρομής, για τις οικείες αγορές, των προϋποθέσεων του άρθρου 251 (και τήρησης της διαδικασίας του άρθρου 252 του νόμου).

Όπως αναλυτικά εκτίθεται στην Τεχνική Οδηγία 3/2018 της Αρχής, ως προς την εφαρμογή των άρθρων 251 και 252 του νόμου,¹³ οι συμβάσεις που προορίζονται να καταστήσουν δυνατή την άσκηση της συγκεκριμένης δραστηριότητας, παύουν να υπόκεινται στο Βιβλίο ΙΙ, **εφόσον** εκδώσει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή σχετική εκτελεστική πράξη (απόφαση) ή εάν παρέλθει η εν λόγω προθεσμία χωρίς να εκδοθεί η εκτελεστική πράξη.

Χρήζει προσοχής το γεγονός ότι οι ως άνω εξαιρέσεις αφορούν στην ανάθεση συμβάσεων του ρυθμιστικού πεδίου του Βιβλίου ΙΙ, από αναθέτουσες αρχές που εμπίπτουν στην έννοια του αναθέτοντος φορέα. Στον αντίποδα, αναθέτουσες αρχές που δεν ασκούν δραστηριότητα του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ, οφείλουν να εφαρμόζουν το Βιβλίο Ι, κατά την ανάθεση αυτών των συμβάσεων.

(β) Σκοπός της προβλεπόμενης εξαίρεσης από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι του νόμου, στη δεύτερη κατηγορία συμβάσεων της περίπτωσης (ii) του άρθρου 7, είναι αποσαφηνισθεί ότι συμβάσεις που ανατίθενται για τις ακόλουθες δραστηριότητες:

- i. υπηρεσίες προστιθέμενης αξίας που συνδέονται και παρέχονται εξ ολοκλήρου με ηλεκτρονικά μέσα (συμπεριλαμβανομένης της ασφαλούς διαβίβασης κωδικοποιημένων εγγράφων με ηλεκτρονικά μέσα, των υπηρεσιών διαχείρισης διευθύνσεων και διαβίβασης συστημένου ηλεκτρονικού ταχυδρομείου),

¹³ ΑΔΑ:ΩΑ2ΥΟΞΤΒ-Κ7Ψ.

- ii. χρηματοπιστωτικές υπηρεσίες, οι οποίες εμπίπτουν στην ονοματολογία CPV με αριθμούς αναφοράς από 66100000-1 έως 66720000-3 και στο άρθρο 240, περίπτωση δ', συμπεριλαμβανομένων ιδίως των ταχυδρομικών ενταλμάτων πληρωμής και των ταχυδρομικών μεταφορών πιστώσεων,
- iii. υπηρεσίες φιλοτελισμού ή
- iv. υπηρεσίες εφοδιαστικής διαχείρισης (υπηρεσίες που συνδυάζουν τη φυσική παράδοση και/ή την εναποθήκευση με άλλα μη ταχυδρομικά καθήκοντα),

οι οποίες εξαιρούνται πλέον από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II, δυνάμει της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 233 του νόμου, **εξαιρούνται και** από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I, **όταν ανατίθενται από αναθέτουσες αρχές, οι οποίες παρέχουν ταχυδρομικές υπηρεσίες**. Στο πλαίσιο της ανωτέρω προβλεπομένης εξαίρεσης επισημαίνεται ότι το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου II ως προς τις ταχυδρομικές υπηρεσίες διαφοροποιήθηκε, σε σχέση με το προιχούσαν καθεστώς,¹⁴ υπό την έννοια ότι το άρθρο 233 (παρ. 2 περ. γ) καταλαμβάνει πλέον μόνον δυο από τις έξι κατηγορίες «άλλων υπηρεσιών πλην των ταχυδρομικών» που ενέπιπταν σε αυτό.

Ειδικότερα, υπό το καθεστώς της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου II του νόμου, **περιλαμβάνονται πλέον** στις «άλλες υπηρεσίες πλην των ταχυδρομικών» :

- i. υπηρεσίες διαχείρισης της αλληλογραφίας (τόσο προγενέστερης όσο και μεταγενέστερης της αποστολής, συμπεριλαμβανομένων των υπηρεσιών mailroom management services) και
- ii. υπηρεσίες συνδεόμενες με ταχυδρομικά αντικείμενα που δεν περιλαμβάνονται στο στοιχείο α', όπως το ταχυδρομείο χωρίς συγκεκριμένο παραλήπτη.

Οι συμβάσεις για αυτές τις δύο κατηγορίες εξακολουθούν να εμπίπτουν στο Βιβλίο II, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 233 (παρ. 2 περ. γ) και την ανωτέρω περίπτωση (i) άρθρου 7. Οι λοιπές συμβάσεις «άλλων υπηρεσιών πλην των ταχυδρομικών», οι οποίες εκφεύγουν πλέον του ρυθμιστικού πεδίου του άρθρου 233 του νόμου, δεν υπάγονται ούτε στο πεδίο του Βιβλίου II, ούτε του Βιβλίου I, δυνάμει της προαναφερθείσας εξαίρεσης της δεύτερης κατηγορίας συμβάσεων της περίπτωσης (ii) του άρθρου 7.

3. Αναθέτοντες φορείς και δραστηριότητες ν. 4413/2016 περί ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης

Η Οδηγία 2014/23/ΕΕ σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, όπως ενσωματώθηκε με τον ν. 4413/2016, αφορά τόσο σε αναθέτουσες αρχές, όσο και σε αναθέτοντες φορείς οι οποίοι ασκούν μια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα II της Οδηγίας και του ν. 4413/2016.¹⁵

¹⁴Οδηγία 2004/17/ΕΚ και πδ 59/2007.

¹⁵Άρθρα 1, 6 και 7 Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, αντίστοιχα άρθρα 1, 3 και 4 ν. 4413/2016.

Η έννοια του αναθέτοντος φορέα κατά τον νόμο περί παραχωρήσεων είναι αυτή που προβλέπεται και στο Βιβλίο ΙΙ του ν. 4412/2016, πλην όμως το Παράρτημα ΙΙ ανωτέρω δεν περιλαμβάνει το σύνολο των δραστηριοτήτων των άρθρων 228-234 του Βιβλίου. Ειδικότερα, στο εν λόγω Παράρτημα ΙΙ του ν. 4413/2016 δεν περιλαμβάνεται¹⁶ η δραστηριότητα «Υδωρ» του άρθρου 230 ν. 4412/2016, η οποία εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής του, δυνάμει του άρθρου 11 ν. 4413/2016. Επισημαίνεται ότι, κατά την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης που άπτονται της ως άνω εξαίρεσης, οι αναθέτοντες φορείς δεν δεσμεύονται από την ενωσιακή νομοθεσία περί παραχωρήσεων, υποχρεούνται όμως στην τήρηση των υποχρεώσεων που πηγάζουν από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ).

Κατά συνέπεια, αναθέτοντες φορείς, κατά τον νόμο περί παραχωρήσεων, είναι εκείνοι που εμπίπτουν στην έννοια που αποδίδεται σε αυτούς κατά το άρθρο 4 του ν. 4413/2016, οι οποίοι ασκούν δραστηριότητα εκ των προβλεπόμενων στο Παράρτημα ΙΙ του ίδιου νόμου και αναθέτουν συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών, οι οποίες προορίζονται για την άσκηση των εν λόγω δραστηριοτήτων.

Με την επιφύλαξη ενιαίων συμβάσεων οι οποίες υπάγονται σε περισσότερα του ενός (νομικά) καθεστώτα, εν προκειμένω στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου και του ν. 4413/2016,¹⁷ όταν αναθέτοντες φορείς αναθέτουν συμβάσεις παραχώρησης, για την άσκηση μίας εκ των δραστηριοτήτων που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ της Οδηγίας περί παραχωρήσεων, εφαρμοστέα είναι η Οδηγία 2014/23/ΕΕ και συνακόλουθα ο ν. 4413/2016.

Χρήζει επισήμανσης το γεγονός ότι, σύμφωνα με το άρθρο 16 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, (άρθρο 15 ν. 4413/2016), εξαιρούνται από την εφαρμογή της Οδηγίας αυτής οι συμβάσεις παραχώρησης που ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς, εφόσον κρίνεται ότι η δραστηριότητα που αφορούν οι παραχωρήσεις αυτές είναι απευθείας εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις και τη διαδικασία που προβλέπεται στα άρθρα 251 και 252 του νόμου. Κατά συνέπεια, σε περίπτωση έκδοσης εκτελεστικής πράξης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, κατ' εφαρμογή των άρθρων 251 και 252,¹⁸ με την οποία χορηγείται εξαίρεση στο πλαίσιο του Βιβλίου ΙΙ, θα συνεπάγεται και εξαίρεση των συμβάσεων παραχώρησης που προορίζονται να καταστήσουν δυνατή την άσκηση των δραστηριοτήτων αυτών, από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων και του ν. 4413/2016.

¹⁶ Δεν περιλαμβάνονται επίσης οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών κατά την έννοια του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1370/2007 (ΕΕL 315), οι οποίες αναφέρονται στο άρθρο 10 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ και του άρθρου 9 παρ. 3 ν. 4413/2016. Σύμφωνα με το άρθρο 231 παρ. 2 του νόμου, οι συμβάσεις υπηρεσιών για την παροχή δημόσιων επιβατικών μεταφορικών υπηρεσιών με σιδηρόδρομο ή μετρό, διέπεται από τις διατάξεις του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007.

¹⁷ Βλ. κατωτέρω σχετικά με τα άρθρα 225 και 226 του νόμου.

¹⁸ Βλ. σχετικά Τεχνική Οδηγία 3/2018 της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: ΩΑ2ΥΟΞΤΒ-Κ7Ψ)

[B] Αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής (δραστηριότητες και συμβάσεις που υπάγονται στο Βιβλίο II)

1. Γενικός Προσδιορισμός

Το ρυθμιστικό πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου II του νόμου αφορά στις συγκεκριμένες και μόνο δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 8 – 14 της Τομεακής Οδηγίας, ως έχουν ενσωματωθεί στα άρθρα 228 – 234 του νόμου, επί των οποίων και εφαρμόζεται.

Προσοχή πρέπει να δίδεται στο γεγονός ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης (Δικαστήριο), το πεδίο εφαρμογής της Τομεακής Οδηγίας πρέπει να ερμηνεύεται στενά.¹⁹ Όπως έκρινε σχετικά το Δικαστήριο, σε αντίθεση με την κλασική Οδηγία, δεν επιτρέπεται η επέκταση των προβλεπόμενων στην Τομεακή Οδηγία ρυθμίσεων, σε άλλες δραστηριότητες, πέραν του πεδίου εφαρμογής της, καθώς αποτελεί ένα «ειδικό καθεστώς το οποίο αποτελεί εξαίρεση των γενικών κανόνων του δημοσίου τομέα».²⁰

Στο πλαίσιο της ως άνω κρίσης του Δικαστηρίου διευκρινίζονται τα ακόλουθα:

Το Δικαστήριο έχει αποσαφηνίσει, ως προς την εφαρμογή της κλασικής Οδηγίας, ότι όταν μια από τις δραστηριότητες ενός οργανισμού δημοσίου δικαίου²¹ εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, όλες οι λοιπές δραστηριότητές του εμπίπτουν στο πεδίο των Οδηγιών και δη ανεξαρτήτως του εάν έχουν ή όχι εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα.²² Η κρίση αυτή, γνωστή και ως θεωρία της μεταδοτικότητας,²³ συνεπάγεται στην πράξη ότι οι συμβάσεις που συνάπτει ένας τέτοιος οργανισμός στο πλαίσιο της κλασικής Οδηγίας (και του Βιβλίου I του νόμου) θα εμπίπτουν, στο σύνολό τους, στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Στην απόφαση Aigner, το Δικαστήριο αποσαφηνίσε το ότι η θεωρία της μεταδοτικότητας δεν εφαρμόζεται στην Τομεακή Οδηγία.²⁴

Υπό το πρίσμα αυτό υπογραμμίζεται ότι **η εφαρμογή της Τομεακής Οδηγίας εξαρτάται, καταρχάς, από το κατά πόσον μια οντότητα εμπίπτει στην έννοια του αναθέτοντος φορέα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 της Οδηγίας και 224 του νόμου.** Η υπαγωγή στην έννοια αυτή είναι κρίσιμη στην περίπτωση των δημοσίων επιχειρήσεων και ιδίως στην περίπτωση των οντοτήτων που ασκούν

¹⁹C-393/06 (Aigner), σκ. 27.

²⁰C-393/06 (Aigner), σκ. 29 και 33.

²¹Κατά την έννοια που αποδίδεται στον οργανισμό δημοσίου δικαίου στο άρθρο 1 παρ. 1 περ. (4) ν. 4412/2016. Βλ. επίσης κατωτέρω Ενότητα [Γ] και Τεχνική Οδηγία 4/2019 «Υπαγωγή στον Οργανισμό Δημοσίου Δικαίου» (6ΕΖ70ΞΤΒ-ΔΛΠ).

²²Βλ. ενδεικτικά C-567/15 («LitSpecMet» UAB), σκ. 23.

²³C-44/96 (Mannessmann) σκ. 25-26.

²⁴Βλ. συναφώς Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Bobek επί της υπόθεσης C-521/18, παρ. 80-81 : «[...] το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24 ορίζεται πρωτίστως *ratione personae*. Η οδηγία αυτή έχει εφαρμογή εν γένει επί αναθετουσών αρχών, και συγκεκριμένα επί του κράτους, των περιφερειακών ή τοπικών αρχών και των οργανισμών δημοσίου δικαίου (32), λόγω της καθεαυτού ιδιότητάς τους και του είδους της νομικής τους προσωπικότητας [...]

Σε αντιδιαστολή, το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25 ορίζεται πρωτίστως *ratione materiae*, βάσει της φύσης των ασκούμενων δραστηριοτήτων.»

μια από τις δραστηριότητες των άρθρων 228- 234 βάσει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων, όπως κατωτέρω αναφέρεται διεξοδικότερα. Περαιτέρω, η εφαρμογή της Τομεακής Οδηγίας εξαρτάται **και από τη δραστηριότητα που ασκεί** μια οντότητα που υπάγεται στην έννοια του αναθέτοντος φορέα, με την έννοια ότι θα πρέπει να ασκεί μία ή περισσότερες από τις δραστηριότητες των άρθρων 228-234 του νόμου, όπως αυτές παρατίθενται αμέσως κατωτέρω. Τέλος, **ουσιώδης είναι η σχέση μεταξύ της δραστηριότητας αυτής και της συμβάσεως που σχεδιάζει ο εν λόγω φορέας,**²⁵ ήτοι κατά πόσο η συγκεκριμένη σύμβαση εξυπηρετεί τη δραστηριότητα που αυτός ασκεί.

Επισημαίνεται ότι η παρούσα Ενότητα δεν περιλαμβάνει το ρητώς αποτυπωθέν στο κείμενο του νόμου πεδίο των επιμέρους δραστηριοτήτων των άρθρων 228-234. Επιχειρεί να αποσαφηνίσει ορισμένα στοιχεία που άπτονται αυτών, ως αυτά έχουν ερμηνευθεί από τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων καθώς και του Δικαστηρίου, όπου κρίνεται απαραίτητο.

2. Οι δραστηριότητες των άρθρων 228-234, υπό το πρίσμα των οριζόμενων στα άρθρα 222 και 238 του νόμου

Εισαγωγικώς επισημαίνεται ότι οι δραστηριότητες που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου II αφορούν κατ' ουσίαν τους τομείς εκείνους στους οποίους η Ένωση θεωρεί ότι δεν υφίσταται ανταγωνιστική αγορά στο σύνολο των Κρατών Μελών και ως εκ τούτου χρήζουν ρύθμισης, ήτοι στον τομέα του νερού, της ενέργειας (ηλεκτρισμός, φυσικό αέριο, θερμότητα, εξόρυξη πετρελαίου και φυσικού αερίου και αναζήτηση ή εξόρυξη άνθρακα και άλλων στερεών καυσίμων), των μεταφορών (των λιμένων και αερολιμένων συμπεριλαμβανομένων) και των ταχυδρομικών υπηρεσιών.

Δεδομένου του εύρους των δραστηριοτήτων που εμπίπτουν στο πεδίο της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου II του νόμου καθώς και του διάφορου ρυθμιστικού πεδίου εκάστης αυτών, υπογραμμίζεται ότι, κατά παγία νομολογία του Δικαστηρίου, η σημασία και το περιεχόμενο των όρων, ως προς τους οποίους το δίκαιο της Ένωσης δεν παρέχει κανέναν ορισμό, πρέπει να καθορίζονται σύμφωνα με το σύνηθες νόημά τους στην καθομιλουμένη, λαμβανομένου ταυτοχρόνως υπόψη του πλαισίου εντός του οποίου αυτοί χρησιμοποιούνται και των σκοπών που επιδιώκει η ρύθμιση στην οποία εντάσσονται.²⁶ Περαιτέρω, σύμφωνα με το Δικαστήριο, από την επιταγή της ομοιόμορφης εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης προκύπτει ότι, καθόσον διάταξη του δικαίου αυτού δεν παραπέμπει στο δίκαιο των κρατών μελών προκειμένου να προσδιορισθεί συγκεκριμένη έννοια, η έννοια αυτή πρέπει κατά κανόνα να ερμηνεύεται αυτοτελώς και ομοιόμορφα σε ολόκληρη την Ένωση, λαμβάνεται δε προς τον σκοπό αυτό το γράμμα της οικείας διατάξεως, καθώς και το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται η διάταξη αυτή και ο σκοπός που επιδιώκεται με την οικεία ρύθμιση.²⁷

²⁵C-462/03 (StrabagAG) και C-463/03 (Kostmann GmbH) (συνεκδικασθ.), σκ. 37-39.

²⁶ Βλ. ενδεικτικά C-163/16 σκ. 20, C-388/17 σκ. 48.

²⁷ βλ. μεταξύ άλλων, C-279/12 (Fish Legal και Shirley), σκ. 42, C-15/16 (Baumeister), σκ. 24.

2.1. Τα άρθρα 222 και 238 : συμβάσεις που αποσκοπούν στην άσκηση δραστηριότητας του ρυθμιστικού πεδίου της Οδηγίας

Η Οδηγία και συνακόλουθα το Βιβλίο II του νόμου εφαρμόζονται αποκλειστικά και μόνο στις συμβάσεις και τους διαγωνισμούς μελετών που ανατίθενται προς τον σκοπό άσκησης μίας ή περισσοτέρων εκ των δραστηριοτήτων που προβλέπονται στα άρθρα 228 έως 234 του νόμου, από αναθέτοντες φορείς που ασκούν²⁸ μια εκ των δραστηριοτήτων των εν λόγω άρθρων καθώς και στις συμβάσεις οι οποίες, **έστω και αν είναι διαφορετικής φύσεως και θα μπορούσαν για το λόγο αυτό να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της κλασικής Οδηγίας (Βιβλίο I), εξυπηρετούν την άσκηση των πιο πάνω δραστηριοτήτων.**²⁹

Η ως άνω θέση αποτυπώνεται ρητώς στο άρθρο 222 παρ. 2 του νόμου, σύμφωνα με την οποία το Βιβλίο II αφορά σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης, για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, **εφόσον** τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες **προορίζονται** για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. Η επισήμανση αυτή είναι θεμελιώδους σημασίας για την υπαγωγή των συμβάσεων στο ρυθμιστικό πεδίο της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου II του νόμου, καθώς, στο μέτρο που μια σύμβαση συνδέεται με δραστηριότητα που ασκεί αναθέτων φορέας στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας, **η σύμβαση αυτή πρέπει να υπόκειται στις προβλεπόμενες από την εν λόγω Οδηγία διαδικασίες.**³⁰

Στον αντίποδα, ήτοι εάν μια σύμβαση ανατίθεται με **σκοπούς άλλους** από την άσκηση μιας από τις οριζόμενες στα άρθρα 228 - 234 δραστηριοτήτων, **δε θα εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II, κατά ρητή πρόβλεψη του άρθρου 238 του νόμου.**

Συνεπώς, **ο σκοπός για τον οποίο προορίζεται η σύμβαση αποτελεί καθοριστικό στοιχείο υπαγωγής μίας σύμβασης στις διατάξεις του Βιβλίου II, υπό τον όρο άσκησης δραστηριότητας των άρθρων 228 – 234 από αναθέτοντα φορέα**, κατά την έννοια του άρθρου 224. Η ως άνω επισήμανση συνεπάγεται ότι η κρίση περί του κατά πόσον μια σύμβαση που προτίθεται να συνάψει αναθέτων φορέας προορίζεται για ή εξυπηρετεί μια άσκηση δραστηριότητας που εμπίπτει στην Τομεακή Οδηγία, πραγματοποιείται **κατά περίπτωση**, λαμβανομένου υπ' όψιν του ότι το **ειδικότερο πεδίο εκάστης δραστηριότητας προσδιορίζεται από το κείμενο της Τομεακής Οδηγίας, το οποίο καθορίζει αντίστοιχα και τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό της πεδίο.** Ως εκ τούτου, δεν είναι δυνατή μία γενική και οριζόντια «κατηγοριοποίηση» συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου II, για το σύνολο των αναθετόντων φορέων, καθώς κάθε σύμβαση αφορά σε διαφορετικό, ειδικό, πεδίο ανάλογα με την εκάστοτε δραστηριότητα.

Υπογραμμίζεται ότι η Οδηγία και ο νόμος, κάνουν λόγο για συμβάσεις που «αποσκοπούν στην», «προορίζονται για» ή «συνδέονται με» άσκηση δραστηριότητας **και όχι σε συμβάσεις που έχουν ως**

²⁸ Βλ. ενδεικτικά C-292/2015, σκ. 21.

²⁹ C-462/03, C-463/03 (συνεκδ.) ιδίως σκέψεις 37 και 42, C-393/06 ιδίως σκέψεις 57 και 58, ΣτΕ ΕΑ 197, 157, 9/2015, 415/2014, 456/2013.

³⁰ C-152/2017 σκ. 26 και C-393/06 (Aigner), σκ. 56 έως 59.

αντικείμενο δραστηριότητα. Η έννοια που αποδίδεται στην ως άνω διατύπωση είναι **εν δυνάμει** ευρεία και περιλαμβάνει συμβάσεις οι οποίες συμβάλλουν, επί της ουσίας, στην άσκηση της δραστηριότητας αναθέτοντος φορέα και εξυπηρετούν την εκτέλεσή της, ελεγχόμενες υπό το πρίσμα του ρυθμιστικού πεδίου της εκάστοτε δραστηριότητας.

Σύμφωνα με σχετικό έγγραφο³¹ της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, διέπονται κατά τον τρόπο αυτό από την Τομεακή Οδηγία και συνακόλουθα το Βιβλίο ΙΙ του νόμου, ενδεικτικά:³²

- i. οι συμβάσεις συντήρησης των υποδομών ή κατασκευής ενός σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας οι οποίες θα συνάπτονται από τον προμηθευτή ενέργειας.
- ii. οι αγορές αυτοκινήτων που προορίζονται για το προσωπικό που πραγματοποιεί τη συντήρηση του δικτύου υδροδότησης.
- iii. η αγορά λεωφορείων ή υπολογιστών που προορίζονται για τα γραφεία του φορέα διαχείρισης μιας υπηρεσίας μεταφοράς.
- iv. η αγορά ηλεκτρικής ενέργειας από μια εταιρεία σιδηροδρομικών μεταφορών.

Θα πρέπει να επισημανθεί στο σημείο αυτό η πρόσφατη κρίση του Δικαστηρίου σχετικά με την έννοια που αποδίδεται στην «εξυπηρέτηση» της άσκησης δραστηριότητας στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας, υπό το πρίσμα του άρθρου 19 αυτής και 238 του νόμου, σύμφωνα με την οποία, για να είναι δυνατός μια σύμβαση να εξυπηρετεί την άσκηση δραστηριότητας, ο σύνδεσμος μεταξύ της επίμαχης σύμβασης και αυτής της δραστηριότητας δεν μπορεί να είναι οποιασδήποτε φύσεως, ειδώλως θίγεται η έννοια του άρθρου 19, παρ. 1 της Οδηγίας (άρθρο 238 του νόμου).

Σύμφωνα με το Δικαστήριο, προκειμένου να μπορεί να διαπιστωθεί ότι μεταξύ σύμβασης και ασκούμενης δραστηριότητας υφίσταται σύνδεσμος, δεν αρκεί το αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης να συμβάλει θετικά στις δραστηριότητες του αναθέτοντος φορέα και να αυξάνει την οικονομική απόδοση των δραστηριοτήτων αυτών. **Στην έννοια της εξυπηρέτησης δραστηριότητας εμπίπτει το σύνολο των συμβάσεων που εξυπηρετούν πραγματικά την άσκηση της δραστηριότητας, καθιστώντας δυνατή την προσέκρουσα εκτέλεσή της, λαμβανομένων υπόψη των συνήθων συνθηκών ασκήσεως της δραστηριότητας αυτής, κατ' αποκλεισμό των δραστηριοτήτων εκείνων που ασκούνται για σκοπούς άλλους από την υλοποίηση της οικείας τομεακής δραστηριότητας.** Το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι το ίδιο ισχύει για τις δραστηριότητες εκείνες οι οποίες έχουν συμπληρωματικό και οριζόντιο χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, θα μπορούσαν, υπό άλλες περιστάσεις,

³¹Βλ. σχετικό έγγραφο Ευρωπαϊκής Επιτροπής με θέμα «Μεταρρύθμιση των Δημοσίων Συμβάσεων Δελτίο υπ' αριθμ. 11 : οι νέοι κανόνες για τους «Ειδικούς Τομείς», <https://ec.europa.eu/attachments/translations/renditions/native>. Αντίθετα, όπως διευκρινίζεται στο εν λόγω έγγραφο, η διαδικασία σύναψης σύμβασης υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορεία για τους υπαλλήλους ενός Υπουργείου, πραγματοποιείται σύμφωνα με τους κανόνες της κλασικής οδηγίας.

³²Βλ. περαιτέρω αναφορά περυσιολογίας στις επιμέρους δραστηριότητες των άρθρων 228 -234 κατωτέρω.

να εξυπηρετήσουν την άσκηση άλλων δραστηριοτήτων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας που αφορά τους ειδικούς τομείς.³³

2.2. Οι επιμέρους δραστηριότητες των άρθρων 228 – 234

2.2.1. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 230 («Υδωρ»):

Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 230 παράγραφος 1 του νόμου, σχετικά με τη δραστηριότητα «Υδωρ», οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ εφαρμόζονται στις δραστηριότητες της παροχής ή λειτουργίας σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής πόσιμου ύδατος, ή στην τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με πόσιμο νερό. Από την ανωτέρω διατύπωση προκύπτει ότι η παροχή νερού, η οποία δε συνδέεται με σταθερό δίκτυο αλλά πραγματοποιείται με χρήση άλλων μεθόδων (εμφιαλωμένο νερό), δεν εμπίπτει στις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.³⁴

Οι αναθέτοντες φορείς που δραστηριοποιούνται στον τομέα του πόσιμου ύδατος μπορούν να πραγματοποιούν και άλλες δραστηριότητες σχετικές με τα ύδατα, όπως έργα στον τομέα της υδραυλικής μηχανικής, αρδευτικά ή αποστραγγιστικά έργα ή έργα αποχέτευσης και επεξεργασίας λυμάτων. Στην περίπτωση αυτή, οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να είναι σε θέση να εφαρμόσουν τις διαδικασίες για τις συμβάσεις που προβλέπονται στην παρούσα οδηγία για όλες τις, σχετικές με τα ύδατα, δραστηριότητες, όποιο τμήμα του κύκλου του ύδατος και να αφορούν, με εξαίρεση την προμήθεια νερού, η οποία δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας.³⁵

Σημειώνεται, ως προς την περίπτωση της παραγράφου 2 του άρθρου 230, σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ εφαρμόζονται επίσης στις συμβάσεις που διοργανώνονται από αναθέτοντες φορείς οι οποίοι ασκούν τη δραστηριότητα «Υδωρ» και συνδέονται με έργα υδραυλικής μηχανικής, άρδευσης ή αποστράγγισης, εφόσον ο όγκος του ύδατος που προορίζεται για την τροφοδότηση με πόσιμο ύδωρ υπερβαίνει το 20% του συνολικού όγκου ύδατος που παράγεται από τέτοια έργα ή εγκαταστάσεις, ότι στην περίπτωση αυτή όλες οι συμβάσεις που συνδέονται με τα έργα υδραυλικής μηχανικής, άρδευσης ή αποστράγγισης θα εμπίπτουν στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του νόμου και όχι μόνον οι συμβάσεις που σχετίζονται με τη διάθεση του πόσιμου νερού που παράγεται ως αποτέλεσμα των έργων υδραυλικής μηχανικής, άρδευσης ή αποστράγγισης.³⁶

Υπογραμμίζεται, ως προς την αποχέτευση ή την επεξεργασία λυμάτων της παραγράφου 2 του άρθρου 230 του νόμου, ότι όταν η δραστηριότητα της αποχέτευσης ή της επεξεργασίας λυμάτων ασκείται από αναθέτουσες αρχές (π.χ. Δήμοι), οι οποίες υπόκεινται στους κανόνες της κλασικής Οδηγίας, οι συμβάσεις που συνδέονται με αυτές τις δραστηριότητες θα υπόκεινται στους κανόνες αυτής της Οδηγίας και του Βιβλίου Ι του νόμου όταν η αποχέτευση ή/και επεξεργασία λυμάτων αποτελούν

³³C-521/18 (Pegaso Srl Servizi Fiduciari), σκ. 42-44.

³⁴Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement Vol. 2, 3rd ed., σελ. 282.

³⁵ Αιτιολογική σκέψη 24 της Τομεακής Οδηγίας. Σχετικά με την προμήθεια νερού, βλ. κατωτέρω στην οικεία περί εξαιρέσεων Ενότητα.

³⁶Πρβλ. ο.π. Arrowsmith,., σελ. 283 και αιτιολογική σκέψη 24 της Τομεακής Οδηγίας.

κύρια δραστηριότητα αυτών των αναθέτουσών αρχών, οι οποίες δεν ασκούν δραστηριότητα που να συνδέεται με το πόσιμο νερό (πχ. επειδή υπάρχει εταιρία ύδρευσης για τον σκοπό αυτό).³⁷

Εξαίρεση:

Αναφορικά με την **παράγραφο 3 του άρθρου 230**, σύμφωνα με την οποία προβλέπεται ότι η τροφοδότηση από αναθέτοντα φορέα, που δεν είναι αναθέτουσα αρχή, σταθερών δικτύων που προορίζονται να παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό με πόσιμο νερό, δεν θεωρείται δραστηριότητα που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 230, σημειώνεται ότι η ως άνω παράγραφος προβλέπει εξαίρεση από τον προαναφερθέντα κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο οι συμβάσεις που συνεχονται με την παροχή πόσιμου νερού εμπίπτουν στις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας. Ο δικαιολογητικός λόγος της ως άνω πρόβλεψης αφορά στο ότι στις περιπτώσεις αυτές είτε μια οντότητα τροφοδοτεί δίκτυο πόσιμου νερού ως παρεπόμενο έργο, αναγκαίο για την άσκηση άλλης δραστηριότητας, **η οποία δεν περιλαμβάνεται στα άρθρα 228 -231 του νόμου**(φυσικό αέριο και θερμότητα, ηλεκτρισμός, ύδωρ, υπηρεσίες μεταφορών)³⁸ είτε η τροφοδότηση του δικτύου εξαρτάται από την κατανάλωση που κάνει οντότητα αυτή (τροφοδότηση του δικτύου με το νερό που δεν καταναλώνει η ίδια, ήτοι τροφοδότηση με το υπερβάλλον της δικής της κατανάλωσης) και υπό τις προϋποθέσεις που ρητώς θέτει η διάταξη³⁹

Ενδεικτικώς σημειώνεται ότι συμβάσεις, που ανατίθενται από αναθέτοντα φορέα, ο οποίος ασκεί τη δραστηριότητα «Υδωρ»:

- με αντικείμενο εγκατάσταση μονάδος αφαλάτωσης,⁴⁰
- για την ανάθεση της επεξεργασίας λυμάτων,⁴¹ την επέκταση εγκαταστάσεων επεξεργασίας λυμάτων,⁴² την προμήθεια - εγκατάσταση και λειτουργική σύνδεση εξοπλισμού για τον εκσυγχρονισμό και βελτίωση της υφιστάμενης εγκατάστασης επεξεργασίας λυμάτων,⁴³
- για την προμήθεια εξοπλισμού απομακρυσμένου ελέγχου και διαχείρισης του δικτύου ύδρευσης,⁴⁴
- για τη συλλογή και μεταφορά αποβλήτων αποστραγγιστικών τάφρων,⁴⁵

³⁷ Ο.π. Arrowsmith, σελ. 284.

³⁸ Σε αντίθεση με το προισχύσαν καθεστώς, κατά το οποίο οποιαδήποτε δραστηριότητα στο πλαίσιο της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ πληρούσε την προϋπόθεση.

³⁹ Δηλαδή όταν η τροφοδότηση δεν υπερβαίνει το 30% της συνολικής παραγωγής πόσιμου ύδατος του εν λόγω φορέα, με βάση το μέσο όρο των τριών προηγούμενων ετών συμπεριλαμβανομένου του εκάστοτε τρέχοντος έτους.

⁴⁰ ΕΑΣΤΕ 124/2009.

⁴¹ ΕΑ ΣτΕ 358/2014.

⁴² ΕΑ ΣτΕ 162/2015.

⁴³ ΕΑ ΣτΕ 5/2015.

⁴⁴ ΕΑ ΣτΕ 86/2018.

⁴⁵ ΕΑ ΣτΕ 303/2014.

- για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων και κτιρίων του (κρίθηκαν αναγκαίες για την εκπλήρωση των σκοπών του και «σε άμεση σχέση» με την άσκηση της ως άνω δραστηριότητας),⁴⁶
- για την ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού των κτιρίων και εγκαταστάσεών του, (οι εγκαταστάσεις θεωρήθηκαν αναγκαίες υποδομές για την εκπλήρωση των δραστηριοτήτων του αναθέτοντος φορέα στον τομέα του πόσιμου νερού - ο καθαρισμός τους σε άμεση σχέση με την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας),⁴⁷

έχει κριθεί ότι εμπίπτουν στο πεδίο της Τομεακής Οδηγίας.

2.2.2. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 232 («Λιμένες και Αερολιμένες»)

Σύμφωνα με το άρθρο 232, οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ εφαρμόζονται στις συμβάσεις που ανατίθενται στο πλαίσιο δραστηριοτήτων που αφορούν την εκμετάλλευση μιας γεωγραφικής περιοχής με σκοπό τη διάθεση αερολιμένων, θαλάσσιων λιμένων ή λιμένων εσωτερικής ναυσιπλοΐας ή άλλων τερματικών σταθμών σε φορείς που πραγματοποιούν αεροπορικές, θαλάσσιες ή εσωτερικές πλωτές μεταφορές.

Εκ του λεκτικού της ως άνω διάταξης προκύπτει ότι η έννοια του αερολιμένα εν προκειμένω αφορά στις εγκαταστάσεις σταθμού λιμένα / αερολιμένα, καθώς η διάταξη κάνει αναφορά σε «άλλους τερματικούς σταθμούς». Ως εκ τούτου:

- συμβάσεις που αφορούν σε εγκαταστάσεις που παρέχουν υπηρεσίες, ως είναι οι ξενοδοχειακές εγκαταστάσεις εκτός των εγκαταστάσεων του αερολιμένα, δεν υπάγονται στο Βιβλίο ΙΙ, καθώς δεν πληρούν το στοιχείο της «εκμετάλλευσης γεωγραφικής περιοχής».
- συμβάσεις που δεν συνεχονται με τη «διάθεση» προς τους μεταφορείς, όπως είναι η κατασκευή ή λειτουργία κτιρίου για εμπορικούς σκοπούς του φορέα διαχείρισης αερολιμένα, δεν υπάγονται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ.⁴⁸

Κατά συνέπεια, στο πεδίο του Βιβλίου ΙΙ υπάγονται οι συμβάσεις που αφορούν στη διάθεση λιμένων,⁴⁹ αερολιμένων⁵⁰ ή άλλων τερματικών σταθμών μεταφορικών μέσων, από τους φορείς διαχείρισης αυτών, στους μεταφορείς. Ως εκ τούτου:

⁴⁶ΕΑ ΣτΕ 155/2013.

⁴⁷ ΕΑ ΣτΕ 102/2020.

⁴⁸Βλ. σχετικά Arrowsmith, Vol. ΙΙ, "The Law of Public and Utilities Procurement", Sweet & Maxwell, 2018, 294 με παραπομπή στις Advisory Committee on the Opening up of Public Procurement and the Advisory Committee on Public Procurement, "Policy Guidelines on Non-Relevant Airport Facilities under the Utilities Directive" (CC/92/23 rev. 1) Final, CC92/24 (rev.1) Final, παρ. 5

⁴⁹ Βλ. άρθρο 967 του Αστικού Κώδικα και άρθρο 22 του Ν. 2971/2001 "Αιγιαλός, παραλία και άλλες διατάξεις", σύμφωνα με τα οποία οι λιμένες ανήκουν στη δημόσια κτήση και προορίζονται για την άμεση εξυπηρέτηση δημοσίου σκοπού, ενώ η διαχείρισή τους συνιστά άσκηση δημοσίας εξουσίας.

⁵⁰ Ως προς τον ορισμό του αερολιμένα βλ. Οδηγία 96/67/ΕΚ του Συμβουλίου, σχετικά με την πρόσβαση στην αγορά

- συμβάσεις με αντικείμενο προμήθεια αεροσκαφών ή αγαθών από τους ίδιους τους μεταφορείς δεν εμπίπτουν στις διατάξεις της Οδηγίας.⁵¹

Η έννοια της «διάθεσης»⁵² κατά τα ανωτέρω περιλαμβάνει τις υπηρεσίες που συνεχονται με τη **μεταφορά των επιβατών και φορτίων**. Υπό το πρίσμα αυτό, στις διατάξεις του Βιβλίου II υπάρχουν⁵³

- συμβάσεις ανεφοδιασμού αεροπλάνων καθώς και
- συμβάσεις επέκτασης των σχετικών υποδομών καθώς και διαχείρισης και συντήρησης αυτών, ως είναι οι υπηρεσίες καθαρισμού και ασφαλείας,

καθώς αποσκοπούν στην άσκηση της σχετικής δραστηριότητας.

Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται ενδεικτικά ότι έχει συναφώς κριθεί ότι :

- σύμβαση με αντικείμενο την ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού των οδοστρωμάτων, υπαίθριων και αποθηκευτικών χώρων καθώς και των κτιρίων και γραφείων των υπηρεσιών και των ναυτικών πρακτόρων αρμοδιότητας αναθέτοντα φορέα στον τομέα των λιμένων, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Τομεακής Οδηγίας.⁵⁴
- σύμβαση με αντικείμενο την ανάθεση υπηρεσιών καθαριότητας χερσαίων χώρων, παραλαβής, μεταφοράς και διάθεσης αποβλήτων αρμοδιότητας αναθέτοντα φορέα που ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των λιμένων, κρίθηκε ως εμπίπτουσα στις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας, λόγω της άμεσης σχέσης του αντικειμένου της σύμβασης με την άσκηση της δραστηριότητας.⁵⁵
- σύμβαση για την ανάθεση του έργου παροχής υπηρεσιών στελέχωσης και λειτουργίας των μηχανημάτων ελέγχου ασφάλειας επιβατών, πληρωμάτων και αποσκευών και ταχυδρομικού υλικού στους χώρους των επιβατικών σταθμών λιμένα, κρίθηκε ως υπαγόμενος στις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας.⁵⁶

Ως προς τους αερολιμένες σημειώνεται ότι

υπηρεσιών εδάφους στους αερολιμένες της Κοινότητας.

⁵¹ Arrowsmith, ο.π., 221 και αιτιολογική σκέψη 4 της προισχύσασας Οδηγίας 2004/17/EK, σύμφωνα με την οποία η εν λόγω δεν τύγχανε εφαρμογής στις συμβάσεις που αναθέτουν οι οντότητες που δραστηριοποιούνται στις αεροπορικές και θαλάσσιες μεταφορές, λόγω της ύπαρξης κοινοτικών κανόνων που στόχευαν στον ανταγωνισμό.

⁵² βλ. και C-701/15 (Malpensa Logistica Europa SpA), σύμφωνα με την οποία η Τομεακή Οδηγία δεν επιβάλλει τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση παραχωρήσεων χώρων προοριζόμενων για την παροχή αερολιμενικών υπηρεσιών εδάφους, για τις οποίες δεν καταβάλλεται αμοιβή από τον διαχειριστή του αερολιμένα.

⁵³ Βλ. σχετικά "Policy Guidelines on Non-Relevant Airport Facilities under the Utilities Directive" ο.π., παρ. 5 και 6, σύμφωνα με τα οποία οι υπηρεσίες ξενοδοχείου του αεροδρομίου δεν εμπίπτουν στις ρυθμίσεις των Τομεακών Οδηγιών, καθώς δεν είναι «απαραίτητες για την άσκηση της δραστηριότητας 'αερολιμένες'».

⁵⁴ ΕΑ ΣτΕ 82/2013.

⁵⁵ ΕΑ ΣτΕ 499/2012.

⁵⁶ ΕΑ ΣτΕ 55/2015, 164/2013.

- διαγωνισμός για την ανάθεση υπηρεσιών ελέγχου πρόσβασης και ασφάλειας προσώπων, αποσκευών, μεταφερόμενων αντικειμένων και οχημάτων, που διακινούνται από τα σημεία ελέγχου και φύλαξης των εγκαταστάσεων του αερολιμένα, κρίθηκε ότι τελεί σε σχέση με την ασκούμενη δραστηριότητα της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας – αναθέτοντα φορέα και ως εκ τούτου ως υπαγόμενος στο πεδίο εφαρμογής της Τομεακής Οδηγίας,⁵⁷ ενώ αντίθετα,
- σύμβαση για την ανάθεση εργασιών καθαρισμού χώρων κοινών κτιριακών εγκαταστάσεων (χώρων υγιεινής, επίπλων γραφείων, αιθουσών επιβατών κ.λπ.) αεροσταθμού κρατικού αερολιμένα, κρίθηκε ότι δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εξυπηρετεί «αμέσως» την ανωτέρω δραστηριότητα, κατά την έννοια της Τομεακής Οδηγίας και εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου Ι.⁵⁸

2.2.3. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 233 («Ταχυδρομικές Υπηρεσίες»)

Το άρθρο 233 του νόμου προβλέπει ότι οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών, καθώς και άλλων υπηρεσιών πλην των ταχυδρομικών, εφόσον οι υπηρεσίες αυτές παρέχονται από φορέα ο οποίος παρέχει επίσης ταχυδρομικές υπηρεσίες. Όπως αναφέρθηκε και σε σχέση με το άρθρο 7 του νόμου ανωτέρω, το ρυθμιστικό πεδίο της Τομεακής Οδηγίας διαφοροποιήθηκε σε σχέση με την προισχύσασα Οδηγία 2004/17/ΕΚ, καθώς δεν περιλαμβάνει πλέον υπηρεσίες προστιθέμενης αξίας που συνδέονται με το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και παρέχονται εξ ολοκλήρου με ηλεκτρονικά μέσα (περιλαμβανομένης της ασφαλούς διαβίβασης κωδικοποιημένων εγγράφων με ηλεκτρονικά μέσα, της διαχείρισης διευθύνσεων και της διαβίβασης συστημένου ηλεκτρονικού ταχυδρομείου), τις οριζόμενες από την καταργηθείσα Οδηγία 2004/17/ΕΚ χρηματοοικονομικές υπηρεσίες, φιλοτελικές υπηρεσίες και υπηρεσίες εφοδιαστικής διαχείρισης (ήτοι υπηρεσίες που συνδυάζουν τη φυσική παράδοση και/ή την εναποθήκευση με άλλα μη ταχυδρομικά καθήκοντα).

Σύμφωνα με την παρ. 2 του ως άνω άρθρου 233, γίνεται παραπομπή στην Οδηγία 97/67/ΕΚ, όπως ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη δια του ν. 2668/1998, προς τον σκοπό προσδιορισμού του ταχυδρομικού αντικειμένου, καθώς και των επιμέρους υπηρεσιών που υπάγονται στο ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου ΙΙ. Η Οδηγία 97/67/ΕΚ καθόρισε το κανονιστικό πλαίσιο για τον ταχυδρομικό τομέα σε κοινοτικό επίπεδο, στο οποίο περιελήφθησαν μέτρα για την εξασφάλιση της παροχής της καθολικής υπηρεσίας και τον καθορισμό ανώτατων ορίων. Τα μέτρα αυτά αποσκοπούσαν στο άνοιγμα της οικείας αγοράς στον ανταγωνισμό, με σκοπό τη δημιουργία εσωτερικής αγοράς ταχυδρομικών υπηρεσιών.⁵⁹

Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται ότι η Οδηγία 97/67/ΕΚ έχει τροποποιηθεί από την Οδηγία 2002/39/ΕΚ, τον κανονισμό 1882/2003 και την Οδηγία 2008/6/ΕΚ, σχετικά με την πλήρη υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς κοινοτικών ταχυδρομικών υπηρεσιών, η οποία τροποποίησε, μεταξύ άλλων, την έννοια του «ταχυδρομικό αντικείμενο» και «ταχυδρομικό υπηρεσία». Ο ν. 2668/1998, ο οποίος ενσωμάτωσε την

⁵⁷ ΣτΕ Δ' Τμήμα, 592/2020.

⁵⁸ ΕΑ ΣτΕ 456/2013.

⁵⁹ Βλ. σχετικά αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 97/67/ΕΚ.

Οδηγία 97/67/ΕΚ, τροποποιήθηκε με τον ν. 3185/2003 και εν συνεχεία καταργήθηκε⁶⁰ δια του άρθρου 20 παρ. 1β ν. 4053/2012, ο οποίος ενσωμάτωσε την Οδηγία 2008/6/ΕΚ.⁶¹

Επισημαίνεται ότι το Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Β΄ του νόμου περιλαμβάνει ευρύ κατάλογο ταχυδρομικών υπηρεσιών οι οποίες ανατίθενται σύμφωνα με τις διατάξεις περί κοινωνικών και άλλων ειδικών υπηρεσιών, κατά τα άρθρα 318-321, με την επιφύλαξη παροχής αυτών ως γενικές υπηρεσίες μη οικονομικού συμφέροντος.

Επισημαίνεται ότι προσφάτως κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι :

- το άρθρο 13 παρ. 1 της Τομεακής Οδηγίας (άρθρο 233 παρ. 1 του νόμου), σχετικά με το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής των υπηρεσιών που περιλαμβάνονται στη δραστηριότητα «Ταχυδρομικές Υπηρεσίες», έχει την έννοια ότι εφαρμόζεται επί δραστηριοτήτων συνιστάμενων στην παροχή υπηρεσιών θυρωρείου, υποδοχής και επιτηρήσεως των πυλών εισόδου -εξόδου των κτιριακών εγκαταστάσεων φορέων παροχής ταχυδρομικών υπηρεσιών, καθόσον τέτοιες δραστηριότητες συνδέονται με τη δραστηριότητα που εμπίπτει στον τομέα των ταχυδρομείων, υπό την έννοια ότι εξυπηρετούν πραγματικά την άσκησή της, καθιστώντας δυνατή την προσήκουσα εκτέλεση της εν λόγω δραστηριότητας, λαμβανομένων υπόψη των συνθηκών υπό τις οποίες αυτή συνήθως ασκείται.⁶²

Ενδεικτικά σημειώνεται ότι, ως έχει κριθεί, πλέον περιπτώσεων συμβάσεων οι οποίες έχουν κριθεί ως «προδήλως άμεσα συνδεδεμένες με τη δραστηριότητα ταχυδρομικών υπηρεσιών», ως είναι η προμήθεια μεταλλικών γραμματοθυρίδων,⁶³ ομοίως

- σύμβαση που έχει ως αντικείμενο την προμήθεια αναλωσίμων εκτυπωτών, έχει κριθεί ως «προδήλως άμεσα συνδεδεμένη» με την παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών,⁶⁴
- σύμβαση για την ανάθεση του καθαρισμού των χώρων των κτιρίων όπου στεγάζονται οι υπηρεσίες του φορέα καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας έχει κριθεί ότι τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της δραστηριότητάς της⁶⁵ και διέπεται από τις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας και
- σύμβαση για την προμήθεια επίπλων και λοιπού παγίου εξοπλισμού δικτύου λιανικής του φορέα καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας κρίθηκε ότι τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της

⁶⁰ Πλην των άρθρων 23,26, 27,28 και 29.

⁶¹ Βλ. και τον όρο «ταχυδρομικές υπηρεσίες» για τις ανάγκες ερμηνείας του άρθρου 14 Καν 1393/2007, σύμφωνα με το οποίο δύνανται να οργανωθούν οι σχετικές υπηρεσίες τόσο από δημόσιους όσο και από ιδιωτικούς φορείς που διαθέτουν την απαραίτητη άδεια και αναλυτικά συναφείς προβληματισμούς και νομολογία επί του θέματος, Γιαννόπουλος, «Ερμηνευτικά προβλήματα και αλληλεπίδραση της νέας τακτικής διαδικασίας με τον Κανονισμό 1393/2007», Σάκκουλας, 2018, 64-68.

⁶² C-521/2018 (Pegaso Srl Servizi Fiduciari).

⁶³ ΕΑ ΣτΕ 190/2012, ΔεφΑθ 221/2012 (Π Τμ. ακυρ.).

⁶⁴ ΔεφΑθ (ΙΒ Τμ ακυρ.) 432/2014.

⁶⁵ ΕΑ ΣτΕ 304/2012, βλ. και 721/2011, ΔεφΑθ (ασφ.) 89/2013.

δραστηριότητάς της⁶⁶ και συνακόλουθα ως υπαγόμενη στο ρυθμιστικό πεδίο της Τομεακής Οδηγίας.

2.2.4. Ως προς τη δραστηριότητα του άρθρου 231 («Υπηρεσίες Μεταφορών»)

A. Όπως προκύπτει από το άρθρο 231, οι διατάξεις του Βιβλίου II τυγχάνουν εφαρμογής σε περίπτωση διαδικασιών σύναψης σύμβασης που αποσκοπούν τόσο στην παροχή όσο και τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό, στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο.

Σημειώνεται ότι, παρά το γεγονός ότι σύμφωνα με το ελληνικό κείμενο της προισχύσασας Οδηγίας 2004/17/ΕΚ γίνεται αναφορά σε «δραστηριότητες που αποσκοπούν στη διάθεση ή την εκμετάλλευση δικτύων»,⁶⁷ ενώ το αντίστοιχο κείμενο της ισχύουσας Τομεακής Οδηγίας στην «παροχή ή τη λειτουργία δικτύων», το κείμενο στην αγγλική γλώσσα είναι όμοιο στις δυο Τομεακές Οδηγίες.

Στο πλαίσιο αυτό διευκρινίζεται ότι, ως έχει κριθεί από το Δικαστήριο:

- η δραστηριότητα «**εκμετάλλευσης δικτύων**» αφορά την **άσκηση του δικαιώματος χρήσης του δικτύου για την παροχή υπηρεσιών μεταφοράς, ενώ**
- η δραστηριότητα «**διάθεσης δικτύων**» αφορά τη **διαχείριση του δικτύου**.⁶⁸

Σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 231, όσον αφορά τις υπηρεσίες μεταφορών, δίκτυο υφίσταται όταν η υπηρεσία παρέχεται με όρους που ορίζονται από την αρμόδια εποπτική αρχή, όπως όροι που αφορούν τα δρομολόγια, τη διαθέσιμη μεταφορική ικανότητα ή τη συχνότητα παροχής της υπηρεσίας. Επιπλέον, έχει κριθεί από το Δικαστήριο, ότι υφίσταται «δίκτυο» κατά την έννοια της Τομεακής Οδηγίας στο πλαίσιο των υπηρεσιών σιδηροδρομικών μεταφορών, όταν διατίθενται⁶⁹ υπηρεσίες μεταφοράς επί σιδηροδρομικής υποδομής την οποία διαχειρίζεται εθνική αρχή που κατανέμει τη χωρητικότητα της υποδομής αυτής, ακόμη και αν η αρχή αυτή οφείλει να ικανοποιεί τα αιτήματα των σιδηροδρομικών επιχειρήσεων εντός των ορίων της εν λόγω χωρητικότητας.⁷⁰ Περαιτέρω, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι «δίκτυο», για τους σκοπούς της ως άνω Οδηγίας, νοείται όχι μόνον όταν αυτό αποτελείται από υλική υποδομή, όπως οι σιδηροδρομικές γραμμές, αλλά και όταν αποτελείται από ένα συντονισμένο σύστημα γραμμών υπό συγκεκριμένου όρους, όπως στον τομέα των μεταφορών με λεωφορεία.⁷¹

⁶⁶ ΔΕφΑθ (ΙΓ Ακυρ.) 2156/2012.

⁶⁷ Άρθρο 5 παρ. 1 Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

⁶⁸ C-388/2017, σκ. 53.

⁶⁹ Κατ' εφαρμογήν εθνικής ρυθμίσεως περί μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο της οδηγίας 2012/34.

⁷⁰ Συνεπώς, παρά το γεγονός ότι εν προκειμένω η αρμόδια αρχή κράτους μέλους - διοικητική αρχή μεταφορών η οποία ενεργεί ως διαχειριστής της υποδομής, διαθέτει ορισμένη ευχέρεια να καθορίζει τους όρους άσκησης της δραστηριότητας μεταφοράς, πρέπει να θεωρηθεί ότι οι όροι υπό τους οποίους παρέχει την υπηρεσία μεταφορών ορίζονται από την αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους.

⁷¹ C-388/2017, σκ. 43-44.

Όπως προκύπτει από το λεκτικό της διάταξης, η δραστηριότητα των μεταφορών στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας, περιλαμβάνει, πλέον της διάθεσης των δικτύων μεταφοράς και τη δραστηριότητα της μεταφοράς καθαυτής, ήτοι επί παραδείγματι τις υπηρεσίες μεταφοράς επιβατών με λεωφορείο, καθώς και τις συμβάσεις προμήθειας και συντήρησης των ίδιων των λεωφορείων. Το Δικαστήριο αποσαφήνισε ότι

- έργα υποδομών, τα οποία σχετίζονται με την κατασκευή ή επέκταση του δικτύου, εμπίπτουν στην έννοια της δραστηριότητας των μεταφορών,⁷² συνεπώς και τα έργα υποδομής των σταθμών (αμαξοστασίων) που είναι απαραίτητα για την εν λόγω μεταφορά εμπίπτουν στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου, υπό τον όρο της ύπαρξης «δικτύου» κατά την έννοια της Οδηγίας.⁷³ Ομοίως,
- συμβάσεις καθαριότητας και φύλαξης που αφορούν στην παροχή ή λειτουργία αυτών των δικτύων, εμπίπτουν ομοίως στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ.⁷⁴

Στο ανωτέρω πλαίσιο, σύμφωνα με τη νομολογία:

- σύμβαση υπηρεσιών καθαρισμού σιδηροδρομικών σταθμών συνδέεται λειτουργικώς με τη δραστηριότητα «μεταφορές»⁷⁵ και συνακόλουθα υπάγεται στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου. Ομοίως, υπηρεσίες καθαρισμού των λεωφορείων εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Τομεακής Οδηγίας.⁷⁶
- Σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης των εσωτερικών και εξωτερικών εγκαταστάσεων αναθέτοντος φορέα που δραστηριοποιείται στον τομέα των σιδηροδρομικών μεταφορών, κατ' άρθρο 231, θεωρείται αναγκαία για την εκπλήρωση των σκοπών της, καθώς τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της δραστηριότητας και εμπίπτει στην Τομεακή Οδηγία.⁷⁷
- προμήθεια οχημάτων για τις ανάγκες επεκτάσεως του τραμ εντάσσεται ευθέως στο πλαίσιο του συγκοινωνιακού έργου που έχει ανατεθεί στον αναθέτοντα φορέα που το ασκεί και υπάγεται στην Τομεακή Οδηγία.⁷⁸
- σύμβαση που ανετέθη από εταιρεία παροχής συγκοινωνιακού έργου με κύρια αρμοδιότητα τον προγραμματισμό, την οργάνωση και την εκτέλεση του συγκοινωνιακού έργου με μέσα μαζικής μεταφοράς, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ασφάλισης των περιουσιακών στοιχείων της, τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα και υπάγεται στην Τομεακή Οδηγία.⁷⁹

⁷² C-462/03 (Strabag AG), C-463/03 (Kostmann GmbH), συνεκδικασθείσες, σκ. 41-42.

⁷³ Arrowsmith, Vol. II, "The Law of Public and Utilities Procurement", Sweet & Maxwell, 2018, 295-296.

⁷⁴ C-152/2017.

⁷⁵ C-152/2017, σκ. 25, C-462/03, 463-03 ιδίως σκέψεις 37 και 42, C-393/06 ιδίως σκέψεις 57 και 58, εθνική νομολογία: ΣτΕ ΕΑ 197, 157, 9/2015, 415/2014, 456/2013.

⁷⁶ ΕΑ ΣτΕ 25/2018, 26, 313/2015, 226/2013

⁷⁷ ΣτΕ 629/2017, πρβλ. ΕΑ 187/2013, 75/2013, 20/2013, 224/2012, 534/2011, 325/2011.

⁷⁸ ΣτΕ 950/2016 (Τμ. Β), ΕΑ ΣτΕ 127/2015, 226, 21/2013, 224/2012.

⁷⁹ ΣτΕ 2723/2018.

- σύμβαση για την προμήθεια ολοκληρωμένου συστήματος διαχείρισης καυσίμου, για ανάγκες των αμαξοστασίων εταιρείας παροχής συγκοινωνιακού έργου τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα,⁸⁰

Β. Η παράγραφος 2 του άρθρου 231 ενσωματώνει στο κείμενο του νόμου σχετική αναφορά της αιτιολογικής σκέψης 35 της Τομεακής Οδηγίας, σύμφωνα με την οποία αυτή δεν εφαρμόζεται στις **συμβάσεις υπηρεσιών για την παροχή δημόσιων επιβατικών μεταφορικών υπηρεσιών με σιδηρόδρομο ή μετρό**, η ανάθεση των οποίων διέπεται από τις διατάξεις του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007. Η σχετική εξαίρεση προβλέπεται επιπλέον ρητώς, ως αναφέρεται και ανωτέρω, στην περίπτωση (ζ) του άρθρου 240.

Στο πλαίσιο αυτό διευκρινίζονται τα ακόλουθα, ως προς τη σχέση του Κανονισμού 1370/2007 με το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων:

Ο Κανονισμός 1370/2007 αφορά μόνο στις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές. Αποσκοπεί στη θέσπιση εξειδικευμένων ρυθμίσεων σε σχέση με τα γενικά συστήματα αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτά προβλέπονται με την Τομεακή οδηγία ή την κλασική Οδηγία. Περιλαμβάνει ειδικούς κανόνες, οι οποίοι προορίζονται είτε να αντικαθιστούν είτε να συμπληρώνουν τους γενικούς κανόνες της Τομεακής ή της κλασικής Οδηγίας, αναλόγως του αν η εκάστοτε εφαρμοστέα οδηγία προβλέπει ή όχι κανόνες στους τομείς που ρυθμίζει ο εν λόγω κανονισμός.⁸¹

Για τους σκοπούς του Κανονισμού 1370/2007, νοούνται ως “δημόσιες επιβατικές μεταφορές”, οι υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών γενικού οικονομικού συμφέροντος που προσφέρονται στο κοινό χωρίς διακρίσεις και σε συνεχή βάση. Οι διατάξεις του εν λόγω Κανονισμού εφαρμόζονται με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων που ισχύουν για τις δημόσιες αρχές δυνάμει των οδηγιών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, εφόσον οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους.⁸²

Το άρθρο 5 του εν λόγω Κανονισμού, με τίτλο «*ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας*», προβλέπει ότι οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας **ανατίθενται** σύμφωνα με τους κανόνες που καθορίζονται στον εν λόγω Κανονισμό. Ωστόσο, οι συμβάσεις υπηρεσιών, όπως ορίζονται με την Τομεακή οδηγία,⁸³ για την παροχή δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών **με το λεωφορείο ή το τραμ, ανατίθενται σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπουν οι εν λόγω Οδηγίες, εφόσον οι συμβάσεις αυτές δεν λαμβάνουν μορφή συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών.**⁸⁴

⁸⁰ ΕΑ ΣτΕ 52/2018.

⁸¹ C-518/2017 σκ. 49 με παραπομπή στην C-292/15, σκ. 44-47.

⁸² Αιτιολογική σκέψη 20 του Κανονισμού 1370/2007.

⁸³ C-701/2015, σκ. 28 και 31.

⁸⁴ C-253/2018 (StadtEuskirchen), με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 5, παράγραφος 2, του Κανονισμού 1370/2007 έχει την έννοια ότι δεν εφαρμόζεται στην απευθείας ανάθεση συμβάσεων για την παροχή δημοσίων υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορείο οι οποίες δεν λαμβάνουν τη μορφή συμβάσεων παραχώρησης, κατά την έννοια

Θα πρέπει να επισημανθεί ότι και στην περίπτωση αυτή, ήτοι όταν συμβάσεις δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών με λεωφορείο ή τραμ ανατίθενται σύμφωνα με τις Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, οι λοιπές (πλην της ανάθεσης του άρθρου 5 του Κανονισμού) διατάξεις του Κανονισμού αυτού παραμένουν εφαρμοστέες.⁸⁵

Η Επιτροπή έχει εκδώσει Ανακοίνωση σχετικά με τις οδηγίες ερμηνείας του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1370/2007 για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές,⁸⁶ με την οποία αποσαφηνίζονται, μεταξύ άλλων και τα ζητήματα της σχέσης της κλασικής, της Τομεακής καθώς και της Οδηγίας περί παραχωρήσεων, με τον Κανονισμό 1370/2007 και περιλαμβάνεται Πίνακας της εφαρμοστέας νομικής βάσης για αναθέσεις συμβάσεων, ανά είδος συμβατικής ρύθμισης και ανά μεταφορικό μέσο.⁸⁷ Σύμφωνα με την εν λόγω Ανακοίνωση, «η διάκριση μεταξύ των συμβάσεων παροχής (δημόσιων) υπηρεσιών και των παραχωρήσεων είναι σημαντική διότι στο άρθρο 10 παράγραφος 3 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ διευκρινίζεται ότι η εν λόγω οδηγία δεν εφαρμόζεται στις παραχωρήσεις εκτέλεσης συγκοινωνιών κατά την έννοια του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1370/2007. Η ανάθεση συμβάσεων εκτέλεσης συγκοινωνιών διέπεται αποκλειστικά από τον κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 1370/2007. [...]»

Προκειμένου να αποσαφηνισθεί η συσχέτιση του Κανονισμού 1370/2007, ως ισχύει, με τις Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, σημειώνονται τα ακόλουθα, υπό το φως της Ανακοίνωσης της Επιτροπής καθώς και της νομολογίας του Δικαστηρίου:

Οι διατάξεις του Κανονισμού 1370/2007 ισχύουν με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων σχετικά με την τήρηση της δευτερογενούς νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, σε όσες περιπτώσεις οι συμβάσεις παροχής υπηρεσιών ή παροχής δημόσιας υπηρεσίας εμπίπτουν στις διατάξεις των Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, ήτοι όταν ο σχεδιασμός των συμβάσεων αυτών δεν άπτεται παραχώρησης υπηρεσίας αλλά αφορά στην ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών (Οδηγία 2014/25/ΕΕ, Βιβλίο II ν. 4412/2016) ή παροχής δημόσιας υπηρεσίας (Οδηγία 2014/24/ΕΕ, Βιβλίο I ν. 4412/2016).

Περαιτέρω, εάν οι συμβάσεις αυτές αποτελούν συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας, θα υπάγονται αποκλειστικά στον Κανονισμό 1370/2007 και **όχι στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ (ν. 4413/2016)**, κατά ρητή πρόβλεψη του άρθρου 10 παράγραφος 3 της τελευταίας.

Επιπροσθέτως, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 9 του Κανονισμού 2016/2338, ο οποίος τροποποίησε το άρθρο 8 (μεταβατική περίοδος) του Κανονισμού 1370/2007, αντικαταστάθηκε η παράγραφος 2 του άρθρου 5 του Κανονισμού 1370/2007, περί αναθέσεως των συμβάσεων δημόσιας υπηρεσίας που ε-

της οδηγίας 2014/23.

⁸⁵ C-292/15, σκ. 41. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η παρέκκλιση που θεσπίζεται σχετικά με τη μη εφαρμογή των διατάξεων των παραγράφων 2 έως 6 του άρθρου 5 του Κανονισμού 1370/2007 σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων, δε διευρύνεται από καμία άλλη διάταξη αυτού. Ως εκ τούτου, σε ό,τι αφορά στις οδικές μεταφορές, οι λοιπές διατάξεις του Κανονισμού συνιστούν ειδικότερο κανόνα σε σχέση με τους κανόνες που προβλέπουν οι Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις και, ως *lex specialis*, κατ'ισχύον των κανόνων αυτών και συνεπώς παραμένουν εφαρμοστέες.

⁸⁶ 2014/C 92/01.

⁸⁷ Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά σχετικά με τις οδηγίες ερμηνείας του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1370/2007 για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές, (2014/C 92/01), 3.

μπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού, **ήτοι αποτελούν συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας** και προβλέφθηκε ότι το άρθρο 5 εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας για υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών οδικώς και με μη σιδηροδρομικά μέσα σταθερής τροχιάς, όπως μετρό ή τραμ, **από την 3η Δεκεμβρίου 2019.**

Ως εκ τούτου, σε περίπτωση κατά την οποία οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας αποτελούν συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας, κατά τα ανωτέρω, ανατίθενται αποκλειστικά υπό το καθεστώς του Κανονισμού 1370/2007, κατά ρητή πρόβλεψη του Κανονισμού 2016/2338, από τις 3 Δεκεμβρίου 2019. Η απαίτηση αυτή δε ασκεί επιρροή στις συμβάσεις που εμπίπτουν στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.⁸⁸

Προς τον σκοπό αποσαφήνισης της υπαγωγής μιας σύμβασης οδικής επιβατικής μεταφοράς στις διατάξεις των Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, επισημαίνονται συνοπτικά τα ακόλουθα, ως προς τη θεμελιώδη διάκριση μεταξύ συμβάσεων παροχής υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών:

Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, κρίσιμα κριτήρια για τη διαπίστωση ύπαρξης σύμβασης παραχώρησης αποτελούν η μετάθεση – μετακύλιση του κινδύνου στον ανάδοχο, ο οποίος πρέπει να συνδέεται με την εκμετάλλευση της υπηρεσίας⁸⁹ καθώς και ο τρόπος αμοιβής του παρέχοντος υπηρεσίες,⁹⁰ ο οποίος συνίσταται στην παραχώρηση από την αναθέτουσα αρχή στον ανάδοχο του δικαιώματος της οικονομικής εκμετάλλευσης των παρεχόμενων υπηρεσιών, αντί καταβολής αμοιβής για την παροχή των υπηρεσιών του, ενώ είναι δυνατόν να προβλέπεται ότι ο ανάδοχος λαμβάνει και αμοιβή ως πρόσθετη παροχή.⁹¹ Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται ότι:

- η αμοιβή υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών εν μέρει από τα εισιτήρια των επιβατών έχει κριθεί ως αμοιβή από τρίτους που προσδίδει σε μια σύμβαση τον χαρακτήρα της σύμβασης παραχώρησης.⁹²

Ειδικότερα ως προς την παραχώρηση υπηρεσίας, αυτή προσδιορίζεται εννοιολογικά από τη μεταβίβαση του δικαιώματος εκμετάλλευσης μίας συγκεκριμένης υπηρεσίας στον πάροχο αυτής - παραχωρησιούχο, ο οποίος έχει, στο πλαίσιο της σύμβασης,

- ορισμένη οικονομική ελευθερία ως προς τον προσδιορισμό των όρων εκμετάλλευσης του δικαιώματος αυτού, ενώ
- εκτίθεται στους κινδύνους που συνδέονται με την εκμετάλλευση αυτή⁹³ και
- το αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας ή στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής, πά-

⁸⁸ Δεδομένου ότι η επιφύλαξη υπέρ της εφαρμογής τους κατά την ανάθεση των συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας τίθεται στο άρθρο 5 παράγραφος 1, η οποία δεν καταλαμβάνεται από την τροποποίηση.

⁸⁹ Μεταξύ άλλων, βλ. ιδίως ΔΕΕ C-234/03, Contse, σκέψη 22, C-437/07, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 30, C-458/03, Parking Brixen, σκέψη 40, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκ. 29, ΔΕΕ C-451/08, Helmut Müller, σκέψεις 75-78.

⁹⁰ Μεταξύ άλλων, ΔΕΕ C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, σκέψεις 71 -74,

⁹¹ βλ. ΔΕΕ C-348/2010, Norma - ASIA και Dekom SIA, ΔΕΚ C-206/08, Eurawasser.

⁹² ΔΕΕ C-410/04, ANAV, σκέψη 16.

⁹³ ΔΕΕ C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns, σκ. 71.

ντοτε υπό τον όρο της μετακύλισης του κινδύνου στον πάροχο των υπηρεσιών, ακόμη και εάν αυτός είναι περιορισμένος λόγω της φύσης της σχετικής δραστηριότητας,⁹⁴ καθώς σε διαφορετική περίπτωση υφίσταται ένδειξη ότι πρόκειται για (δημόσια) σύμβαση υπηρεσιών και όχι για σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών.⁹⁵

Υπό το φως αυτό, μια σύμβαση υπηρεσιών κατά την Οδηγία 2014/25/ΕΕ ή δημόσια σύμβαση υπηρεσιών κατά την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, προϋποθέτει αντιπαροχή η οποία, έστω και αν δεν είναι η μόνη, καταβάλλεται απευθείας από την αναθέτουσα αρχή στον πάροχο.⁹⁶

2.2.5. Ως προς τον τομέα της ενέργειας (δραστηριότητες των άρθρων 228 («Φυσικό αέριο και θερμότητα»), 229 («Ηλεκτρισμός»), 234 («Εξόρυξη πετρελαίου και φυσικού αερίου και αναζήτηση ή εξόρυξη άνθρακα και άλλων στερεών καυσίμων»):

2.2.5.1. Τα άρθρα 228 και 229

Το άρθρο 228 παρ. 1, το οποίο περιλαμβάνει τις ρυθμίσεις της δραστηριότητας «Φυσικό Αέριο και Θερμότητα» και το άρθρο 229 παρ. 1, σχετικά με τη δραστηριότητα «Ηλεκτρισμός», προβλέπουν παρόμοιες ρυθμίσεις σχετικά με το πεδίο των εν λόγω δραστηριοτήτων.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 των άρθρων 228 και 229, οι διατάξεις του Βιβλίου II εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες:

α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής φυσικού αερίου ή θερμότητας και ηλεκτρισμού, αντίστοιχα καθώς και

β) την τροφοδότηση των δικτύων αυτών με φυσικό αέριο /θερμότητα ή ηλεκτρισμό, αντίστοιχα.

Ως εκ τούτου, οι δραστηριότητες των άρθρων 228 και 229 συνεχονται με σταθερά δίκτυα παροχής υπηρεσιών στο κοινό καθώς και με την τροφοδότηση των δικτύων αυτών.

Σύμφωνα με το άρθρο 227, ο όρος «τροφοδότηση» για τους σκοπούς, μεταξύ άλλων, των άρθρων 228 και 229, περιλαμβάνει την παραγωγή, τη χονδρική, καθώς και τη λιανική πώληση.⁹⁷ Η διάταξη του άρθρου 227 ουδόλως επεκτείνει το ρυθμιστικό πεδίο των δραστηριοτήτων των άρθρων 228 και 229,⁹⁸ αλλά **αποσαφηνίζει ότι το πεδίο των εν λόγω δραστηριοτήτων περιλαμβάνει τόσο την παραγωγή ενέργειας όσο και την προμήθεια και διανομή της**. Συνεπώς, οι δραστηριότητες αυτές αφορούν και τις οντότητες που προμηθεύονται φυσικό αέριο ή ηλεκτρισμό από παραγωγούς ενέργειας και το μεταφέρουν ή το διανέμουν.

⁹⁴ ΔΕΕ C-206/08 Eurawasser.

⁹⁵ ΔΕΕ C-225/15 Politanò, σκ. 29-31, C-348/10 Norma, σκ. 53-55.

⁹⁶ ΔΕΕ C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκ. 24.

⁹⁷ Εξαιρουμένης της παραγωγής φυσικού αερίου με τη μορφή εξόρυξης, η οποία υπόκειται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 234.

⁹⁸ Αιτιολογική σκέψη 23 της Τομεακής Οδηγίας.

Στο πλαίσιο προσέγγισης των συμβάσεων που εξυπηρετούν την άσκηση της προκειμένης δραστηριότητας έχει συναφώς κριθεί, ως προς το άρθρο 228, ότι

- σύμβαση για τη ανάθεση της φύλαξης των εγκαταστάσεων αναθέτοντος φορέα που ασκεί δραστηριότητα φυσικού αερίου, συνδέεται άμεσα με τη δραστηριότητά του⁹⁹ και εμπίπτει στις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας.
- σύμβαση για την ανάθεση υπηρεσιών τεχνικής υποστήριξης της εμπορικής εκμετάλλευσης του εθνικού συστήματος φυσικού αερίου αποσκοπεί στη βελτίωση της εκμετάλλευσης του εν λόγω δικτύου μεταφοράς αερίου, ως εκ τούτου αποσκοπεί στην άσκηση της δραστηριότητας «φυσικό αέριο και θερμότητα» και εμπίπτει στις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας.

Ως προς το άρθρο 229, συμβάσεις

- για την εγκατάσταση συστήματος τηλεμέτρησης¹⁰⁰ μετρητών μεγάλων πελατών χαμηλής τάσης,
- για την προμήθεια κιβωτίων τοποθέτησης «έξυπνων» μετρητών,¹⁰¹
- για την ανάδειξη αναδόχων κατασκευής και συντήρησης έργων δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας,¹⁰²
- για την προμήθεια σταθμών φόρτισης ηλεκτρικών οχημάτων, από αναθέτοντα φορέα που ασκεί την εν λόγω δραστηριότητα, τελεί σε «άμεση σχέση» με την άσκηση της κύριας δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα,¹⁰³
- για τη διασύνδεση συμπλέγματος νησιών με το Ηπειρωτικό Διασυνδεδεμένο Σύστημα Μεταφοράς,¹⁰⁴

οι οποίες προκηρύχθηκαν από αναθέτοντα φορέα που ασκεί δραστηριότητα στον τομέα «Ηλεκτρισμός», κρίθηκε ότι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Τομεακής Οδηγίας, ενώ αντίθετα

- σύμβαση υπηρεσιών καθαρισμού των χώρων κοινών κτηριακών εγκαταστάσεων αναθέτοντος φορέα στον ίδιο τομέα, κρίθηκε ότι δεν εξυπηρετεί «αμέσως» την ανωτέρω δραστηριότητα και δεν υπάγεται στην Τομεακή Οδηγία.¹⁰⁵

2.2.5.2. Εξαιρέσεις.

⁹⁹ ΕΑ ΣτΕ 314/2013.

¹⁰⁰ ΕΑ ΣτΕ 133/2012.

¹⁰¹ ΣτΕ 827/2019.

¹⁰² ΕΑ ΣτΕ 24/2018.

¹⁰³ ΣτΕ 1490/2019.

¹⁰⁴ ΕΑ ΣτΕ 236/2012.

¹⁰⁵ ΕΑ ΣτΕ 381/2018.

Οι παράγραφοι 2 των άρθρων 228 και 229 προβλέπουν εξαίρεση από το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου ΙΙ, η οποία αφορά μόνον στην τροφοδότηση των σταθερών δικτύων με φυσικό αέριο, θερμότητα ή ηλεκτρισμό αντίστοιχα και μόνον στην περίπτωση αναθετόντων φορέων οι οποίοι δεν υπάγονται και στην έννοια της αναθέτουσας αρχής, όταν πληρούνται και οι δυο κάτωθι προϋποθέσεις:

i. Ως προς το άρθρο 228: Η εξαίρεση εφαρμόζεται όταν

α) η παραγωγή φυσικού αερίου ή θερμότητας από τον εν λόγω αναθέτοντα φορέα αποτελεί αναπόφευκτο αποτέλεσμα άσκησης δραστηριότητας που δεν αναφέρεται στην παράγραφο 1 ή στα άρθρα 229 έως 231 και

β) η τροφοδότηση του δημόσιου δικτύου αποβλέπει μόνο στην οικονομική εκμετάλλευση της παραγωγής αυτής και αντιστοιχεί το πολύ στο 20 % του κύκλου εργασιών του αναθέτοντος φορέα, με βάση το μέσο όρο των τριών τελευταίων ετών συμπεριλαμβανομένου του τρέχοντος έτους.

Σύμφωνα με την πρώτη προϋπόθεση ανωτέρω, δεν θεωρείται σχετική δραστηριότητα, όταν η παραγωγή γίνεται στο πλαίσιο μίας από τις δραστηριότητες των άρθρων 232 (Λιμένες και αερολιμένες), 233 (Ταχυδρομικές υπηρεσίες) και 234 (Εξόρυξη πετρελαίου και φυσικού αερίου και αναζήτηση ή εξόρυξη άνθρακα και άλλων στερεών καυσίμων). Η εν λόγω ρύθμιση της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου ΙΙ συνακόλουθα θα πρέπει να σημειωθεί ότι είναι διαφορετική σε σχέση με το προισχύσαν καθεστώς, κατά το οποίο, όταν η παραγωγή φυσικού αερίου και θερμότητας ήταν παρεπόμενη στο πλαίσιο άσκησης οποιασδήποτε δραστηριότητας στο πλαίσιο της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, δε θεωρούνταν σχετική δραστηριότητα.

Ως προς την (β) ανωτέρω, η μη πλήρωση του ποσοστού 20% του κύκλου εργασιών ενός αναθέτοντος φορέα, συνεπάγεται ότι η τροφοδότηση του δικτύου με φυσικό αέριο ή θερμότητα από αυτόν τον φορέα δεν θα εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 228.

Συνεπώς, η εξαίρεση της παραγράφου 2 του άρθρου 228 αφορά στην περίπτωση αναθετόντων φορέων που δεν είναι αναθέτουσες αρχές, οι οποίοι παράγουν φυσικό αέριο ή θερμότητα ως αποτέλεσμα άσκησης άλλης δραστηριότητας (πλην της ίδιας της δραστηριότητας φυσικού αερίου και θερμότητας καθώς και των ρητώς αναφερομένων άρθρων 232, 233 και 234) και η οικονομική εκμετάλλευση αυτής της παραγωγής, με την οποία τροφοδοτούν το σταθερό δίκτυο αερίου/θερμότητας, αντιστοιχεί σε ποσοστό μικρότερο ή ίσο του 20% του κύκλου εργασιών του, βάσει του μέσου όρου των τριών τελευταίων ετών.

ii. Ως προς το άρθρο 229: η εξαίρεση εφαρμόζεται όταν

α) η παραγωγή ηλεκτρισμού από τον αναθέτοντα φορέα γίνεται διότι η κατανάλωσή του είναι αναγκαία για την άσκηση δραστηριότητας που δεν αναφέρεται στην παράγραφο 1 ή στα άρθρα 228, 230 και 231 και

β) η τροφοδότηση του δημόσιου δικτύου εξαρτάται μόνον από την κατανάλωση του ίδιου του αναθέτοντος φορέα και δεν υπερβαίνει το 30% της συνολικής παραγωγής ενέργειας του εν λόγω αναθέτοντος φορέα, με βάση το μέσο όρο των τριών τελευταίων ετών συμπεριλαμβανομένου του τρέχοντος έτους.

Εν προκειμένω, η πλήρωση των προϋποθέσεων για την υπαγωγή από το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου ΙΙ, αφορά στην περίπτωση κατά την οποία η τροφοδότηση του σταθερού δικτύου πραγματοποιείται από αναθέτοντες φορείς που δεν είναι αναθέτουσες αρχές και που παράγουν ηλεκτρική ενέργεια στο πλαίσιο άλλης δραστηριότητας (εκτός του ηλεκτρισμού, του φυσικού αερίου ή θερμότητας, του νερού ή των μεταφορών) και τροφοδοτούν το δίκτυο με το υπερβάλλον ποσοστό της παραγωγής αυτής, εφόσον η τροφοδότηση εξαρτάται από την κατανάλωση που οι ίδιοι πραγματοποιούν για την άσκηση της δραστηριότητάς τους και δεν υπερβαίνει το 30% της συνολικής παραγωγής ενέργειας, όπως περαιτέρω προσδιορίζεται. Το πεδίο της εξαίρεσης διαφοροποιήθηκε, στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας και του Βιβλίου ΙΙ του νόμου σε σχέση με το προισχύσαν καθεστώς, το οποίο επέτρεπε μη ρύθμιση όταν η παραγωγή ηλεκτρισμού ήταν αναγκαία για την άσκηση οποιασδήποτε δραστηριότητας.

Υπογραμμίζεται εκ νέου ότι οι εξαιρέσεις των άρθρων 228 παρ. 2 και 229 παρ. 2 του νόμου, δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση αναθετόντων φορέων που εμπίπτουν στην έννοια της αναθέτουσας αρχής, κατά το άρθρο 223.

Ως εκ τούτου, η εξαίρεση αυτή, υπό τις προϋποθέσεις που θέτει ανωτέρω η διάταξη, τυγχάνει εφαρμογής στην περίπτωση μιας δημόσιας επιχείρησης ή μιας ιδιωτικής επιχείρησης που δραστηριοποιείται σε έναν τομέα του Βιβλίου ΙΙ (εκτός των ως άνω αναφερομένων) βάσει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων (ως εκ τούτου δεν υπάγεται στην έννοια της αναθέτουσας αρχής) και η οποία παράγει ηλεκτρική ενέργεια στο πλαίσιο αυτού του τομέα, για τις δικές της ανάγκες, τροφοδοτεί δε το κρατικό δίκτυο ηλεκτρισμού με εκείνη την ποσότητα ενέργειας που δεν καταναλώνει για τη δραστηριότητά της.

Θα πρέπει να διευκρινισθεί επιπλέον, ως προς την άσκηση της δραστηριότητας «Θερμότητα», ότι ενώ αυτή η δραστηριότητα αυτή εμπίπτει στο πεδίο της Τομεακής Οδηγίας και για το σύνολο των αναθετόντων φορέων του άρθρου 224, η ψύξη εκφεύγει του πεδίου της Τομεακής Οδηγίας και ρυθμίζεται, **μόνο στην περίπτωση των αναθετουσών αρχών, από τις διατάξεις της κλασικής Οδηγίας**. Σε περιπτώσεις συμβάσεων που ανατίθενται για την εκτέλεση τόσο δραστηριοτήτων θέρμανσης όσο και δραστηριοτήτων ψύξης το νομικό καθεστώς ανάθεσης θα πρέπει να εξετάζεται με βάση τις

διατάξεις που διέπουν τις συμβάσεις πολλαπλών δραστηριοτήτων (άρθρο 226) προκειμένου να καθοριστεί ποιοι κανόνες διέπουν, ενδεχομένως, την ανάθεσή τους.¹⁰⁶

2.2.5.3. Ως προς το άρθρο 234 («Εξόρυξη πετρελαίου και φυσικού αερίου και αναζήτηση ή εξόρυξη άνθρακα και άλλων στερεών καυσίμων»):

Σημειώνεται ότι στο ρυθμιστικό πεδίο της σχετικής δραστηριότητας παραμένει, ως αναφέρεται και ανωτέρω, μόνο η δραστηριότητα της εξόρυξης, καθώς η εξερεύνηση κρίθηκε ότι ασκείται πλέον σε ανταγωνιστικό περιβάλλον, οι πιέσεις του οποίου επιτρέπουν τη μη ρύθμισή του από δευτερογενείς κανόνες της Ένωσης.

Σε ό,τι αφορά στη διάκριση μεταξύ των δυο εννοιών, διευκρινίζεται ότι η «παραγωγή» είναι ταυτόσημη της εξόρυξης και περιλαμβάνει επιπλέον την ανάπτυξη, ήτοι την κατασκευή κατάλληλων υποδομών για μελλοντική παραγωγή, όπως είναι επί παραδείγματι εξέδρες εξόρυξης πετρελαίου ή φυσικού αερίου, αγωγοί και τερματικοί σταθμοί, ενώ η «εξερεύνηση» περιλαμβάνει τις ενέργειες που πραγματοποιούνται, προκειμένου να εξακριβωθεί αν σε μια δεδομένη γεωγραφική ζώνη υφίσταται πετρέλαιο ή φυσικό αέριο, και, εάν ναι, αν οι ποσότητες αυτού είναι εμπορικώς εκμεταλλεύσιμες¹⁰⁷

3. το άρθρο 225 : μεικτές συμβάσεις στο πλαίσιο άσκησης της ίδιας δραστηριότητας

Ως μεικτή σύμβαση νοείται εκείνη που το αντικείμενό της περιλαμβάνει

- i. διαφορετικά είδη συμβάσεων (προμήθεια, υπηρεσία, έργο) ή
- ii. υπάγεται σε διαφορετικά νομικά καθεστώτα (Βιβλίο Ι, Βιβλίο ΙΙ, νόμος περί παραχωρήσεων, μη ρύθμιση από το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων δυνάμει εφαρμογής εξαιρέσεων από το πεδίο ρύθμισης), πλην όμως ανατίθεται κατά τρόπο ενιαίο.

3.1. Μεικτές συμβάσεις που περιλαμβάνουν διαφορετικά είδη συμβάσεων - βασικός κανόνας αυτός του άρθρου 225 παρ. 2 του νόμου, σύμφωνα με τον οποίο :

- i. οι μεικτές συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το **κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης**.
- ii. για τις μεικτές συμβάσεις που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες κατά την έννοια της ενότητας 1 του Τμήματος ΙV του Βιβλίου ΙΙ, ήτοι από υπηρεσίες που ρητώς εμπίπτουν στις εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής του εν λόγω Βιβλίου, δυνάμει των άρθρων 237 έως 241 και εν μέρει από άλλες υπηρεσίες, ή αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν

¹⁰⁶ Αιτιολογική σκέψη 21 της Τομεακής Οδηγίας. Σχετικά με το άρθρο 226, βλ. κατωτέρω.

¹⁰⁷ Βλ. σχετικά αιτιολογική σκέψη 25 της Τομεακής Οδηγίας.

μέρει από αγαθά, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το **ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή αγαθών είναι η υψηλότερη.**

Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται κατά πρώτον ότι ο ορισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, ανάγεται στο ενωσιακό δίκαιο και δεν εξαρτάται από τον χαρακτηρισμό της σύμβασης αυτής με βάση την εθνική νομοθεσία.¹⁰⁸

Περαιτέρω, υπογραμμίζεται ότι στην περίπτωση των μεικτών συμβάσεων που περιλαμβάνουν δυο ή περισσότερα είδη συμβάσεων, το Δικαστήριο έχει αποσαφηνίσει ότι καθοριστικός παράγοντας βάσει του οποίου κρίνεται το ποιες είναι οι ειδικότερες, ανά είδος σύμβασης, εφαρμοστέες διατάξεις, αφορά στο **κύριο αντικείμενο της σύμβασης**.¹⁰⁹ Η κρίση περί του κυρίου αντικειμένου μιας μεικτής σύμβασης πραγματοποιείται υπό το πρίσμα των ουσιωδών υποχρεώσεων που χαρακτηρίζουν το αντικείμενο αυτής. Κατά τον τρόπο αυτό, πρέπει να εξετάζεται κατά πόσον ένα είδος σύμβασης που περιλαμβάνεται στο αντικείμενο μιας μεικτής σύμβασης επιβάλλει υποχρεώσεις παρεπόμενου ή συμπληρωματικού χαρακτήρα ή εάν αντίθετα, συνέχεται με τις ουσιώδεις υποχρεώσεις οι οποίες επιβάλλονται από το ίδιο το αντικείμενο αυτής. Η εν λόγω κρίση δεν πρέπει να περιορίζεται σε οικονομικά κριτήρια και μόνο.¹¹⁰

Ως εκ τούτου, με εξαίρεση την περίπτωση (ii) ανωτέρω, για την οποία ρητώς προβλέπεται ότι καθοριστικό στοιχείο προσδιορισμού του κύριου χαρακτήρα αυτών είναι, κατά περίπτωση, η αξία των υπηρεσιών ή των αγαθών που προβλέπεται να ανατεθούν, όταν μια σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως έργου όσο και στοιχεία ενός άλλου τύπου συμβάσεως, ο κύριος χαρακτήρας της συμβάσεως, προσδιοριζόμενος κατά τα ανωτέρω, καθορίζει τις προσηκουσες διατάξεις ανάθεσης αυτής. Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τη νομολογία, όταν μια μεικτή σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου συμβάσεως, η σύμβαση αυτή θα έχει, προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως έργου, εφ' όσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τις λοιπές υποχρεώσεις του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο της εκτιμήσεως του κύριου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφ' όσον έχει ορισθεί χωριστή τιμή για τις επιμέρους παροχές, συνεκτιμητέο στοιχείο. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως στο σύνολό της, προκειμένου να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί, όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως.¹¹¹

3.2. Μεικτές συμβάσεις των οποίων το αντικείμενο άπτεται διαφορετικών νομικών καθεστώτων

¹⁰⁸ Βλ. συναφώς ενδεικτικά C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30

¹⁰⁹ C-412/04 (Επιτροπή κατά Ιταλίας) σκ. 47, C-536/07 (Επιτροπή κατά Γερμανίας), σκ. 6, C-213/2013 (Impressa Pizarotti), σκ. 41 και 50, C-306/2008 (Επιτροπή κατά Ιταλίας), σκ. 90-91, βλ. ενδεικτικά νομολογία ελληνικών δικαστηρίων ΣτΕ ΣτΕ 3692/2013, 3932/2012, 2387/2009 7μ., ΕΑ 132/2016, 358/2014, 736/2012, 201/2012.

¹¹⁰ C-412/04, (Επιτροπή κατά Ιταλίας), σκ. 47-50.

¹¹¹ C-331/92, σκ. 23-29, C-220/05, σκ. 37-41, C-412/04, σκ. 47-52, πρβλ. ενδεικτικά ΣτΕ 3692/2013, 3932/2012, 2387/2009 7μ., ΕΑ 132/2016, 358/2014, 736/2012, 201/2012.

Το άρθρο 225 ρυθμίζει επιπροσθέτως το ζήτημα ανάθεσης συμβάσεων, **των οποίων το αντικείμενο άπτεται διαφορετικών νομικών καθεστώτων**, ήτοι μεικτών συμβάσεων των οποίων το αντικείμενο περιλαμβάνει τόσο αντικείμενα που διέπονται από το Βιβλίο ΙΙ, όσο και αντικείμενα που υπάγονται σε διαφορετικό καθεστώς (άρθρο 225 παρ. 1 εδ. β).

Σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στις παραγράφους 3 έως 5 του άρθρου 225:

Σε περίπτωση συμβάσεων με αντικείμενα που εμπίπτουν στο Βιβλίο ΙΙ και με αντικείμενα που δεν εμπίπτουν σε αυτό και **τα διαφορετικά μέρη μιας συγκεκριμένης σύμβασης είναι αντικειμενικά διαιρετά**, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να επιλέγουν

- την ανάθεση είτε **χωριστών συμβάσεων** για τα επιμέρους μέρη : στην περίπτωση αυτή η απόφαση για το **εφαρμοστέο νομικό καθεστώς καθεμίας** από τις χωριστές αυτές συμβάσεις λαμβάνεται **βάσει των χαρακτηριστικών εκάστου μέρους**
- την ανάθεση **ενιαίας σύμβασης** : **εφαρμόζονται οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ** ¹¹² στην μεικτή σύμβαση που προκύπτει, **εάν τα επιμέρους αντικείμενα της σκοπούμενης σύμβασης είναι αντικειμενικά διαιρετά**, και δη ανεξαρτήτως της αξίας των μερών που διαφορετικά θα ενέπιπταν σε άλλο νομικό καθεστώς και ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος από το οποίο θα διέπονταν σε διαφορετική περίπτωση τα εν λόγω μέρη. Αντίθετα, **εάν τα διαφορετικά μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν είναι αντικειμενικά διαιρετά, το νομικό καθεστώς που διέπει τη σύμβαση καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης** (άρθρο 225 παρ. 5).¹¹³
- Ειδικά ως προς την περίπτωση μεικτών συμβάσεων που περιέχουν στοιχεία συμβάσεων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, η μεικτή σύμβαση ανατίθεται σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, υπό τον επιπλέον όρο ότι η εκτιμώμενη αξία του μέρους της σύμβασης που αποτελεί σύμβαση που εμπίπτει στο Βιβλίο ΙΙ (υπολογιζόμενη, σύμφωνα με το άρθρο 236), είναι ίση ή ανώτερη από το αντίστοιχο όριο που ορίζεται στο άρθρο 235 του νόμου, ήτοι αποτελεί σύμβαση «άνω των ορίων» εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

Κρίσιμο συνεπώς στοιχείο, προκειμένου να διαπιστωθεί το προσήκον καθεστώς ανάθεσης ενιαίας σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, είναι κατά πόσον τα διαφορετικά αντικείμενα μιας σύμβασης δύνανται να διακριθούν αντικειμενικώς (άρθρο 225 παρ. 3).

Στο πλαίσιο αυτό διευκρινίζεται ότι, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 13 της Τομεακής Οδηγίας, το αν τα μέρη μιας σύμβασης μπορούν αντικειμενικά να διαχωριστούν καθορίζεται από τον αναθέτοντα

¹¹² εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στο άρθρο 244.

¹¹³ Πρβλ. συναφώς ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 157/2015 στην οποία διαγωνισμός αναθέτοντα φορέα στον τομέα των λιμένων, για τη λειτουργία – εκμετάλλευση – συντήρηση καταστήματος υγειονομικού ενδιαφέροντος (παραχώρηση) καθώς και μελέτη – κατασκευή αναγκαίων συμπληρωματικών έργων και την προμήθεια του αναγκαίου εξοπλισμού, αντιμετωπίστηκαν ως αδιάφετη ολότητα και ελέγχθηκε το κύριο αντικείμενο της σκοπούμενης σύμβασης προκειμένου να διαπιστωθεί ότι ο διαγωνισμός και η σύμβαση συνακόλουθα εξάρευναν του πεδίου εφαρμογής της προισχύσασας Τομεακής Οδηγίας 2004/17/ΕΚ. Σχετικά με το κύριο αντικείμενο μεικτής σύμβασης. Βλ. σχετικά με τις μεικτές συμβάσεις που εμπίπτουν σε περισσότερα νομικά καθεστώτα, C-145, C-149 (συνεκδικ.).

φορέα, ο οποίος λαμβάνει υπ' όψιν, προς τον σκοπό αυτό το αν υπάρχουν «αντικειμενικά αποδεικτικά στοιχεία που είναι ικανά να την αιτιολογήσουν και να δικαιολογήσουν την ανάγκη να συναφθεί ενιαία σύμβαση». Επισημαίνεται εν προκειμένω η σχετική κρίση του Δικαστηρίου περί του ότι, η εκπεφρασμένη ή τεκμαιρόμενη πρόθεση του αναθέτοντος φορέα να θεωρήσει ότι οι πτυχές που συνθέτουν μία μεικτή σύμβαση είναι αδιαίρετες δεν επαρκεί, αλλά πρέπει να στηρίζεται σε αντικειμενικά στοιχεία δυνάμενα να τη δικαιολογήσουν και να εδραιώσουν την αναγκαιότητα σύναψης ενιαίας σύμβασης.¹¹⁴

Ως εκ τούτου, εάν η διάκριση των αντικειμένων είναι εφικτή, οι αναθέτοντες φορείς επιλέγουν μεταξύ της ανάθεσης αυτών με διακριτές συμβάσεις, εφαρμόζοντας **το εκάστοτε προσήκον καθεστώς** (κλασική Οδηγία, Τομεακή Οδηγία, παραχώρηση, συμβάσεις στον τομέα της άμυνας) **για ένα έκαστο εξ αυτών**. Εάν επιλέξουν να αναθέσουν **ενιαία σύμβαση**, τότε **θα πρέπει να εφαρμόσουν τις διατάξεις του Βιβλίου II για τη μεικτή σύμβαση που θα προκύψει** (άρθρο 225 παρ. 4)¹¹⁵ και **δη ανεξαρτήτως της αξίας των τμημάτων που υπάγονται σε άλλο νομικό καθεστώς**.¹¹⁶

Εάν η διάκριση των αντικειμένων δεν είναι αντικειμενικώς εφικτή, το νομικό καθεστώς που διέπει τη σύμβαση καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της σύμβασης (άρθρο 225 παρ. 5), ήτοι την κύρια ανάγκη που προτίθεται να καλύψει μέσω της ανάθεσης της σύμβασης, ο αναθέτων φορέας.¹¹⁷

Περιπτώσεις εφαρμογής του άρθρου 225 (παρ. 3-5) είναι δυνατόν να προκύψουν, επί παραδείγματι, όταν ένα τμήμα μιας δραστηριότητας εξαιρείται του ρυθμιστικού πεδίου της Τομεακής Οδηγίας, ενώ κατά τα λοιπά η δραστηριότητα υπόκειται στις διατάξεις του Βιβλίου II.

Παραδείγματα:

➤ αναθέτων φορέας ο οποίος δραστηριοποιείται στον τομέα του φυσικού αερίου και θερμότητας (άρθρο 228 νόμου), προτίθεται να αναθέσει σύμβαση, που αποσκοπεί στην άσκηση της δραστηριότητάς του στον τομέα αυτόν, με επιμέρους αντικείμενα την παραγωγή και προμήθεια φυσικού αερίου (υποτομείς της ίδιας δραστηριότητας). Εάν η προμήθεια φυσικού αερίου, επί παραδείγματι, έχει λάβει απόφαση εξαίρεσης από την Τομεακή Οδηγία δυνάμει πράξης της Επιτροπής (άρθρο 251 νόμου), ο εν λόγω αναθέτων φορέας θα κληθεί να εφαρμόσει τις οικείες διατάξεις του άρθρου 225 (παρ. 3, 4 ή 5), καθώς η μεν παραγωγή θα υπάγεται στο καθεστώς του Βιβλίου II, ενώ η προμήθεια σε άλλο καθεστώς (εξαιρούμενο από την εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας).¹¹⁸

¹¹⁴C-215/09, Mehiläinen και TerveystaloHealthcare, σκ. 39, βλ. σχετικά και ΕΑ ΣτΕ 736/2012, 358/2014.

¹¹⁵ Με την επιφύλαξη εφαρμογής του άρθρου 244, σχετικά με τις μεικτές συμβάσεις που άπτονται της άμυνας ή της ασφάλειας.

¹¹⁶Βλ. αιτιολογική σκέψη 14 της Τομεακής Οδηγίας. Πρβλ. επίσης άρθρο 4 παρ. 5 Βιβλίου I του νόμου.

¹¹⁷ Βλ. C-3/88, (Επιτροπή κατά Ιταλίας), σκ. 19, C-331/92 (Gestión Hotelera), σκ. 23-26, C-220/05, (Auroux *et al*), σκ. 36-37, C-536/07, (Επιτροπή κατά Γερμανίας), σκ. 28-29, 57, 61.

¹¹⁸Βλ. σχετικά Τεχνική Οδηγία 3/2018 και επισήμανση στην παρούσα σχετικά με την τροποποίηση του άρθρου 252 του νόμου.

- αναθέτων φορέας που δραστηριοποιείται ευρύτερα στην ενέργεια (άρθρα 228, 229 και 234), προτίθεται να αναθέσει σύμβαση η οποία αφορά τόσο στην προμήθεια καυσίμων για την τροφοδότηση ενέργειας, όσο και στη συντήρηση του εξοπλισμού δια του οποίου τροφοδοτείται το σταθερό σύστημα παραγωγής ενέργειας. Στην περίπτωση αυτή, η προμήθεια καυσίμων εξαιρείται από το πεδίο του Βιβλίου ΙΙ δυνάμει του άρθρου 242 του νόμου, ενώ η συντήρηση του δικτύου εμπίπτει κατά αντικείμενο στις διατάξεις του και θα τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 225 (παρ. 3-5), προκειμένου να καθορισθεί το προσήκον καθεστώς ανάθεσης.
- Ομοίως, το άρθρο 225 (παρ. 3-5) θα τυγχάνει εφαρμογής στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 7 περ. ii του νόμου, σχετικά με τις αναφερόμενες «άλλες υπηρεσίες πλην των ταχυδρομικών» ως εξετέθη ανωτέρω, ήτοι στις περιπτώσεις που ενδέχεται να προκύψουν όταν αναθέτοντες φορείς προτίθενται να αναθέσουν σύμβαση με αντικείμενο τόσο «άλλες υπηρεσίες πλην των ταχυδρομικών» (άρθρο 233 παρ. 2 περ. γ) ή ταχυδρομικές υπηρεσίες (άρθρο 233 παρ. 1), οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ, όσο και κάποια από τις τέσσερις κατηγορίες που εξαιρούνται από αυτό (αλλά και από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι, σύμφωνα με το άρθρο 7 του νόμου ανωτέρω).

4. το άρθρο 226 : συμβάσεις που καλύπτουν πολλαπλές δραστηριότητες¹¹⁹

Αναφορικά με τη σύναψη συμβάσεων που πρόκειται να καλύψουν πολλαπλές δραστηριότητες, επισημαίνεται ότι τέτοιες περιπτώσεις ενδέχεται να προκύψουν όταν, επί παραδείγματι:

- i. ένας Δήμος, ο οποίος αποτελεί αναθέτοντα φορέα που είναι και αναθέτουσα αρχή, προτίθεται να αναθέσει σύμβαση που προορίζεται να ικανοποιήσει ανάγκες που πηγάζουν τόσο από τις συνήθεις δραστηριότητές του στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του ως Δήμος, όσο και από επιπλέον δραστηριότητες με τις οποίες είναι επιφορτισμένος και οι οποίες προβλέπονται στα άρθρα 228-234 του Βιβλίου ΙΙ, ως είναι η παροχή πόσιμου νερού.
- ii. υφίσταται ανάγκη ανάθεσης σύμβασης, προς τον σκοπό ικανοποίησης αναγκών αναθέτοντος φορέα στο πλαίσιο άσκησης δραστηριότητας των άρθρων 228-234 του νόμου, μέρος των οποίων αποτελεί σύμβαση παραχώρησης, κατά την έννοια του ν. 4413/2016.
- iii. αναθέτων φορέας προτίθεται να συνάψει σύμβαση που προορίζεται να ικανοποιήσει την άσκηση δυο δραστηριοτήτων, εκ των αναφερομένων στα άρθρα 228-234, εκ των οποίων η μια (ή τμήμα αυτής) είναι πλήρως εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό και έχει σχετικώς εκδοθεί εκτελεστική πράξη της Επιτροπής (άρθρα 251 και 252), συνεπώς εκφεύγει του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενώ η άλλη διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ.
- iv. ένας αναθέτων φορέας, ο οποίος δραστηριοποιείται στον τομέα των μεταφορών, προτίθεται να συνάψει σύμβαση, η οποία προορίζεται να καλύψει ανάγκες (πχ προμήθεια σιδηροτροχιών), τόσο στο πλαίσιο της παροχής δημόσιων επιβατικών μεταφορικών υπηρεσιών με σιδηρόδρομο ή μετρό, η

¹¹⁹Το άρθρο 226 συνιστά ειδική ρύθμιση κατά παρέκκλιση του άρθρου 225, όπως ρητώς ορίζεται στο κείμενό του.

ανάθεση των οποίων ρητώς εξαιρείται δια του άρθρου 231 παρ. 2, όσο και της παροχής υπηρεσιών στο κοινό με τραμ, η οποία διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 231.¹²⁰

Σε τέτοιες περιπτώσεις, θα πρέπει να καθορισθεί, κατά τον προγραμματισμό των συμβάσεων, το προσήκον νομικό καθεστώς ανάθεσης.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 226, για τις περιπτώσεις σύναψης συμβάσεων που πρόκειται να καλύψουν πολλαπλές δραστηριότητες, οι αναθέτοντες φορείς **δύνανται να επιλέγουν**, υπό τον όρο ότι η επιλογή του τρόπου ανάθεσης, δε θα πρέπει να αποσκοπεί στην εξαίρεση της σύμβασης ή των συμβάσεων που θα προκύψουν, από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου II:

- **την ανάθεση χωριστών συμβάσεων** για τα επιμέρους μέρη: στην περίπτωση αυτή το νομικό καθεστώς ανάθεσης εκάστης εξ' αυτών θα καθορισθεί **βάσει του κύριου χαρακτηριστικού της επιμέρους δραστηριότητας** που αυτή έχει ως σκοπό να καλύψει.
- **την ανάθεση ενιαίας σύμβασης** : στην περίπτωση αυτή και σε αντίθεση με το άρθρο 225, **κύριος παράγοντας** προσδιορισμού του εφαρμοστέου νομικού καθεστώτος, δεν είναι το διακριτό ή μη των αντικειμένων αυτής, **αλλά το κατά πόσον είναι αντικειμενικώς δυνατόν να προσδιορισθεί η κύρια δραστηριότητα για την οποία προορίζεται.**

Η περίπτωση της ανάθεσης ενιαίας σύμβασης διακρίνεται περαιτέρω, ανάλογα με το εάν η κύρια δραστηριότητα είναι δυνατόν ή μη να προσδιορισθεί με τη χρήση αντικειμενικών κριτηρίων.

Η επιλογή ανάθεσης ενιαίας σύμβασης, αντί επιμέρους χωριστών συμβάσεων, είναι δυνατόν να καθορίζεται τόσο από τεχνικής φύσης λόγους, όσο και από οικονομικές παραμέτρους.

- Τεχνικοί λόγοι, επί παραδείγματι, επιβάλλουν την ανάθεση μιας ενιαίας σύμβασης για την κατασκευή ενός κτιρίου που προορίζεται για τη στέγαση της διοίκησης και των γραφείων λειτουργίας δυο διαφορετικών δραστηριοτήτων, καθώς η ανάθεση δυο διαφορετικών συμβάσεων για την κατασκευή του κτιρίου δεν είναι εφικτή για αντικειμενικούς τεχνικούς λόγους.
- Για οικονομικούς λόγους προκρίνεται η ανάθεση μιας ενιαίας σύμβασης σε περιπτώσεις όπως είναι η ανάθεση μιας αντί περισσότερων συμβάσεων με αντικείμενο υπηρεσίες καθαριότητας κτιρίου, το οποίο στεγάζει τόσο υπηρεσίες που διαχειρίζονται τις «συνήθεις» δραστηριότητες ενός Δήμου, όσο και τις υπηρεσίες που εξυπηρετούν την δραστηριότητα παροχής πόσιμου νερού, κατά το άρθρο 230 του νόμου.

Κατά τον τρόπο αυτό, σε περίπτωση που ένας αναθέτων φορέας ασκεί περισσότερες της μιας δραστηριότητες των άρθρων 228-234, επί παραδείγματι δραστηριοποιείται τόσο στην παροχή πόσιμου νερού, κατ' άρθρο 230, όσο και στην παροχή ηλεκτρικής ενέργειας, κατ' άρθρο 229, είναι δυνατή η ανάθεση ενιαίας σύμβασης για την προμήθεια καυσίμου για τα οχήματά του, ανεξαρτήτως

¹²⁰Βλ. σχετικά έγγραφο Ευρωπαϊκής Επιτροπής, *Explanatory Note – Utilities Directive, Contracts Involving More Than One Activity*, CC/2004/34, 18.06.2004.

της ποσότητας καυσίμου που απαιτείται για τα επιμέρους οχήματα εκάστης δραστηριότητας και ακόμη και στην περίπτωση κατά την οποία υφίσταται σχετική εξαίρεση από την εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας για μια εξ' αυτών, δυνάμει σχετικής εκτελεστικής πράξης της Επιτροπής, κατ' εφαρμογή των άρθρων 251 και 252 του νόμου.¹²¹

Σε περίπτωση που η κύρια δραστηριότητα για την οποία προορίζεται η σύμβαση δεν είναι δυνατόν να προσδιοριστεί κατά αντικειμενικό τρόπο, τυγχάνει εφαρμογής η παράγραφος 3 του άρθρου 226.

Σύμφωνα με την ως άνω παράγραφο 3, στην περίπτωση συμβάσεων για τις οποίες είναι αντικειμενικά αδύνατον να προσδιοριστεί η κύρια δραστηριότητα για την οποία προορίζεται, τυγχάνουν εφαρμογής οι ακόλουθοι κανόνες:

α) η σύμβαση ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου Ι αν μία από τις δραστηριότητες για τις οποίες προορίζεται υπάγεται στο Βιβλίο ΙΙ και η άλλη στο Βιβλίο Ι·

β) η σύμβαση ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, αν μία από τις δραστηριότητες για τις οποίες προορίζεται υπάγεται στο Βιβλίο ΙΙ και η άλλη στον ν. 4413/2016, σχετικά με τις παραχωρήσεις·

γ) η σύμβαση ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, αν μία από τις δραστηριότητες για τις οποίες προορίζεται υπάγεται στο Βιβλίο ΙΙ και η άλλη δεν υπάγεται ούτε στο Βιβλίο ΙΙ, ούτε στο Βιβλίο Ι, ούτε στον ν. 4413/2016.

Τέτοιες περιπτώσεις αναφύονται όταν αναθέτων φορέας προτίθεται να αναθέσει σύμβαση για την προμήθεια υλικού, χωρίς να είναι σε θέση να προσδιορίσει την ακριβή χρήση αυτού ανά δραστηριότητα την οποία ασκεί ή όταν προτίθεται να χρησιμοποιήσει αυτό εξίσου για αυτές τις δραστηριότητες.

Κατ' εφαρμογή των ανωτέρω παραδειγμάτων στις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 226, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

- Στο παράδειγμα της περίπτωσης (i) ανωτέρω, ο Δήμος θα πρέπει να εφαρμόσει του Βιβλίο Ι του νόμου.
- Στο παράδειγμα (ii) η σύμβαση θα ανατεθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, εάν μια από τις δραστηριότητες για τις οποίες προορίζεται υπάγεται στο Βιβλίο ΙΙ και
- Στα παραδείγματα (iii) και (iv) ανωτέρω, οι συμβάσεις θα ανατεθούν σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ εάν μια από τις δραστηριότητες για τις οποίες προορίζεται υπάγεται σε αυτό ενώ οι άλλες δραστηριότητες δεν υπάγονται ούτε στις διατάξεις του Βιβλίου Ι αλλά ούτε και στις διατάξεις του ν. 4413/2016.

¹²¹Βλ. σχετικά με τα παραδείγματα που αναφέρονται, έγγραφο Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Explanatory Note – Utilities Directive, Contracts Involving More Than One Activity, CC/2004/34, 18.06.2004, παρ. 2.1.

Όπως προκύπτει εκ των προεκτεθέντων, στην περίπτωση που δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί αντικειμενικά η δραστηριότητα για την οποία προορίζεται μια σύμβαση, υφίσταται τεκμήριο υπέρ της ρύθμισης της σύμβασης από το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, κατ' εφαρμογή του «τεστ της κύριας δραστηριότητας».¹²²

5. Εξαιρέσεις από το ρυθμιστικό πεδίο

Οι προβλεπόμενες από το κείμενο του νόμου εξαιρέσεις από το ρυθμιστικό πεδίο του νόμου εν γένει, αποτελούν εξαιρέσεις οι οποίες ρητώς προβλέπονται και στο κείμενο της Τομεακής Οδηγίας. Επισημαίνεται ότι, καθώς οι εν λόγω διατάξεις εισάγουν εξαίρεση από τον κανόνα περί ρύθμισης των συμβάσεων των αναθετόνων φορέων από το δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων, οι εξαιρέσεις αυτές ερμηνεύονται καταρχάς στενά,¹²³ ενώ περαιτέρω οι προβλεπόμενες στην ως άνω Οδηγία εξαιρέσεις αναφέρονται στο κείμενό της κατά τρόπο περιοριστικό.¹²⁴

Στον Τίτλο Ι του νόμου και ειδικότερα στα Τμήματα IV (άρθρα 237 – 241) και V (άρθρα 243- 252), προβλέπονται οι εξαιρούμενες συμβάσεις από το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου ΙΙ και αντίστοιχα της Τομεακής Οδηγίας.

Συναφώς, επισημαίνονται τα ακόλουθα σχετικά με ορισμένες εκ των ανωτέρω εξαιρέσεων:

5.1. Ειδικές Εξαιρέσεις

Επισημαίνονται τα ακόλουθα σημεία, ως προς τις προβλεπόμενες στο Βιβλίο ΙΙ ειδικές εξαιρέσεις από το ρυθμιστικό του πεδίο:

Το **άρθρο 240** περιλαμβάνει ειδικές εξαιρέσεις για ορισμένες συμβάσεις υπηρεσιών. Επισημαίνονται τα ακόλουθα σε σχέση με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του εν λόγω άρθρου:

Ως προς την ανάθεση νομικών υπηρεσιών: όπως προκύπτει από τις επιμέρους υπο-περιπτώσεις της περιπτ. γ του άρθρου 240, πολλές νομικές υπηρεσίες εξαιρούνται εντελώς από το ρυθμιστικό πεδίο του νόμου.¹²⁵ Ειδικότερα, εξαιρούνται από εν λόγω ρυθμιστικό πεδίο νομικές υπηρεσίες που συνεχονται με τη δικαστική εκπροσώπηση του αναθέτοντος φορέα ή την προετοιμασία δικαστικής εκπροσώπησης(άρθρο 240 περίπτωση γ). Επισημαίνεται ότι, στον βαθμό που δεν εξαιρούνται δυνάμει της περιπτ. (γ) του άρθρου 240, οι νομικές υπηρεσίες που εμπίπτουν στους κωδικούς CPV που αναφέρονται στο Παράρτημα XVII του Προσαρτήματος Β' του νόμου,¹²⁶ υπάγονται στις κοινωνικές ή ειδικές υπηρεσίες των άρθρων 318-321 και εφαρμόζονται, ως προς αυτές, τα οριζόμενα, στις εν λόγω διατάξεις.

¹²² 'Principal activity test', βλ. σχετικά Arrowsmith, "The Law of Public and Utilities Procurement" Vol II, Sweet & Maxwell 2018, 314-315.

¹²³ C-57/94 (Επιτροπή κατά Ιταλίας), σκ. 23, σύμφωνα με την οποία οι εξαιρέσεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά, βλ. όμως και C-252/01 (Επιτροπή κατά Βελγίου), στην οποία δεν έγινε στενή ερμηνεία των εξαιρέσεων στο πλαίσιο των συμβάσεων άμυνας.

¹²⁴ C-107/98 (Teckal)

¹²⁵ Βλ. C-264/18 (P.M. and Others v Ministerraad) και αιτιολογική σκέψη 33 της Τομεακής Οδηγίας.

¹²⁶ CPV 79100000-5 έως 79140000-7· 75231100-5.

Σχετικά με την περιπτ. (στ) του άρθρου 240, η οποία αφορά στην εξαίρεση των «συμβάσεων εργασίας»¹²⁷ από το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου ΙΙ, σημειώνεται ότι, όπως έχει επισημάνει το Δικαστήριο,¹²⁸ η εν λόγω εξαίρεση αφορά σε όλες τις συμβάσεις εργασίας,¹²⁹ βάσει των οποίων προσλαμβάνονται φυσικά πρόσωπα προκειμένου να παράσχουν υπηρεσίες και οι οποίες δημιουργούν σχέση εργασίας, στο πλαίσιο της οποίας τα πρόσωπα αυτά παρέχουν υπηρεσίες έναντι αμοιβής, επί ορισμένο χρονικό διάστημα, προς όφελος και υπό τη διεύθυνση αναθέτουσας αρχής και εν προκειμένω αναθέτοντος φορέα, ενώ είναι άνευ σημασίας ο τρόπος προσλήψεως των εν λόγω προσώπων. Κατά συνέπεια, οι συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου εμπίπτουν στην έννοια των «συμβάσεων εργασίας» και καταλαμβάνονται, ομοίως, από το πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσης.¹³⁰

Σε ό,τι αφορά στην περιπτ. (ζ) του άρθρου 240, επισημαίνεται ότι αυτή αφορά στη ρητή εξαίρεση των δημοσίων επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών ή μεταφορών με μέτρο. Η εξαίρεση αυτή, η οποία συνέχεται με τον καθορισμό του πεδίου της δραστηριότητας του άρθρου 231 του νόμου στον τομέα των μεταφορών, αναφέρεται και στην οικεία Ενότητα της παρούσας.

Τέλος σημειώνεται ότι σύμφωνα με την περιπτ. (η) του άρθρου 240, ορισμένες υπηρεσίες πολιτικής άμυνας, πολιτικής προστασίας και πρόληψης κινδύνων που παρέχονται από μη κερδοσκοπικές οργανώσεις ή ενώσεις, πλην των υπηρεσιών ασθενοφόρων για τη μεταφορά ασθενών, εξαιρούνται από το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου ΙΙ. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 36 της Τομεακής Οδηγίας, το ρυθμιστικό της πλαίσιο δεν καταλαμβάνει ορισμένες υπηρεσίες έκτακτης ανάγκης, όταν αυτές παρέχονται από μη κερδοσκοπικούς οργανισμούς ή ενώσεις, πλην όμως η εξαίρεση αυτή παρέχεται στο μέτρο που δια της επιλογής παρόχων υπηρεσιών δυνάμει των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, θα διακυβευόταν η ιδιαίτερη φύση αυτών των συμβάσεων και στο μέτρο του απαραίτητου.¹³¹

Το άρθρο 241 προβλέπει μη εφαρμογή των διατάξεων του Βιβλίου ΙΙ στις συμβάσεις υπηρεσιών που ανατίθενται σε έναν φορέα ο οποίος είναι ο ίδιος **αναθέτουσα αρχή** ή σε μια ομάδα αναθετουσών αρχών, βάσει αποκλειστικού δικαιώματος, που τους παρέχεται δυνάμει διατάξεων νόμου ή δημοσιευμένων διοικητικών πράξεων, εφόσον οι διατάξεις αυτές συμβιβάζονται με τη ΣΛΕΕ. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 37 της Τομεακής Οδηγίας, η διάταξη αυτή τυγχάνει εφαρμογής στις περιπτώσεις που μια αναθέτουσα αρχή (ή ένωση αυτών) αποτελεί τη **μοναδική πηγή** για την

¹²⁷ Το κείμενο της Οδηγίας, στο άρθρο 21 περιπτ. (στ), κάνει αναφορά σε «συμβάσεις απασχόλησης».

¹²⁸ Εν προκειμένω σχετικά με την αντίστοιχη εξαίρεση των συμβάσεων αυτών από το πεδίο εφαρμογής της κλασικής Οδηγίας, το άρθρο 10 (ζ) της οποίας έχει το ίδιο περιεχόμενο με το άρθρο 21 της Τομεακής Οδηγίας και 240 περιπτ. (στ): «συμβάσεις εργασίας του Βιβλίου ΙΙ». Πρβλ., ιδίως, Απόφαση του Δικαστηρίου (ένατο τμήμα) της 25ης Οκτωβρίου 2018 στην υπόθεση C-260/17 (Ανοδική Services ΕΠΕ κατά ΓΝΑ Ο Ευαγγελισμός – Οφθαλμιατρείο Αθηνών – Πολυκλινική και Γενικό Ογκολογικό Νοσοκομείο Κηφισιάς – (ΓΟΝΚ) «Οι Άγιοι Ανάργυροι»- Αίτηση του Συμβουλίου της Επικρατείας για την έκδοση προδικαστικής απόφασης).

¹²⁹ Αντί πολλών, βλ. C-143/16 (Abercrombie & Fitch Italia), σκ. 19 με παραπομπές σε περαιτέρω νομολογία. Σύμφωνα με την απόφαση του Δικαστηρίου επί της ως άνω υποθέσεως C-260/17, σκ. 28, «*Εντός του ευρύτερου πλαισίου του δικαίου της Ένωσης, το χαρακτηριστικό γνώρισμα της σχέσεως εργασίας συνίσταται στο ότι ένα πρόσωπο παρέχει, επί ορισμένο χρονικό διάστημα, προς όφελος άλλου προσώπου και υπό τη διεύθυνσή του, υπηρεσίες έναντι των οποίων λαμβάνει αμοιβή.*»

¹³⁰ C-260/17 (Ανοδική Services ΕΠΕ), σκ. 29-31.

¹³¹ Βλ. σχετικά με τις προϋποθέσεις ανάθεσης υπηρεσιών μεταφοράς με ασθενοφόρο, C-465/17 (Falck Rettungsdienste).

παροχή μιας ορισμένης υπηρεσίας, με την επιφύλαξη συμβατότητας της χορήγησης του δικαιώματος, δυνάμει του οποίου κατέστη αυτή μοναδική πηγή, με τις διατάξεις της ΣΛΕΕ.

Σύμφωνα με το **άρθρο 242** το Βιβλίο II δεν εφαρμόζεται :

α) στις συμβάσεις για την αγορά ύδατος, εφόσον ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς οι οποίοι ασκούν μία ή και τις δύο δραστηριότητες που σχετίζονται με το πόσιμο ύδωρ και ορίζονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 230 καθώς και

β) στις συμβάσεις, οι οποίες ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς που δραστηριοποιούνται οι ίδιοι στον τομέα της ενέργειας, μέσω της άσκησης μιας δραστηριότητας που αναφέρεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 228, στην παράγραφο 1 του άρθρου 229 ή στο άρθρο 234 και αφορούν στην τροφοδότηση με ενέργεια ή με καύσιμα που προορίζονται για την παραγωγή ενέργειας.

Οι συμβάσεις για την αγορά ύδατος εξαιρούνται του ρυθμιστικού πεδίου της Τομεακής Οδηγίας, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 24, λόγω του ότι οι κανόνες της δεν είναι κατάλληλοι για το εν λόγω είδος συμβάσεων, δεδομένης της ανάγκης προμήθειας ύδατος από πηγές κοντά στην περιοχή που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί.¹³²

5.2. Εξαιρέσεις που ισχύουν μόνο για το Βιβλίο II του νόμου:

Το **άρθρο 237** αφορά στην εξαίρεση από το ρυθμιστικό πεδίο του Βιβλίου II, των συμβάσεων με αντικείμενο την απόκτηση αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, **με σκοπό** τη μεταπώληση ή εκμίσθωσή τους σε τρίτους. Προκειμένου να τύχει εφαρμογής η ως άνω εξαίρεση, ο αναθέτων φορέας πρέπει να μην απολαμβάνει σχετικού ειδικού/ αποκλειστικού δικαιώματος (πώλησης ή μίσθωσης του αντικειμένου αυτών των συμβάσεων).¹³³ Τέτοιες περιπτώσεις αυτές συντρέχουν όταν ένας αναθέτων φορέας προτίθεται να μεταπωλήσει ή να εκμισθώσει σε τρίτο αγαθά τα οποία προμηθεύτηκε σε μια ανταγωνιστική αγορά, ο δε όρος περί μη ύπαρξης ειδικών/ αποκλειστικών δικαιωμάτων τίθεται ακριβώς προκειμένου να διασφαλισθεί ότι κατά την απόκτηση αυτών των αγαθών/ υπηρεσιών/ έργων, ο αναθέτων φορέας δεν επωφελήθηκε τέτοιων δικαιωμάτων, προκειμένου να τα αποκτήσει σε μη ανταγωνιστικό περιβάλλον.

Υπογραμμίζεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 περιπτ. (17) του νόμου, η εξαίρεση του άρθρου 237 δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση των Κεντρικών Αρχών Αγορών (ΚΑΑ).¹³⁴

Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το προαναφερθέν **άρθρο 238** του νόμου, σύμφωνα με το οποίο οι διατάξεις του Βιβλίου II του νόμου δεν εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης που

¹³² Σημειώνεται ότι η περίπτωση της εξαίρεσης συμβάσεων αγοράς ύδατος, σε συνδυασμό με την κατάργηση των διατάξεων περί ΕΚΠΟΤΑ και του ν. 2286/1995, έχει κριθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο ως «ακούσιο νομοθετικό κενό», συνεπεία του οποίου πρέπει να τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις περί συμβάσεων κάτω των ορίων του νόμου (άρθρα 326-334), βλ. Ελ Συν Κλιμ. ΣΤ, Πράξη 10/2017.

¹³³ Η προϋπόθεση αυτή συνεπάγεται ότι και άλλοι φορείς δικαιούνται να προβαίνουν ελεύθερα στην εν λόγω πώληση ή μίσθωση με τους ίδιους όρους που ισχύουν για τον αναθέτοντα φορέα.

¹³⁴ Σύμφωνα με το άρθρο 2 περιπτ. (12) της Τομεακής Οδηγίας.

διενεργούν οι αναθέτοντες φορείς με σκοπούς διαφορετικούς από την άσκηση των δραστηριοτήτων που ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234, οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δεν εφαρμόζονται, επιπλέον, σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης για την άσκηση δραστηριοτήτων σε τρίτη χώρα, υπό συνθήκες που δεν προϋποθέτουν την υλική εκμετάλλευση δικτύου ή γεωγραφικής περιοχής στο εσωτερικό της Ένωσης, ούτε εφαρμόζεται σε διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται για τέτοιου είδους σκοπούς.

Το **άρθρο 249** προβλέπει ότι οι συμβάσεις που ανατίθενται σε κοινοπραξία αναθετόντων φορέων από αναθέτοντα φορέα που συμμετέχει σε αυτή ή εκείνες που ανατίθενται σε αναθέτοντα φορέα που συμμετέχει σε κοινοπραξία αναθετόντων φορέων από την τελευταία, εξαιρούνται της εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙΙ. Προϋπόθεση της εξαίρεσης είναι να έχει συσταθεί η εν λόγω κοινοπραξία με σκοπό την άσκηση μίας ή περισσότερων δραστηριοτήτων των άρθρων 228-234 του νόμου, επί περίοδο τουλάχιστον τριών (3) ετών και ότι η συστατική πράξη της κοινοπραξίας ορίζει ότι οι αναθέτοντες φορείς που τη συγκροτούν συμμετέχουν σε αυτήν τουλάχιστον για την εν λόγω περίοδο.

Εξαίρεση ισχύει και για τις περιπτώσεις των συνδεδεμένων επιχειρήσεων **κατά το άρθρο 248**,¹³⁵ σύμφωνα με την παράγραφο 3 του οποίου οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δεν εφαρμόζονται στις συμβάσεις που ανατίθενται από αναθέτοντα φορέα σε συνδεδεμένη επιχείρηση ή από κοινοπραξία, η οποία έχει συσταθεί αποκλειστικά από αναθέτοντες φορείς με σκοπό την άσκηση δραστηριοτήτων των άρθρων 228-234, σε επιχείρηση συνδεδεμένη με έναν από αυτούς τους αναθέτοντες φορείς.

Ως «συνδεδεμένη επιχείρηση» νοείται (άρθρο 248 παρ. 1 και 2), κάθε επιχείρηση της οποίας οι ετήσιοι λογαριασμοί έχουν ενσωματωθεί με τους λογαριασμούς του αναθέτοντος φορέα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του ν. 4308/2014 (Α' 251)¹³⁶ ή, στην περίπτωση φορέων που δεν εμπίπτουν στις διατάξεις του ν. 4308/2014,¹³⁷ κάθε επιχείρηση η οποία:

- α) μπορεί να υπόκειται, άμεσα ή έμμεσα, σε δεσπίζουσα επιρροή του αναθέτοντος φορέα·
- β) μπορεί να ασκεί δεσπίζουσα επιρροή επί του αναθέτοντος φορέα· ή
- γ) υπόκειται, από κοινού με τον αναθέτοντα φορέα, στη δεσπίζουσα επιρροή άλλης επιχείρησης λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν.

Επισημαίνεται ότι, για τους σκοπούς του άρθρου 248 παρ. 2, η έννοια της «δεσπίζουσας επιρροής» έχει την έννοια που αποδίδεται και στο άρθρο 224 παρ. 2 του νόμου. Ειδικότερα, δεσπίζουσα επιρροή τεκμαίρεται όταν τεκμαίρεται ότι **αναθέτουσες αρχές**, άμεσα ή έμμεσα:

- α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή
- β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή

¹³⁵ Άρθρο 248 παρ. 3, η οποία τυγχάνει εφαρμογής υπό τους όρους της παρ. 4 του ίδιου άρθρου.

¹³⁶ Ν. 4308/2014 (Α' 251) «Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις».

¹³⁷ Πρβλ. Κεφάλαιο Ι άρθρο 1 σχετικά με το πεδίο εφαρμογής του ν. 4308/2014, ως προς το πεδίο εφαρμογής.

γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης.

Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι επιχειρήσεις θα πρέπει να θεωρούνται συνδεδεμένες όταν υπάρχει άμεση ή έμμεση κυρίαρχη επιρροή μεταξύ του αναθέτοντος φορέα και της οικείας επιχείρησης ή όταν αμφότερες υπάγονται στην κυρίαρχη επιρροή άλλης επιχείρησης. Εκ του λόγου αυτού η ύπαρξη ή μη ιδιωτικής συμμετοχής στις επιχειρήσεις στις οποίες γίνεται η ανάθεση δεν έχει σημασία.¹³⁸ Περιορισμοί προβλέπονται σε σχέση με τον μέσο συνολικό κύκλο εργασιών της συνδεδεμένης επιχείρησης,¹³⁹ τη σύνθεση των κοινοπραξιών και τη σταθερότητα των σχέσεων μεταξύ αυτών των κοινοπραξιών και των αναθετόντων φορέων από τους οποίους απαρτίζονται, προς τον σκοπό διασφάλισης ότι η εξαίρεση του άρθρου 248 παρ. 3 δεν προκαλεί στρεβλώσεις του ανταγωνισμού προς όφελος των επιχειρήσεων ή κοινοπραξιών που είναι συνδεδεμένες με τους αναθέτοντες φορείς.¹⁴⁰

5.3. Η εξαίρεση από το ρυθμιστικό πλαίσιο δυνάμει των άρθρων 251 και 252

Ιδιαίτερης σημασίας στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας και συνακόλουθα του νόμου είναι η εξαίρεση που παρέχεται σε περίπτωση συμβάσεων στο πλαίσιο δραστηριοτήτων, άμεσα εκτεθειμένων στον ανταγωνισμό,¹⁴¹ οι οποίες άλλως θα ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας και του νόμου.

Πρόκειται για εν δυνάμει παροχή εξαίρεσης, η οποία, προκειμένου να χορηγηθεί θα πρέπει να ακολουθηθεί η ειδική διαδικασία που προβλέπεται στα άρθρα 251 και 252 του νόμου.

Σχετικώς έχει εκδοθεί η υπ' αριθμ. 3/2018 Τεχνική Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, η οποία αποσαφηνίζει την έννοια της άμεσης έκθεσης στον ανταγωνισμό και αναλύει τους επιμέρους όρους και κανόνες εφαρμογής των άρθρων 251 και 252. Ως εκ τούτου, η εξαίρεση αυτή δεν τυγχάνει περαιτέρω ερμηνείας στο πλαίσιο της παρούσας.

Υπογραμμίζεται ότι, κατόπιν της έκδοσης του **v. 4643/2019**, τροποποιήθηκαν οι παράγραφοι 1 (α' εδ.) και 4 (α' εδ.) του άρθρου 252 του νόμου. Ειδικότερα, το άρθρο 38 του ως άνω νόμου μετέβαλε τους δυνάμενους να υποβάλουν αίτημα στην Επιτροπή, προκειμένου να λάβουν βεβαίωση περί του ότι οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δεν εφαρμόζονται στην ανάθεση συμβάσεων ή στη διοργάνωση διαγωνισμών μελετών για την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας (παρ. 1 άρθρου 252) και συνακόλουθα τους δυνάμενους να υποβάλουν τροποποίηση του εν λόγω αιτήματος (παρ. 4 άρθρου 252). Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 38, την αρμοδιότητα υποβολής του σχετικού αιτήματος έχουν πλέον οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς και όχι τα εκάστοτε αρμόδια εποπτεύοντα Υπουργεία.

¹³⁸ Αιτιολογική σκέψη 41 Τομεακής Οδηγίας.

¹³⁹ Οι προβλέψεις της διάταξης διακρίνουν ανά είδος σύμβασης, πλην όμως σε κάθε περίπτωση, προκειμένου να πληρούνται οι όροι της εξαίρεσης λαμβάνεται υπ' όψιν ο συνολικός μέσος κύκλος εργασιών υπηρεσιών, προμηθειών και έργων.

¹⁴⁰ Βλ. σχετικά αιτιολογική σκέψη 39 Τομεακής Οδηγίας.

¹⁴¹ Βλ. σχετικά https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets_en

[Γ] ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΙΚΟ ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ

1. Η έννοια του αναθέτοντος φορέα

Επισημαίνεται εκ νέου ότι προκειμένου να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, θα πρέπει μια διαδικασία σύναψης σύμβασης ή ένας διαγωνισμός μελετών, να ανατίθεται από οντότητα που αποτελεί αναθέτοντα φορέα, κατά την έννοια του άρθρου 224, ήτοι από οντότητα **που υπάγεται στην έννοια της αναθέτουσας αρχής** (παρ. 1), **της δημόσιας επιχείρησης** (παρ. 2), ή **της κατέχουσας αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα οντότητας**, (παρ. 3).

Σε περίπτωση που πληρούται η ως άνω προϋπόθεση, θα πρέπει να εξετάζεται κατά πόσον η ως άνω οντότητα ασκεί δραστηριότητα εκ των αναφερομένων στα άρθρα 228 έως 234. Κατά τον τρόπο αυτό, η υπαγωγή στην έννοια του αναθέτοντος φορέα - υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ-, συνεχεται με το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής του, καθώς μια οντότητα καλείται να εφαρμόσει το Βιβλίο ΙΙ του νόμου, όταν παράλληλα **ασκεί και μια ή περισσότερες από τις δραστηριότητες των άρθρων 228 – 234 αυτού**. Ενδεικτική εν προκειμένω αυτό είναι η παγία νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων ως προς τη δραστηριότητα «Υδωρ», στο πλαίσιο της οποίας έχει κριθεί ότι :

- Σε περίπτωση Δήμου, ο οποίος δεν έχει ιδρύσει δημοτική επιχείρηση ύδρευσης και αποχέτευσης (ΔΕΥΑ) , αλλά ασκεί ο ίδιος δραστηριότητα παραγωγής και διανομής ύδατος στους δημότες του και εισπράττει τα ανάλογα τέλη, οι συμβάσεις που ανατίθενται στο πλαίσιο εγκατάστασης μονάδος αφαλάτωσης, εμπίπτουν στο πεδίο της Τομεακής Οδηγίας.¹⁴²
- Δήμος, ο οποίος ασκεί ο ίδιος δραστηριότητα αποχέτευσης και δεν έχει συστήσει ΔΕΥΑ, αναθέτει συμβάσεις επεξεργασίας λυμάτων εφαρμόζοντας την Τομεακή Οδηγία.¹⁴³
- Αντίθετα, σύμβαση εγκατάστασης μονάδος αφαλάτωσης, που συνάπτεται από Δήμο που έχει συστήσει ΔΕΥΑ και δεν ασκεί ο ίδιος δραστηριότητα σχετική με το πόσιμο νερό, αλλά τη δραστηριότητα αυτή έχει αναλάβει η ΔΕΥΑ, η οποία εισπράττει και τα ανάλογα τέλη, δεν διέπεται από τις διατάξεις της Τομεακής Οδηγίας.¹⁴⁴
- Ομοίως, σύμβαση που ανατίθεται από Δήμο, με αντικείμενο τη βελτίωση, επέκταση και εκσυγχρονισμό του συστήματος εξυγίανσης νερού για την κάλυψη των αναγκών του, στον οποίο έχει συσταθεί και λειτουργεί αυτοτελής ΔΕΥΑ, δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο της Τομεακής Οδηγίας, αλλά της κλασικής Οδηγίας.¹⁴⁵

¹⁴²ΕΑΣτΕ 124/2009.

¹⁴³ ΕΑ ΣτΕ 358/2014.

¹⁴⁴ΣτΕ 2387/2009, ΕΑ ΣτΕ 505/2008, 167/2009.

¹⁴⁵ΕΑΣτΕ 701/2009.

- Σύμβαση για την προμήθεια ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού της εγκατάστασης επεξεργασίας λυμάτων, η οποία ανατίθεται από ΔΕΥΑ, η οποία ασκεί τη σχετική δραστηριότητα, εμπίπτει στην Τομεακή Οδηγία.¹⁴⁶
- Συμβάσεις που συνάπτει Δήμος, ως φορέας υλοποίησης έργου δυνάμει προγραμματικής σύμβασης (ν. 3614/2007) με την, ασκούμενη δραστηριότητα στον τομέα «Υδρω» ΔΕΥΑ (κύριος του έργου), σύμφωνα με την οποία ο Δήμος, μεταξύ άλλων, διενεργεί τους διαγωνισμούς, την αξιολόγηση των προσφορών και την υπογραφή των σχετικών συμβάσεων, δια των αρμοδίων οργάνων του, υπάγονται στην κλασική και όχι στην Τομεακή Οδηγία, παρά την προγραμματική σύμβαση, καθώς η σχετική δραστηριότητα ασκείται από τη ΔΕΥΑ και όχι από τον Δήμο.¹⁴⁷

Τέλος, η προς ανάθεση σύμβαση ή ο διαγωνισμός μελετών, πρέπει να αποσκοπούν στην άσκηση (να προορίζονται για, να εξυπηρετούν την, να συνδέονται με την άσκηση) μιας εκ των προαναφερομένων δραστηριοτήτων, όπως αναλυτικά εκτέθηκε στην προηγούμενη Ενότητα της παρούσας.

Εάν συντρέχει το σύνολο των ανωτέρω, μια σύμβαση ή ένας διαγωνισμός μελετών θα υπάγεται στο Βιβλίο ΙΙ, και θα διέπεται από τις διατάξεις του, με την επιφύλαξη τυχόν εξαιρέσεων, οι οποίες εισάγονται από την ίδια την Τομεακή Οδηγία κι έχουν ενσωματωθεί αντίστοιχα στις διατάξεις του νόμου.

Σε συνέχεια των ανωτέρω παρατηρείται συνεπώς ότι η Τομεακή Οδηγία, παρουσιάζει, σε σχέση με την κλασική Οδηγία, την ιδιομορφία ότι, πλέον των αναθετουσών αρχών, το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της καταλαμβάνει τόσο δημόσιες επιχειρήσεις, όσο και οντότητες που δεν εμπίπτουν σε καμία από τις δυο αυτές κατηγορίες, πλην όμως ασκούν μια τουλάχιστον δραστηριότητα που περιλαμβάνεται στο πεδίο της Οδηγίας, και ασκούν αυτή δυνάμει ειδικού ή αποκλειστικού δικαιώματος.

Η παρούσα Ενότητα της Κατευθυντήριας Οδηγίας επιχειρεί ερμηνευτική προσέγγιση των ανωτέρω εννοιών.

2. Οι οντότητες που περιλαμβάνει το άρθρο 224

Η έννοια του αναθέτοντος φορέα, ως αποτυπώνεται στο άρθρο 4 της Οδηγίας και το άρθρο 224 του νόμου, αποτελεί έννοια ευρεία, η οποία περιλαμβάνει, ως προελέχθη, τρεις κατηγορίες οντοτήτων.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 224 του νόμου,

¹⁴⁶ ΕΑ ΣτΕ 112/2020.

¹⁴⁷ ΕΑ 438/2013. Κατά τον ίδιο τρόπο, σύμβαση που ανατίθεται από αναθέτουσα αρχή που δεν ασκεί κανενός είδους δραστηριότητα από τις αναφερόμενες στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου, ως εκ τούτου δεν εμπίπτει στην έννοια του αναθέτοντος φορέα κατά το άρθρο 224 του νόμου, αλλά αφορά στην ανάθεση ταχυδρομικών υπηρεσιών, εμπίπτει στο Βιβλίο Ι του νόμου και όχι στο Βιβλίο ΙΙ, βλ. χαρακτηριστικά ΕΑ ΣτΕ 451/2008 σχετικά με την ανάθεση ταχυδρομικών υπηρεσιών από την Ελληνική Αστυνομία.

«1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι:

α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234·

β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας.

2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα:

α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή

β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή

γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης.

3. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα.

Τα δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και στην περίπτωση που η εκχώρηση των εν λόγω δικαιωμάτων βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου.

Οι διαδικασίες αυτές περιλαμβάνουν:

α) διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221), το ν. 3978/2011, τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ ή το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338)·

β) διαδικασίες, σύμφωνα με άλλες νομοθετικές πράξεις της Ένωσης, που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β', οι οποίες διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση αντικειμενικά κριτήρια.»

Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 223 του νόμου, προβλέπεται ότι ως αναθέτουσες αρχές νοούνται :

« {...} το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

2. Ως «αρχές περιφερειακής αυτοδιοίκησης» νοούνται όλες οι αρχές των διοικητικών μονάδων που απαριθμούνται ενδεικτικώς στα επίπεδα NUTS 1, και 2 και οι μικρότερες διοικητικές μονάδες, όπως αναφέρονται στον Κανονισμό (ΕΚ) 1059/2003 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου.

3. Ως αρχές «τοπικής αυτοδιοίκησης» νοούνται όλες οι αρχές των διοικητικών μονάδων που εμπίπτουν στο επίπεδο NUTS 3, καθώς και μικρότερες διοικητικές μονάδες, όπως αναφέρονται στον Κανονισμό (ΕΚ) 1059/2003 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου.

4. Ως οργανισμοί δημοσίου δικαίου νοούνται οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά:

α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα·

β) έχουν νομική προσωπικότητα· και

γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου· ή υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς· ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»

Η διάκριση των ως άνω εννοιών αποτελεί ζήτημα ιδιαίτερης σημασίας, καθώς, σε αντίθεση με το Βιβλίο Ι του νόμου, που αφορά στις αναθέτουσες αρχές και μόνο, η εννοιολογική διάκριση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και των λοιπών δυο κατηγοριών, αντανακλάται σε διαφορετικές ρυθμίσεις στις διατάξεις του εν λόγω Βιβλίου, ανάλογα με το εάν αναθέτων φορέας αποτελεί και αναθέτουσα αρχή ή όχι, ως αναλύεται κατωτέρω, οι οποίες συνεπάγονται και διαφορετικές υποχρεώσεις ανάλογα με την κατηγορία του αναθέτοντος φορέα που διενεργεί διαδικασία σύναψης σύμβασης.

3. Αναθέτουσα Αρχή

Συνεπεία του ορισμού του αναθέτοντος φορέα, προκύπτει ότι κατά πρώτον αναθέτοντες φορείς μπορεί να είναι αναθέτουσες αρχές, όπως η έννοια αυτή περιλαμβάνεται στο άρθρο 4 της Οδηγίας και 223 του νόμου και είναι ταυτόσημη με την έννοια της αναθέτουσας αρχής κατά την κλασική Οδηγία - Βιβλίο Ι του νόμου. Συνεπώς, ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

Επισημαίνεται, σε ό,τι αφορά στην έννοια του Κράτους, ότι αυτή εμπεριέχει όλες τις οντότητες οι οποίες ασκούν νομοθετικές, εκτελεστικές και δικαστικές εξουσίες.¹⁴⁸ Κατά την ερμηνεία της έννοιας του κράτους, το Δικαστήριο εφαρμόζει το λειτουργικό κριτήριο. Έτσι, έχει κριθεί ότι μια οντότητα χωρίς νομική προσωπικότητα, της οποίας οι λειτουργίες καθορίζονται από νόμο και το οποίο εξαρτάται από το κράτος αναφορικά με τον ορισμό των μελών του διοικούστος οργάνου του και την τήρηση των υποχρεώσεών του, ενώ περαιτέρω τα δημόσια έργα που εκτελεί χρηματοδοτούνται από το κράτος, αποτελεί μέρος του κράτους, παρά το γεγονός ότι τυπικά δεν υπάγεται στην κρατική διοίκηση *strictosensu*.¹⁴⁹

Σε ό,τι αφορά ειδικότερα στην υπαγωγή στην κατηγορία του οργανισμού δημοσίου δικαίου, σημειώνεται ότι έχει εκδοθεί σχετικώς η υπ' αριθμ. 4/2019 Τεχνική Οδηγία της Αρχής (ΑΔΑ: 6ΕΖ7ΟΞΤΒ-ΔΛΠ), οποία αποσαφηνίζει την έννοια αυτή.

Σε ό,τι αφορά στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου, λόγω της υπαγωγής σε αυτό εταιριών που εμπίπτουν στον νόμο περί ΔΕΚΟ, καθώς και, ευρύτερα, νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου που δραστηριοποιούνται σε ανταγωνιστικές αγορές, σημειώνονται ακολούθως, πλέον των αναφερομένων στην ως άνω Τεχνική Οδηγία, ορισμένα ζητήματα σχετικά με την υπαγωγή οντοτήτων στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου.

Κατά πρώτον, σημειώνεται και στο κείμενο της παρούσας, ότι η έννοια «αναθέτουσα αρχή» αποτελεί αυτοτελή έννοια του ενωσιακού δικαίου, η οποία δεν εξαρτάται από τον εκάστοτε ορισμό που αποδίδεται στο δίκαιο των Κρατών Μελών της Ένωσης¹⁵⁰.

Ακολούθως, χρήζει ιδιαίτερης προσοχής το γεγονός ότι, εθνικά νομοθετήματα που εξαιρούν νομικά πρόσωπα από τον δημόσιο τομέα, δεν ασκούν επιρροή κατά την υπαγωγή στον ενωσιακό ορισμό της αναθέτουσας αρχής, εάν τα νομικά πρόσωπα αυτά εντάσσονται στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, ερμηνευομένη αυτόνομα κατά το ενωσιακό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, λαμβανομένου υπ' όψιν του στόχου τον οποίο επιδιώκει η οικεία κανονιστική ρύθμιση.¹⁵¹

Περαιτέρω, υπογραμμίζεται ότι, ως έχει κρίνει επανειλημμένως το Δικαστήριο, ο συντονισμός, σε ενωσιακό επίπεδο, των διαδικασιών συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, αποβλέπει στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και την κυκλοφορία των εμπορευμάτων και, συνεπώς, στην προστασία των συμφερόντων των εγκατεστημένων σε κράτος μέλος επιχειρηματιών οι

¹⁴⁸C-323/96 (Επιτροπή κατά Βελγίου), στην οποία απορρίφθηκε επιχείρημα περί μη εφαρμογής των περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεων στις ασκούσες δικαστική εξουσία οντότητες, λόγω της «ανεξαρτησίας και υπεροχής της δικαστικής εξουσίας».

¹⁴⁹C-31/87 (Beentjes), σκ. 12. Σημειώνεται ότι το αγγλικό κείμενο κάνει –ορθώς– αναφορά στο ότι μια τέτοια οντότητα εντάσσεται στην έννοια του «κράτους (State)», ενώ στο ελληνικό κείμενο αναφέρεται ότι η εν λόγω οντότητα ανήκει στο «δημόσιο». Σχετικά με το ότι το Δικαστήριο πρέπει να εφαρμόζει το λειτουργικό κριτήριο κατά την υπαγωγή οντότητας στην έννοια του κράτους, βλ. ο.π., (Beentjes) σκ. 11.

¹⁵⁰ Βλ. Arrowsmith, “The Law of Public and Utilities Procurement”, Voll, Sweet&Maxwell, 2014, 340, C-323/96 (Επιτροπή κατά Βελγίου) (σκ. 41), C-283/00 Επιτροπή κατά Ισπανίας (σκ. 74), σύμφωνα με την οποία “{...} το καθεστώς ιδιωτικού δικαίου του φορέα αυτού δεν αποτελεί κριτήριο ικανό να αποκλείσει τον χαρακτηρισμό του ως αναθέτουσας αρχής {...}”.

¹⁵¹ Βλ., υπό την έννοια αυτή, την προμνημονευθείσα απόφαση Adolf Truley, σκ. 36, 40 και 45.

οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές που είναι εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος.¹⁵²

Κατά παγία νομολογία, προκύπτει επίσης ότι σκοπός των Οδηγιών σχετικά με το συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων είναι, τόσο η αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποβάλλοντες προσφορά ή υποψήφιοι, κατά τη σύναψη οποιασδήποτε συμβάσεως στην οποία προβαίνουν οι αναθέτουσες αρχές, όσο και ο αποκλεισμός του ενδεχομένου ένας οργανισμός ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου να καθορίζει τη στάση του βάσει εκτιμήσεων μη οικονομικής φύσεως.¹⁵³

Σε συνέχεια των ανωτέρω υπογραμμίζεται ότι η αυτοτελής, ως προελέχθη, ενωσιακού δικαίου, έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, δύναται να περιλαμβάνει οντότητες, οι οποίες, κατά το οργανικό κριτήριο, δεν συνάπτουν διοικητικές συμβάσεις, πλην όμως, εφόσον πληρούν (σωρευτικά) τα κριτήρια που προβλέπονται από το άρθρο 223 του νόμου, περί υπαγωγής στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, αποτελούν αναθέτουσες αρχές. Στο πλαίσιο αυτό, υπογραμμίζεται επίσης ότι η (σωρευτική) πλήρωση των κριτηρίων του άρθρου 223, από τη μητρική εταιρία ελεγχόμενης οντότητας, δεν αρκεί προκειμένου να υπαχθεί η τελευταία στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, αλλά θα πρέπει η ίδια η ελεγχόμενη οντότητα (πχ θυγατρική επιχείρηση) να πληροί τα σχετικά κριτήρια υπαγωγής.¹⁵⁴

Περαιτέρω, λόγω της ιδιαίτερης φύσης των φορέων που υπάγονται στο Βιβλίο ΙΙ, επισημαίνονται τα εξής, σε ό,τι αφορά στις ανάγκες "γενικού συμφέροντος" "που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα", στο πλαίσιο εξέτασης της υπαγωγής οντοτήτων στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου¹⁵⁵:

- Ο περιορισμός του κύκλου των ωφελουμένων από μια ασκούμενη δραστηριότητα, δεν αναιρεί το συμπέρασμα ότι μια δραστηριότητα εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον.¹⁵⁶
- Διατυπωμένη κατά γενικό τρόπο, η ως άνω απαίτηση περί μη ύπαρξης βιομηχανικού ή εμπορικού χαρακτήρα των αναγκών, αφορά σε δραστηριότητες που ασκούνται με σκοπό το κέρδος σε ανταγωνιστικές αγορές. Όπως έχει διευκρινίσει το Δικαστήριο, σκοπός συμπερίληψης του κριτηρίου αυτού ήταν να αποσαφηνίσει και όχι να περιορίσει την έννοια

¹⁵² Μεταξύ άλλων, C-380/98 (University of Cambridge), σκ. 16, προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκ. 41, και C-92/00, σκ. 43 και C-470/99 (Universale-Bau) κ.λπ., σκ. 51.

¹⁵³ Μεταξύ άλλων, C-380/98, σκ. 17, C-237/99 (Επιτροπή κατά Γαλλίας), σκ. 42, και C-470/99 σκ. 52.

¹⁵⁴ C-567/15 («LitSpecMet» UAB), σκ. 34

¹⁵⁵ βλ. αποφάσεις C-360/96, συνεκδικ. υποθέσεις C-223/99 και C-260/1999 (Agora και Excelsior), C-1801 Korhonen, καθώς και την ΔΕφΘεσσ 130/2011.

¹⁵⁶ Βλ. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα της 30ής Ιανουαρίου 2001 στις συνεκδικ. υποθέσεις C-223/99 και C-260/99, σκ. 50. Σε εθνικό επίπεδο, σημειώνεται πως έχει κριθεί πως ο σκοπός είναι κοινωφελής, όταν με την εκπλήρωσή του ωφελείται ευρύτερος κύκλος προσώπων, ενδιαφέρει επομένως το κοινωνικό σύνολο :ΣΤΕ 1876/1982, 3932/1995, Γνωμ ΝΣΚ Ολομ. 732/1979, Γνωμ. ΝΣΚ 54/1990.

«ανάγκες γενικού συμφέροντος», δημιουργώντας μια υπο-κατηγορία αυτών των αναγκών εντός του ευρύτερου πεδίου των, γενικού συμφέροντος, αναγκών.¹⁵⁷

Τονίζεται, ως αναφέρεται και στην Τεχνική Οδηγία 4/2018, το γεγονός ότι, ως έχει διευκρινιστεί νομολογιακά, η ύπαρξη αναπτυγμένου ανταγωνισμού σε συγκεκριμένη αγορά αποτελεί ένδειξη ότι δεν πρόκειται για ανάγκη γενικού συμφέροντος, η οποία δεν έχει βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα.¹⁵⁸ Αντιθέτως, συνιστούν, κατά κανόνα, ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, κατά την έννοια της Οδηγίας, ανάγκες που, αφενός, εξυπηρετούνται κατά τρόπο διαφορετικό από την προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών στην αγορά και τις οποίες, αφετέρου, για λόγους που άπτονται του γενικού συμφέροντος, επιλέγει να ικανοποιήσει το ίδιο το κράτος ή επί των οποίων επιθυμεί να διατηρήσει καθοριστική επιρροή.¹⁵⁹

- Η έννοια των «αναγκών γενικού συμφέροντος» αφορά συνεπώς είτε σε ανάγκες που ικανοποιούνται και καλύπτονται από το κράτος, είτε σε ανάγκες, ως προς την ικανοποίηση των οποίων το κράτος διαδραματίζει καθοριστικό ρόλο.¹⁶⁰

Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να υπογραμμισθεί το γεγονός ότι, παρά το γεγονός ότι η γραμματική διατύπωση της Οδηγίας φαίνεται να επιβάλλει ένα «τεστ» σχετικά με τη φύση των αναγκών γενικού συμφέροντος, προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον αυτή αφορά σε εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα, το Δικαστήριο, κατά την εξέταση της πλήρωσης αυτής εστιάζει ιδίως στο κατά πόσον η ελεγχόμενη οντότητα δραστηριοποιείται με εμπορικό τρόπο σε μια αγορά, ήτοι εστιάζει ιδίως στα χαρακτηριστικά της αγοράς καθώς και της φύσης της ίδιας της οντότητας.¹⁶¹

Δοθείσης της νομολογίας, το κατά πόσον οι ανάγκες γενικού συμφέροντος που εξυπηρετεί ένας οργανισμός έχουν εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα, θα πρέπει να εξετάζεται κατά περίπτωση, υπό το πρίσμα των προαναφερθεισών ενδείξεων σε συνάρτηση με τα πραγματικά δεδομένα κατά τα οποία ασκεί τη δραστηριότητά του. Το γεγονός αυτό συνεπάγεται ότι, προκειμένου να διαπιστωθεί άσκηση δραστηριότητας σε ανταγωνιστική αγορά, στοιχείο που αποτελεί ένδειξη ύπαρξης εμπορικού ή βιομηχανικού χαρακτήρα δραστηριότητας, **θα πρέπει να σταθμίζεται και να εξετάζεται το σύνολο των στοιχείων αυτής της αγοράς, και όχι απλώς η απελευθέρωση αυτής μέσω της νομοθεσίας.**

- Κατά τον τρόπο αυτό, είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι μια δραστηριότητα είναι τύποις απελευθερωμένη, καθώς υφίσταται σχετική νομοθεσία, πλην όμως στην πράξη υφίσταται, σε εθνικό επίπεδο, μόνο μια οντότητα που ασκεί αυτή.¹⁶²
- Υπογραμμίζεται ότι, **η ύπαρξη ανταγωνισμού σε μια δεδομένη αγορά**, στο πλαίσιο εξέτασης του κατά πόσον μια οντότητα εμπίπτει ή όχι στην έννοια του «οργανισμού δημοσίου δικαίου»,

¹⁵⁷ C-360/96 (Gemeente Arnhem).

¹⁵⁸ C-360/96 ανωτέρω, σκ. 48-50, C-223/99 και C-260/99 (Agora Srl και Excelsior Snc) συνεκδ., κ. 38.

¹⁵⁹ Μεταξύ άλλων, προμνημονευθείσες αποφάσεις Adolf Truluy, σκ. 50, και Korhonen κ.λπ., σκ. 47.

¹⁶⁰ C-283/2000, Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκ. 80, C-223 και C-260/1999, Agora και Excelsior, σκ. 37, C-373/2000, Adolf Truluy, σκ. 50, C-360/1999, BFI Holding, σκ. 61.

¹⁶¹ C-31/87 ('Beentjes').

¹⁶² Βλ. ενδεικτικά ΕΣ 2038/2014 Μείζονος – Επταμελούς.

δεν πρέπει να συγγέεται με την άμεση έκθεση μιας δραστηριότητας στον ανταγωνισμό, στο πλαίσιο του άρθρου 251.

Ένα επιπλέον στοιχείο που πρέπει να εξετάζεται κατά την υπαγωγή στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, σύμφωνα με το Δικαστήριο, είναι ο χαρακτήρας των ικανοποιουμένων αναγκών, βάσει του κατά πόσον ο εκάστοτε οργανισμός πρέπει να καλύψει ο ίδιος ενδεχόμενες ζημιές, κατά πόσον δηλαδή φέρει την οικονομική ευθύνη, τον κίνδυνο, για τις αποφάσεις του σχετικά με τη σύναψη συμβάσεων. Αν αυτό συμβαίνει, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο οργανισμός αυτός λαμβάνει τις αποφάσεις του βάσει οικονομικών εκτιμήσεων και συνεπώς θα υφίσταται ένδειξη περί βιομηχανικής ή εμπορικής δραστηριότητας. Εάν, αντίθετα, οι ζημιές καλύπτονται από κάποια εκτός του οργανισμού υπηρεσία του Δημοσίου, υπάρχει ο κίνδυνος ο οργανισμός να οδηγηθεί στη σύναψη συμβάσεως με βάση άλλες, και όχι αποκλειστικά οικονομικές, εκτιμήσεις. Σε μια τέτοια περίπτωση, τίθεται σε κίνδυνο η υλοποίηση της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων και υπηρεσιών, και γι' αυτό ο σκοπός των οδηγιών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων¹⁶³.

Στο ως άνω πλαίσιο επισημαίνεται ότι, η απουσία στο καταστατικό οποιασδήποτε δυνατότητας χρηματοδότησεως των ζημιών από το Δημόσιο, αποτελεί ένδειξη περί ασκήσεως βιομηχανικής ή εμπορικής δραστηριότητας, καθώς ένα από τα χαρακτηριστικά της βιομηχανικής ή εμπορικής δραστηριότητας είναι ότι ο επιχειρηματίας φέρει τον οικονομικό κίνδυνο των πράξεών του.¹⁶⁴ Συναφώς σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το Δικαστήριο, παρόλο που δεν αποκλείεται η δραστηριότητα του νομικού προσώπου να αποκομίζει κέρδη διανεμόμενα στους μετόχους του υπό μορφή μερισμάτων, πρέπει να ελέγχεται κατά πόσον η επιδίωξη των κερδών αυτών δεν αποτελεί τον κύριο στόχο του φορέα.¹⁶⁵

Άλλωστε, όπως προκύπτει από τη νομολογία¹⁶⁶, είναι άνευ σημασίας το αν ο οικείος οργανισμός, εκτός από την ειδική αποστολή του που συνίσταται στο να ικανοποιεί τις εν λόγω ανάγκες γενικού συμφέροντος, είναι ελεύθερος να ασκεί άλλες δραστηριότητες, είναι όμως **αποφασιστικής σημασίας** το ζήτημα αν ο εν λόγω οργανισμός εξακολουθεί να είναι επιφορτισμένος με την εξυπηρέτηση των αναγκών, τις οποίες έχει ειδική υποχρέωση να ικανοποιήσει,¹⁶⁷ η δε η προσπόριση κέρδους δεν είναι αποφασιστική για την κατάταξη ενός οργανισμού αλλά αποτελεί ένδειξη.¹⁶⁸

Σε ό,τι αφορά στην περίπτωση (γ) της παραγράφου 4 του άρθρου, επισημαίνεται ότι η πλήρωση των επιμέρους τριών υπο-κριτηρίων της περίπτωσης (γ), εξετάζεται διαζευκτικά, δηλαδή αρκεί η πλήρωση

¹⁶³Στις προμνημονευθείσες υποθέσεις Agorà και Excelsior, Universale Bau, Adolf Truley και Korhonen, ο Γενικός Εισαγγελέας πρότεινε πέραν των ανωτέρω ενδείξεων, να αναζητάται ο χαρακτήρας των ικανοποιούμενων αναγκών βάσει αυτού του κριτηρίου. Το Δικαστήριο επιβεβαίωσε την άποψη αυτή με τις αποφάσεις Agorà και Excelsior.

¹⁶⁴ C-223/99 και C-260/99.

¹⁶⁵ Προπαρατεθείσα απόφαση Korhonen κ.λπ., σκ. 54).

¹⁶⁶ Προπαρατεθείσα απόφαση Mannesmann, σκ. 25.

¹⁶⁷ Συναφώς απόφαση Universale-Bau AG, σκ. 55.

¹⁶⁸ C-223/99 και C-260/99 (Agora και Excelsior), στις οποίες κρίθηκε πως οι ανάγκες που εξυπηρετούσε ο οργανισμός ήταν εμπορικού/ βιομηχανικού χαρακτήρα, παρά το γεγονός ότι ο σκοπός τους δεν ήταν κερδοσκοπικός, καθώς οι ανάγκες που εξυπηρετεί κρίθηκαν ως ανάγκες εμπορικού/ βιομηχανικού χαρακτήρα.

ενός εκ των αναφερομένων στην περίπτωση αυτή υπο-κριτηρίων για την πλήρωση του κριτηρίου (γ), ως περαιτέρω αναφέρεται σχετικά στην Τεχνική Οδηγία 4/2018 της Αρχής.

Σημειώνεται στο σημείο αυτό, ότι, ως έχει κριθεί από τον εθνικό δικαστή, η ένταξη μιας οντότητας στο Μητρώο Φορέων της Γενικής Κυβέρνησης, προϋποθέτει εξειδίκευση και εφαρμογή επί του συγκεκριμένου νομικού προσώπου των καθοριζόμενων στο νόμο κριτηρίων, βάσει των υποβαλλομένων στοιχείων σχετικά με την διοίκηση και την χρηματοδότηση, και τον έλεγχο του εν λόγω νομικού προσώπου από την Κεντρική Διοίκηση.¹⁶⁹ Υπογραμμίζεται επιπλέον ότι ο έλεγχος αυτός δύναται να είναι και έμμεσος.¹⁷⁰ Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή υφίσταται ένδειξη υπέρ της πλήρωσης της ως άνω περίπτωσης (γ).

Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων σχετικά με την υπαγωγή στην έννοια της “αναθέτουσας αρχής”, όπως αυτή αναλύεται σε επιμέρους περιπτώσεις, καθίσταται σαφές ότι αυτή πραγματοποιείται :

- κατά περίπτωση, λαμβανομένης υπ' όψιν της νομολογίας σχετικά με την ερμηνεία της, ενώ υπενθυμίζεται μετ' επιτάσεως η προσέγγιση του Δικαστηρίου να τυγχάνει τόσο λειτουργικής όσο και ευρείας ερμηνείας η κατάταξη των οργανισμών στην εν λόγω έννοια, υπό το φως του επιδιωκόμενου διπλού στόχου, ήτοι της υπάρξεως ανταγωνισμού και διαφάνειας.¹⁷¹

Συνεκδοχικά, όπως επεσήμανε το Δικαστήριο, η επιδίωξη κέρδους και η λήψη αποφάσεων βάσει εμπορικών κινήτρων και κριτηρίων είναι δυνατόν να καθιστά μια οντότητα εκτός της έννοιας της αναθέτουσας αρχής. Στην απόφασή του επί της υπόθεσης *Korhonen*,¹⁷² το Δικαστήριο αναγνώρισε για πρώτη φορά ότι αναθέτουσες αρχές είναι δυνατόν να ιδρύουν ανεξάρτητες οντότητες εάν επιθυμούν να προσφέρουν υπηρεσίες σε τρίτους υπό κανονικές συνθήκες αγοράς. Όταν οι οντότητες αυτές σκοπούν να παράγουν κέρδος, υφίστανται τις ζημίες που προκύπτουν από τις δραστηριότητές τους και δεν είναι επιφορτισμένες με καθήκοντα που ικανοποιούν ανάγκες γενικού συμφέροντος, δε θα εμπίπτουν στην έννοια της αναθέτουσας αρχής. Δικαιολογητικό λόγο της ως άνω προσέγγισης του Δικαστηρίου αποτελεί το γεγονός ότι στις περιπτώσεις αυτές, το επιδιωκόμενο κέρδος και οι ενδεχόμενες ζημίες που συνεχονται με τις συμβάσεις που ανατίθενται κατά τη δραστηριοποίηση αυτών των οντοτήτων, καθιστούν ιδιαίτερα δύσκολη την εμπλοκή τους σε μια διαδικασία σύναψης σύμβασης η οποία δεν καθοδηγείται από αυστηρά οικονομικά κίνητρα, συνεπώς απομακρύνεται ο κίνδυνος επιλογής αναδόχων βάσει άλλων, μη διαφανών κριτηρίων.¹⁷³

4. Δημόσιες Επιχειρήσεις

¹⁶⁹ ΣτΕ 2497/2013. Βλ. και ΣτΕ Ολ 3406/2014: Στο Μητρώο Φορέων Γενικής Κυβέρνησης κατατάσσονται όλοι οι φορείς, τα στοιχεία της οικονομικής διαχείρισης των οποίων λαμβάνονται υπόψη για τον προσδιορισμό του δημόσιου ελλείμματος και του δημόσιου χρέους, κατά τα οριζόμενα στον Κανονισμό 479/2009».

¹⁷⁰ C-306/97 (*Connemara Machine Turf Co Ltd*).

¹⁷¹ Επιτροπή κατά Ισπανίας ανωτέρω, σκ. 53.

¹⁷² C-18/01 *Korhonen and Others*, σκ. 52.

¹⁷³ Πρβλ. συναφώς *Bovis*, “Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions”, *Common Market Law Review* Volume 49, Issue 1 (2012), 252.

Το άρθρο 224 παρ. 2 του νόμου, ορίζει ως «δημόσια επιχείρηση»:

«κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα:

α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης».

Σύμφωνα με τον ανωτέρω ορισμό, ως δημόσια επιχείρηση νοείται κάθε επιχείρηση, στην οποία αναθέτουσες αρχές, ήτοι όχι μόνο το κράτος, αλλά και αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οργανισμοί δημοσίου δικαίου και ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Πρόκειται για νομικά πρόσωπα που δεν ανήκουν στο Κράτος ή τις τοπικές ή περιφερειακές αρχές, τα οποία λειτουργούν ως εμπορικές επιχειρήσεις, στα οποία, ωστόσο, το Κράτος ή άλλη αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια της Οδηγίας, ασκεί δεσπόζουσα επιρροή. Όσα εκ των ανωτέρω νομικών προσώπων – επιχειρήσεων λειτουργούν σε πλήρως ανταγωνιστικές αγορές, για τις οποίες έχει εκδοθεί σχετική εκτελεστική πράξη (απόφαση) της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, εξαιρούνται από το ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας, και του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.¹⁷⁴

Όπως καθίσταται σαφές, σε αντίθεση με την έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, για την υπαγωγή στην οποία απαιτείται η σωρευτική συνδρομή και των τριών προϋποθέσεων που θέτει η Οδηγία, για την υπαγωγή στην έννοια της δημόσιας επιχείρησης αρκεί η πλήρωση έστω και μιας εκ των προϋποθέσεων που τίθενται από το νόμο, ώστε να συναχθεί τεκμήριο περί άσκησης δεσπόζουσας επιρροής από αναθέτουσα αρχή και συνακόλουθα ύπαρξης δημόσιας επιχείρησης. Συνεπώς, πρέπει να πληρούνται δυο κρίσιμα στοιχεία, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι μια επιχείρηση αποτελεί αναθέτοντα φορέα, κατά την έννοια της Οδηγίας και του νόμου:

α) διαπίστωση άσκησης δεσπόζουσας επιρροής, άμεσης ή έμμεσης, λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που διέπουν μια επιχείρηση, η οποία επιρροή πρέπει επιπλέον να ασκείται από νομικό πρόσωπο, το οποίο αποτελεί αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων και εν προκειμένω το άρθρο 223 του Βιβλίου ΙΙ του νόμου και

β) άσκηση μιας εκ των αναφερομένων στα άρθρα 228 -234 δραστηριότητας της επιχείρησης αυτής.

Τονίζεται εκ νέου το γεγονός ότι η έννοια της δημόσιας επιχείρησης για τους σκοπούς της Τομεακής Οδηγίας και του νόμου, νοείται σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης, και δεν ασκούν επιρροή, για την υπαγωγή σε αυτή, τυχόν εθνικοί ορισμοί και κανόνες περί δημοσίων επιχειρήσεων. Έτσι, το γεγονός

¹⁷⁴Βλ. οικεία Ενότητα της παρούσας και σχετική Τεχνική Οδηγία 3/2018.

ότι μια επιχείρηση έχει τεθεί υπό αποκρατικοποίηση ή έχει εισαχθεί σε Χρηματιστήριο αγορών και συνεπώς εντάσσεται στο Κεφάλαιο Β του νόμου περί ΔΕΚΟ (ν. 3429/2005), δεν αποτελεί, εκ προοιμίου, λόγο μη υπαγωγής της στην έννοια της δημόσιας επιχείρησης, κατά το άρθρο 224 παράγραφος 2 του νόμου.

Επισημαίνεται, ως προς τον ν. 3429/2005, ότι οι ρυθμίσεις του έχουν ως σκοπό τη χάραξη και παρακολούθηση της εταιρικής στρατηγικής, τον επιχειρησιακό σχεδιασμό και την εταιρική διαχείριση, καθώς και την αντιμετώπιση των ζητημάτων του προσωπικού των επιχειρήσεων που τίθενται στο Κεφάλαιο Β αυτού. Ως εκ τούτου δεν συνάγεται, εκ των εν λόγω ρυθμίσεων -και μόνο-, κριτήριο για την ύπαρξη ή μη δημόσιας επιχείρησης, κατά την έννοια του νόμου¹⁷⁵. Στο πλαίσιο και για τους σκοπούς του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, η κρίση περί του εάν νομικό πρόσωπο εμπίπτει στο άρθρο 223 ή στο άρθρο 224, άπτεται της κατά περίπτωση εξέτασης της πλήρωσης των κριτηρίων που τίθενται από τη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων και δεν ασκεί επιρροή η “κατάταξη” ή θέση σε κατηγορίες που εμπίπτουν ή όχι στον δημόσιο τομέα, σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο.

Η έννοια της δεσπόζουσας επιρροής ανωτέρω, αποτελεί έννοια που άπτεται του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και συνεπώς, παρά την τυχόν ειδικότερη εθνική νομοθεσία που διέπει μια επιχείρηση, θα πρέπει να κρίνεται βάσει του κατά πόσον μια αναθέτουσα αρχή, κρινόμενη κατά την έννοια του άρθρου 223, είτε κατέχει την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου μιας επιχείρησης είτε ελέγχει την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση είτε μπορεί να διορίζει περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης αυτής.

Εάν διαπιστωθεί ότι συντρέχει διαζευκτικά οποιαδήποτε από τις ανωτέρω προϋποθέσεις, τεκμαίρεται ότι η εν λόγω επιχείρηση αποτελεί δημόσια επιχείρηση, κατά την έννοια του άρθρου 224 του νόμου.

Όπως καθίσταται σαφές, εγείρεται ζήτημα του κατά πόσον η έννοια της αναθέτουσας αρχής, ως ερμηνεύεται από και δια της νομολογίας και αυτή της δημόσιας επιχείρησης, είναι δυνατόν να αλληλεπικαλύπτονται. Όπως έχει κριθεί νομολογιακά,¹⁷⁶ μια επιχείρηση που δεν πληροί τα στοιχεία της δημόσιας επιχείρησης κατά το εθνικό δίκαιο, ενδέχεται να πληροί τα προαναφερθέντα (νομολογιακά) κριτήρια υπαγωγής στην έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, σύμφωνα με το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων.

5. Επιχειρήσεις που ασκούν δραστηριότητα του Βιβλίου ΙΙ και απολαύουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων

Η έννοια των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων αποτελεί κεντρικό στοιχείο στον ορισμό του πεδίου εφαρμογής της Τομεακής οδηγίας, καθώς οι φορείς που δεν είναι ούτε αναθέτουσες αρχές

¹⁷⁵ Βλ. ΕΣ Τμ. VI 1536/2014, 3583/2014 για την τεκμηρίωση της αρμοδιότητας προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου επί επιχειρήσεων του Κεφαλαίου Β ν. 3429/2005.

¹⁷⁶ C-283/00 (Επιτροπή κατά Ισπανίας, SI EPSA), σκ. 76.

ούτε δημόσιες επιχειρήσεις, κατά την έννοια της Οδηγίας, υπόκεινται στις διατάξεις της μόνο στον βαθμό που ασκούν μία από τις δραστηριότητες που καλύπτονται βάσει τέτοιου είδους δικαιωμάτων.¹⁷⁷

Χρήζει προσοχής το γεγονός ότι η έννοια των αποκλειστικών δικαιωμάτων της παρούσας περίπτωσης διακρίνεται από εκείνη των αποκλειστικών δικαιωμάτων κατά την έννοια του άρθρου 269 του νόμου.¹⁷⁸ Όπως ρητώς διευκρινίζεται στην αιτιολογική σκέψη 20 της Τομεακής Οδηγίας, ένας φορέας που έχει κερδίσει το αποκλειστικό δικαίωμα να παρέχει συγκεκριμένη υπηρεσία σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή ύστερα από διαδικασία που βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια για την οποία έχει εξασφαλιστεί επαρκής διαφάνεια, δεν θα αποτελούσε, εάν επρόκειτο για ιδιωτικό οργανισμό, αναθέτοντα φορέα αλλά ωστόσο θα ήταν ο μόνος φορέας που θα μπορούσε να παράσχει τη δεδομένη υπηρεσία στην εν λόγω περιοχή, συνεπώς θα κατείχε αποκλειστικό δικαίωμα κατά την έννοια του άρθρου 269.

Ο δικαιολογητικός λόγος της συμπερίληψης, στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας, οντοτήτων που αποτελούν επί της ουσίας ιδιωτικές επιχειρήσεις, ήτοι δεν εμπίπτουν, τόσο στην έννοια της αναθέτουσας αρχής, όσο και στην έννοια της δημόσιας επιχείρησης, άπτεται του γεγονότος ότι οι εν λόγω επιχειρήσεις αποτελούν, κατά κύριο λόγο, οντότητες οι οποίες λειτουργούν και δραστηριοποιούνται σε μια δεδομένη αγορά, βάσει αδειών που χορηγούνται από το κράτος, και συνεπώς είναι δυνατή η άσκηση επιρροής από αυτό, κατά τη σύναψη συμβάσεων ή διοργάνωση διαγωνισμών μελετών.¹⁷⁹

Προς το σκοπό αποσαφήνισης της φύσης των δικαιωμάτων αυτών, διευκρινίζεται εισαγωγικώς, ότι δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας που βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια, ιδίως σύμφωνα με τη νομοθεσία της Ένωσης, για την οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα, δε συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα για τους σκοπούς της Οδηγίας και συνακόλουθα του Βιβλίου II του νόμου.

Όπως προκύπτει από το κείμενο της προαναφερθείσας παραγράφου 3 του άρθρου 224 του νόμου, «*ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα*» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα.»

¹⁷⁷ Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 20 της Τομεακής Οδηγίας. Βλ. και άρθρο 106 (1) της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (κωδικοποιημένο κείμενο) OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390, <http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu/2012/oj>, σύμφωνα με το οποίο : «*Τα κράτη μέλη δεν θεσπίζουν ούτε διατηρούν μέτρα αντίθετα προς τους κανόνες των Συνθηκών, ιδίως προς εκείνους των άρθρων 18 και 101 μέχρι και 109, ως προς τις δημόσιες επιχειρήσεις και τις επιχειρήσεις στις οποίες χορηγούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα.*»

¹⁷⁸ Άρθρο 269 περ. (γ) υποπερ. (γγ), χρήση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, λόγω του ότι τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από συγκεκριμένο οικονομικό φορέα λόγω προστασίας ορισμένων αποκλειστικών δικαιωμάτων.

¹⁷⁹ Arrowsmith, “The Law of Public and Utilities Procurement” Vol. II, Sweet & Maxwell 2018, 274.

Το κείμενο του άρθρου 224 προβλέπει διαδικασίες που πληρούν τα ανωτέρω κριτήρια διαφάνειας και αντικειμενικότητας, μεταξύ των οποίων αναφέρονται :

α) διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι, το Βιβλίο ΙΙ του νόμου, τον ν. 4413/2016, ή τον ν. 3978/2011, καθώς και

β) διαδικασίες, σύμφωνα με άλλες νομοθετικές πράξεις της Ένωσης, που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β΄, οι οποίες διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση αντικειμενικά κριτήρια.

Σε ό,τι αφορά στον ως άνω ενδεικτικό κατάλογο, ως παρατίθεται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β΄ του νόμου, σημειώνεται ότι η περιλαμβανόμενη σε αυτόν νομοθεσία της Ένωσης αφορά σε εκχώρηση δικαιωμάτων σε συνέχεια διαδικασιών αδειοδότησης καθώς και στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας στο πλαίσιο του Κανονισμού 1370/2007.

Σύμφωνα με την ως άνω αιτιολογική σκέψη 20 της Τομεακής Οδηγίας, διευκρινίζεται ότι ο κατάλογος νομοθεσίας δεν είναι εξαντλητικός και ότι δικαιώματα οιασδήποτε μορφής που παρέχονται, μεταξύ άλλων με πράξεις εκχώρησης, μέσω διαδικασίας που βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια και για την οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα, δε συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα για τους σκοπούς του καθορισμού του πεδίου εφαρμογής της Τομεακής Οδηγίας.

Η έννοια των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων, ως έχει στο κείμενο της ισχύουσας Οδηγίας και συνακόλουθα στο κείμενο του άρθρου 224 του νόμου, οριοθετήθηκε το πρώτον δια της απόφασης του Δικαστηρίου C-302/94, γνωστή, λόγω του αντικειμένου της, ως απόφαση *LeasedLines*. Στην απόφαση αυτή διευκρινίστηκε από το Δικαστήριο ότι ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα νοούνται ως εκείνα που “ουσιωδώς επηρεάζουν την ικανότητα άλλων οντοτήτων να ασκήσουν τέτοια δραστηριότητα στην ίδια περιοχή, υπό παρόμοιες συνθήκες”.¹⁸⁰

Υπογραμμίζεται ότι ο προαναφερθείς, στο άρθρο 224 του νόμου, ορισμός των δικαιωμάτων αυτών αποσαφηνίζει ένα ζήτημα που είχε τεθεί υπό αμφισβήτηση στη θεωρία, και είχε οδηγήσει σε διαφορετική ενσωμάτωση του ορισμού περί δικαιωμάτων σε διάφορα Κράτη Μέλη της Ένωσης,¹⁸¹ δυνάμει του προισχύσαντος καθεστώτος, ήτοι σχετικά με την περίπτωση κατά την οποία τα δικαιώματα δεν είναι «ανοικτά» σε όλους, αλλά είναι περιορισμένα σε αριθμό, χορηγούνται όμως μέσω διαδικασίας που έλαβε επαρκή δημοσιότητα και βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, περίπτωση η οποία δεν αντιμετωπίστηκε στην προρρηθείσα απόφαση *LeasedLines*.

Ειδικότερα, υπό το καθεστώς της προισχύσασας, για τους εξαιρούμενους τομείς, Οδηγίας 2004/17/ΕΚ,

¹⁸⁰ βλ. σχετικά απόφαση C-302/94 [The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc (Leased Lines case)].

¹⁸¹ Βλ. συναφώς Τ. Κοτσόνης, “The definition of Special and Exclusive Rights in the Utilities Directive: Leased Lines or Crossed Wires?” (2007) 16 P.P.L.R., issue 1, σχετικά με τη διαφορετική ενσωμάτωση του ορισμού των δικαιωμάτων από το Ην. Βασίλειο και τη Γαλλία, κατά το προισχύσαν καθεστώς της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

ενώ καθίστατο σαφές ότι τα ανωτέρω δικαιώματα δε συνιστούν αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια της Οδηγίας, σε περίπτωση που εκχωρήθηκαν μέσω διαδικασίας η οποία είχε λάβει επαρκή δημοσιότητα και βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, χωρίς περιορισμό στον αριθμό των δικαιούμενων να αιτηθούν τη χορήγησή τους, δεν ήτο, πλην όμως, απολύτως σαφές εάν εξέφευγαν του πεδίου εφαρμογής της ως άνω Οδηγίας, σε περίπτωση που υφίστατο περιορισμός του εν λόγω αριθμού, παρά την επαρκή δημοσιότητα και τα αντικειμενικά κριτήρια της διαδικασίας.¹⁸²

Ο «νέος» ορισμός των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων διευκρινίζει, σε συνέπεια με τη συναφή αιτιολογική σκέψη 20 της Τομεακής Οδηγίας, ότι η εκχώρηση δικαιωμάτων σε έναν ή περισσότερους φορείς, με διάταξη, συνεπεία της οποίας επηρεάζεται ουσιαδώς η άσκηση δραστηριότητας από άλλους φορείς, δεν υπάγεται στην έννοια του ειδικού ή αποκλειστικού δικαιώματος της Οδηγίας, εάν η διαδικασία δυνάμει της οποίας έλαβε χώρα η εκχώρηση, βασίστηκε σε αντικειμενικά στοιχεία και έλαβε επαρκή δραστηριότητα. Συνεπώς, εκ του εν λόγω ισχύοντος ορισμού, προκύπτει ότι, ακόμη και εάν η διαδικασία εκχώρησης αφορά στη χορήγηση δικαιώματος σε έναν, ή σε κάθε περίπτωση, σε περιορισμένο αριθμό οντοτήτων/ φορέων, δε θα αποτελεί ειδικό / αποκλειστικό δικαίωμα, κατά την έννοια της Οδηγίας, εάν πράγματι η διαδικασία εκχώρησης βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια και έλαβε επαρκή δημοσιότητα.

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται το γεγονός ότι δεν απαιτείται η άσκηση δραστηριότητας από την εκάστοτε ελεγχόμενη οντότητα, υπό συνθήκες ανταγωνισμού, προκειμένου να θεωρηθεί ότι τα χορηγηθέντα δικαιώματα δεν αποτελούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα, κατά την έννοια της Οδηγίας και του νόμου.¹⁸³

Περαιτέρω, σημειώνεται ότι, ως ίσχυε και υπό το προισχύσαν καθεστώς της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ,

- η ύπαρξη δικαιωμάτων απαλλοτρίωσης ή χρήσης γης δε συνιστούν αυτομάτως αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα επί της γης.¹⁸⁴ Τέτοιες περιπτώσεις αφορούν, επί παραδείγματι, δικαιώματα τοποθέτησης εξοπλισμού υπό το έδαφος στο πλαίσιο κατασκευής εγκαταστάσεων αεροδρομίου ή οδικού δικτύου.
- το γεγονός ότι μια οντότητα προμηθεύει με νερό, ηλεκτρισμό ή αέριο το δίκτυο, το οποίο διαχειρίζεται έτερη οντότητα η οποία κατέχει ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα, δε συνεπάγεται αυτόματη εφαρμογή της Τομεακής Οδηγίας.¹⁸⁵

Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερθέντα, προκειμένου να καταστεί δυνατή η διαπίστωση ύπαρξης αποκλειστικών/ ειδικών δικαιωμάτων, κατά την έννοια της Οδηγίας και συνακόλουθα του νόμου, είναι απαραίτητο κατά πρώτον να διαπιστωθεί η χορήγηση αυτών και εν συνεχεία να εξετασθεί ο τρόπος χορήγησης αυτών. Κατά τον τρόπο αυτό, ακόμη και εάν διαπιστωθεί ότι μια οντότητα έχει λάβει αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα, εάν αυτά της χορηγήθηκαν βάσει

¹⁸² Ο κύριος λόγος της προκληθείσας ασάφειας αφορούσε στο κείμενο της συναφούς με τα ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα, αιτιολογικής σκέψης 25 της προισχύσασας Οδηγίας, σχετικά Τ. Κοτσόνης, *ο.π.*, ιδίως σελ. 85-87.

¹⁸³ Βλ. σχετικά Arrowsmith, "The Law of Public and Utilities Procurement" Vol. II, Sweet & Maxwell 2018, σελ. 278.

¹⁸⁴ C-302/94 (Leased Lines), σκ. 41.

¹⁸⁵ βλ. αιτιολογική σκέψη 25 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

αντικειμενικών και διαφανών κριτηρίων μετά από σχετική διαδικασία, η οποία υπείχε δημοσιότητα, τα δικαιώματα αυτά δεν συνιστούν αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα, κατά την έννοια της Οδηγίας και του νόμου, καθώς, στην περίπτωση αυτή τα χορηγηθέντα σχετικά δικαιώματα, ως διαθέσιμα σε όλους, δεν «επηρεάζουν ουσιωδώς την ικανότητα άλλων οντοτήτων να ασκήσουν τέτοια δραστηριότητα στην ίδια περιοχή, υπό παρόμοιες συνθήκες», κατά τα ανωτέρω λεχθέντα.

Υπογραμμίζεται ότι, σύμφωνα με διευκρινιστική Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τα ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας,¹⁸⁶ ιδιωτικές επιχειρήσεις στις οποίες έχουν χορηγηθεί δικαιώματα χωρίς άνοιγμα στον ανταγωνισμό ή επιχειρήσεις οι οποίες συνεστήθησαν για να ασκήσουν δραστηριότητες εκ των αναφερομένων στα άρθρα 228-234 του νόμου (άρθρα 8-14 της Οδηγίας), και των οποίων το καθεστώς μετεβλήθη, από δημόσια επιχείρηση σε ιδιωτική επιχείρηση, συνεπεία απώλειας της ως άνω καθοριστικής επιρροής, θεωρείται ότι συνεχίζουν να κατέχουν αποκλειστικά/ ειδικά δικαιώματα κατά την έννοια του νόμου και της Οδηγίας.

Στο πλαίσιο ελέγχου του κατά πόσον μια οντότητα αποτελεί αναθέτοντα φορέα δυνάμει χορήγησης ειδικών / αποκλειστικών δικαιωμάτων, σημειώνεται η υπ' αριθμ. 1076/2019 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου Επικρατείας, σύμφωνα με τις οποίες «κατά την έννοια των [...] διατάξεων της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του ν. 4412/2016, κρίσιμα είναι τα προαναφερθέντα ειδικά χαρακτηριστικά της διαδικασίας που κατέληξε στην εκχώρηση των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων (υπό την έννοια της διασφάλισης κατ' αυτήν των αναγκαίων όρων της επαρκούς δημοσιότητας και των αντικειμενικών κριτηρίων) και όχι η φύση της πράξης με την οποία ολοκληρώνεται η διαδικασία της εκχώρησης των εν λόγω δικαιωμάτων [...].

Σε συνέχεια αυτής της θέσης, πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος του ΤΑΙΠΕΔ, η οποία κατέληξε σε σύμβαση αγοραπωλησίας μετοχών μεταξύ του ΤΑΙΠΕΔ και προτιμώμενου επενδυτή, κρίθηκε ότι διεσφάλιζε υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων τον προσήκοντα βαθμό δημοσιότητας και κατά συνέπεια το αποκλειστικό δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης της γης, των κτισμάτων και της υποδομής της χερσαίας λιμενικής ζώνης λιμένος που εκχωρήθηκε σε αυτόν μέσω αυτής της διαδικασίας κρίθηκε ότι δεν συνιστά ειδικό ή αποκλειστικό δικαίωμα, κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 3 της Τομεακής Οδηγίας και του άρθρου 224 παρ. 3 του νόμου και η ιδιότητα του αναθέτοντος φορέως κρίθηκε ότι έπαυσε να υφίσταται.¹⁸⁷

6. Εννοιολογική διάκριση και συνέπειες στο πλαίσιο του νόμου

Λόγω της προαναφερθείσας συμπερίληψης, στην έννοια του αναθέτοντος φορέα, τόσο οντοτήτων που ευρίσκονται σε στενή σχέση με το κράτος, όσο και δημοσίων επιχειρήσεων αλλά και καθ' όλα ιδιωτικών επιχειρήσεων, οι οποίες ασκούν δραστηριότητα δυνάμει ειδικών ή αποκλειστικών

¹⁸⁶ Explanatory Note – Utilities Directive, “Definition of Special or Exclusive Rights”, CC/2004/33, OJ L134, 30.04.2004.

¹⁸⁷ Βλ. σχετικά και Ολομ. ΣτΕ 1080/2019 και 1081/2019.

δικαιωμάτων, η Οδηγία επιβάλλει ορισμένες επιπλέον υποχρεώσεις, κατά την ανάθεση των συμβάσεων, μόνο σε εκείνους εκ των αναθετόντων φορέων, οι οποίοι υπάγονται περαιτέρω και στην έννοια της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, η εννοιολογική διάκριση των τριών περιπτώσεων υπαγωγής στην έννοια του αναθέτοντος φορέα, ως αποτυπώνεται στο άρθρο 224 του νόμου, χρήζει προσοχής και εκ του λόγου αυτού.

Ειδικότερα, οι ασκούμενες δραστηριότητες κατά την έννοια των άρθρων 228 – 334 του νόμου οντότητες, οι οποίες περαιτέρω υπάγονται στην έννοια της αναθέτουσας αρχής:

- i. Δεν επωφελούνται των διατάξεων των άρθρων 228 παρ. 2, 229 παρ. 2 και 230 παρ. 2, δυνάμει των οποίων η τροφοδότηση του σχετικού δικτύου με φυσικό αέριο/ θερμότητα, ηλεκτρισμό ή νερό δε θεωρείται, υπό τους όρους των ως άνω παραγράφων, δραστηριότητα στο πλαίσιο της Τομεακής Οδηγίας.
- ii. Τηρούν τα προβλεπόμενα στο άρθρο 262 του νόμου, περί συγκρούσεως συμφερόντων.¹⁸⁸
- iii. Με κοινή απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων¹⁸⁹ και του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού, είναι δυνατόν να καθίσταται για αυτές υποχρεωτική η χρήση ηλεκτρονικών καταλόγων για ορισμένα είδη συμβάσεων, ενώ κατά τα λοιπά οι αναθέτοντες φορείς είναι ελεύθεροι να αποφασίζουν για τη χρήση ή περίληψη καταλόγου (άρθρο 272, παρ. 1 και 2).
- iv. Από 01.06.2021, με απόφαση του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού μπορεί να καθίσταται υποχρεωτική η χρήση ηλεκτρονικών πλειστηριασμών σε αναθέτοντες φορείς που αποτελούν αναθέτουσες αρχές, για συγκεκριμένες κατηγορίες αγαθών και γενικών υπηρεσιών (άρθρο 271 παρ. 11, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 111 ν. 4782/2021).
- v. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 305 παρ. 1, σχετικά με τη δυνατότητα των αναθετόντων φορέων να χρησιμοποιούν τους λόγους αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι ορίζεται ότι, ειδικώς οι αναθέτοντες φορείς που εμπίπτουν στην έννοια της αναθέτουσας αρχής, οφείλουν να περιλαμβάνουν στους προβλεπόμενους στα έγγραφα της σύμβασης λόγους αποκλεισμού, εκείνους που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73 (Λόγοι Αποκλεισμού) του Βιβλίου Ι, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο.
- vi. Συνεπεία της υποχρεωτικής εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, κατά τα ανωτέρω, θα εφαρμόζεται το άρθρο 306 του νόμου, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα, τουλάχιστον σε περίπτωση διαπίστωσης παραβίασης των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 του νόμου. Επισημαίνεται ότι η πρόβλεψη σχετικά με τη διαπίστωση παραβίασης της παρ. και 2γ του άρθρου 73 καταργείται από 01.06.2021.¹⁹⁰ Υπογραμμίζεται ότι, σύμφωνα

¹⁸⁸ Σημειώνεται η απόφαση T-292/15 (Nakakis v Commission), σκ. 16 σχετικά με τις ενέργειες που πρέπει να ακολουθούνται από τις αναθέτουσες αρχές κατά την εξέταση περίπτωσης σύγκρουσης συμφερόντων.

¹⁸⁹ Όπως μετονομάστηκε το Υπουργείο Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού

¹⁹⁰ Άρθρο 306, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 120 ν.4782/2021, έναρξη ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ. 3

με το Δικαστήριο, ο υπολογισμός της μέγιστης διάρκειας περιόδου αποκλεισμού που επεβλήθη σε οικονομικό φορέα, αναφορικά με την παρ. 4 του άρθρου 73, άρχεται από την ημερομηνία της απόφασης περί επιβολής αυτού.¹⁹¹

- vii. Προς τον σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, συνεπεία της εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, οι αναθέτοντες φορείς που είναι και αναθέτουσες αρχές, θα εφαρμόζουν περαιτέρω τα άρθρα 79, 80, και 81, στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που αναθέτουν.
- viii. Ομοίως, για τους σκοπούς του άρθρου 307, σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων, οι εν λόγω αναθέτοντες φορείς θα πρέπει να ελέγχουν τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, στο πρόσωπο των οντοτήτων στις οποίες προτίθεται να στηριχθεί ο υποψήφιος/ προσφέρων. Επισημαίνεται ότι το άρθρο 305 τυγχάνει εφαρμογής και από αναθέτοντες φορείς που δεν είναι αναθέτουσες αρχές, οι οποίοι επιλέγουν να κάνουν χρήση των κριτηρίων επιλογής και των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 305. Στην περίπτωση αυτή, τα ανωτέρω αναφερόμενα σχετικά με τους κανόνες απόδειξης κατά την ανάθεση των συμβάσεων κατά τα άρθρα 305 και 308, τυγχάνουν εφαρμογής ομοίως.
- ix. Επισημαίνεται ότι κατόπιν της τροποποίησης του άρθρου 315 με τον ν. 4782/2021, από 01.06.2021, οι αναθέτοντες φορείς, που αποτελούν αναθέτουσες αρχές:
- α) δύναται να εφαρμόζουν τα άρθρα 44 περί τεχνικής επάρκειας αναθετουσών αρχών στις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών, 49 περί επάρκειας προϋπολογισμού, ωριμότητας και μελετών, 50 περί δημόσιων συμβάσεων έργων με αξιολόγηση μελέτης, 51 περί συμβάσεων μελετών για τον προσδιορισμό τεχνικής λύσης και 52 περί σκοπιμότητας σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών,
- β) εφαρμόζουν τις κανονιστικές πράξεις που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότηση των άρθρων 53, περί περιεχομένου εγγράφων της σύμβασης και 88, περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, και γ) εφαρμόζουν τα άρθρα 221 περί οργάνων διενέργειας διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημόσιων συμβάσεων και 221 Α περί προθεσμιών για την ολοκλήρωση των επιμέρους σταδίων.¹⁹²
- x. Η υποχρεωτική χρήση των λόγων αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, για τους αναθέτοντες φορείς που είναι και αναθέτουσες αρχές, προβλέπεται πλέον και στην περίπτωση ανάθεσης κοινωνικών και άλλων ειδικών υπηρεσιών, σύμφωνα με το άρθρο 320^Α.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 274 παρ. 5 περ. β' του νόμου, προκειμένου να οριστεί αναθέτων φορέας που είναι και αναθέτουσα αρχή ως Κεντρική Αρχή Αγορών (ΚΑΑ), πρέπει να εκδοθεί σχετικά κοινή απόφαση των αρμοδίων κατά περίπτωση Υπουργών, η οποία θα καθορίζει την κατά περίπτωση

του ίδιου νόμου από 01.06.2021.

¹⁹¹ C-124/2017.

¹⁹² Προσθήκη παρ. 2 στο άρθρο 315 με το άρθρο 123 ν. 4782/2021, έναρξη ισχύος την 01.06.2021, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 142 παρ.3 του νόμου αυτού.

αρμοδιότητα σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, με κριτήριο είτε τον τομέα ή κλάδο της αγοράς στον οποίο δραστηριοποιείται ο αναθέτων φορέας είτε τη γεωγραφική περιοχή δραστηριότητας είτε κατ' εφαρμογή αμφοτέρων των κριτηρίων αυτών, καθώς και τις κατηγορίες έργων, αγαθών και υπηρεσιών που αποτελούν αντικείμενο ομαδοποίησης.

Οι εν λόγω ΚΑΑ, με την επιφύλαξη έκδοσης ΚΥΑ που να προβλέπει διαφορετικά, υποχρεούνται περαιτέρω σε υποδιαίρεση των συμβάσεων που αναθέτουν σε χωριστά τμήματα και σε καθορισμό του μεγέθους και του αντικειμένου των τμημάτων αυτών, σύμφωνα με το άρθρο 288 παρ. 4, ενώ οι λοιποί αναθέτοντες φορείς είναι ελεύθεροι να επιλέξουν εάν επιθυμούν να αναθέσουν μια σύμβαση υποδιαιρούμενη σε τμήματα ή ως ενιαία σύμβαση (άρθρο 288 παρ. 1).

Αντιθέτως, οι αναθέτοντες φορείς που δεν είναι και αναθέτουσες αρχές, δύνανται να ορίσουν Κεντρική Αρχή Αγορών δι' απλής εγγράφου συμφωνίας, κατά τα ειδικώς προβλεπόμενα στην παρ. 5 περ α' του ιδίου ως άνω άρθρου 274.

Επιπροσθέτως, σύμφωνα με το άρθρο 321, οι αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές δύνανται να παραχωρούν το δικαίωμα των οργανισμών να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων αποκλειστικά και μόνο στις αναφερόμενες στο άρθρο 318 υγειονομικές, κοινωνικές και πολιτιστικές υπηρεσίες που καλύπτονται από τους κωδικούς που προβλέπονται στην παρ. 1 του ως άνω άρθρου και υπό τους ειδικότερους όρους που περιλαμβάνονται σε αυτό.

Ειδικότερες προβλέψεις σχετικά με τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές περιλαμβάνονται στο πλαίσιο του Βιβλίου II και σχετικά με τους λόγους ματαίωσης διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά το άρθρο 317 παρ. 1 περ. στ'.

Επιπλέον, στην παρ. 6 του άρθρου 336 προβλέπονται υποχρεώσεις των αναθετόντων φορέων που είναι αναθέτουσες αρχές, ως προς την επαλήθευση της συνδρομής λόγων αποκλεισμού ή αντικατάστασης υπεργολάβου συνεπεία αυτής, εάν αν το τμήμα της σύμβασης, το οποίο ο ανάδοχος είχε αναφέρει στην προσφορά του, ότι προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως τυχόν έχει τροποποιηθεί.

Οι ανωτέρω επισημάνσεις σχετικά με τις διαφοροποιήσεις των υποχρεώσεων και προβλέψεων σχετικά με εκείνους εκ των αναθετόντων φορέων που αποτελούν και αναθέτουσες αρχές, κατά την έννοια της Οδηγίας, καταδεικνύουν και ορισμένες εκ των διαφορών των δυο Οδηγιών, ήτοι της κλασικής Οδηγίας και της τομεακής Οδηγίας.

7. Επισημάνσεις σχετικά με τις προβλέψεις της κλασικής και της Τομεακής Οδηγίας, ως ενσωματώθηκαν¹⁹³

¹⁹³Βλ. και <https://ec.europa.eu/growth/content/public-procurement-utilities-sector-water-energy-transport-and-postal-services>

Κατά πρώτον σημειώνεται ότι η Τομεακή Οδηγία προβλέπει ρυθμίσεις οι οποίες διακρίνονται από ευελιξία σε σχέση με αυτές της κλασικής Οδηγίας. Ιδίως, τα κατώτατα όρια («κατώφλια») όλων των ειδών συμβάσεων είναι υψηλότερα (άρθρο 235 του Βιβλίου ΙΙ) σε σχέση με αυτά του Βιβλίου Ι, οι διαδικασίες που προβλέπονται για την ανάθεση των συμβάσεων των αναθετόντων φορέων παρέχονται χωρίς τις ειδικότερες προϋποθέσεις που προβλέπονται για ορισμένες από αυτές (πχ ανταγωνιστικός διάλογος) στο άρθρο 26 του Βιβλίου Ι, ενώ η εφαρμογή του συστήματος προαπόδειξης με τη χρήση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΣΣ) είναι υποχρεωτική μόνο στην περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 305.

Περαιτέρω, πλέον της ενσωμάτωσης του κειμένου της Τομεακής Οδηγίας, το Βιβλίο ΙΙ του νόμου περιλαμβάνει κανόνες περί ανάθεσης των συμβάσεων κάτω των ορίων της Οδηγίας και συνεπώς και των συμβάσεων, καθώς και ειδικότερους λεπτομερειακούς και εφαρμοστικούς κανόνες. Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνονται τα ακόλουθα ως προς την προκήρυξη και ανάθεση των συμβάσεων του Βιβλίου ΙΙ εν γένει, ήτοι ανεξαρτήτως του εάν ένας αναθέτων φορέας αποτελεί και αναθέτουσα αρχή, σε σχέση με τις συμβάσεις του Βιβλίου Ι:

- i. Σε ό,τι αφορά στις διαδικασίες άνω των ορίων,¹⁹⁴ η Τομεακή Οδηγία προβλέπει έξι διαδικασίες ανάθεσης: ανοικτή, κλειστή, διαπραγμάτευση με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ανταγωνιστικό διάλογο, σύμπραξη καινοτομίας. Διευκρινίζεται ότι οι εν λόγω διαδικασίες είναι όμοιες με αυτές της κλασικής Οδηγίας, με εξαίρεση την περίπτωση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, η οποία αφενός εξακολουθεί να φέρει τον τίτλο αυτό,¹⁹⁵ αφετέρου το κείμενο και το περιεχόμενό της διακρίνονται σε σχέση με αυτό της κλασικής Οδηγίας.
- ii. Η Τομεακή Οδηγία και συνακόλουθα το Βιβλίο ΙΙ του νόμου δεν προβλέπουν συγκεκριμένες περιπτώσεις, στις οποίες και μόνο είναι δυνατή η προσφυγή στη διαπραγμάτευση με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, σε αντίθεση με την κλασική Οδηγία. Τόσο το άρθρο 26 του Βιβλίου Ι όσο και τα άρθρα 264 και 265 δεν περιλαμβάνουν ειδικότερες προϋποθέσεις για την επιλογή της ανοικτής και της κλειστής διαδικασίας, ενώ ως προς τη δημιουργία της σύμπραξης καινοτομίας περιλαμβάνονται οι ίδιες προϋποθέσεις και στις δύο Οδηγίες, με σημαντικότερη την ανάγκη για καινοτόμο προϊόν, υπηρεσία ή έργο, στην οποία δεν ανταποκρίνεται η αγορά προϊόντων, υπηρεσιών ή έργων, που διατίθενται ήδη στην αγορά.
- iii. Τα οριζόμενα σχετικά με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας κατά τη διαδικασία σύναψης σύμβασης των άρθρων 258 και 259 έχει ως και στο Βιβλίο Ι, με την επιφύλαξη της παραγράφου 11 του άρθρου 258, δια του οποίου ρητώς παρέχεται παρέκκλιση από τη χρήση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), στις περιπτώσεις αναθετόντων φορέων που λειτουργούν ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας, υπό τους όρους που

¹⁹⁴ Οι διαδικασίες ανάθεσης που προβλέπονται στο κείμενο της Οδηγίας αναφέρονται σε αυτό εξαντλητικά, βλ. C-299/08 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλίας.

¹⁹⁵ Αντίθετα προς την κλασική Οδηγία, η οποία μετά το 2014 φέρει τον τίτλο «ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση».

ρητώς προβλέπονται στην ως άνω διάταξη. Αντιθέτως δεν υφίσταται παρέκκλιση από το Κεντρικό Ηλεκτρονικό Σύστημα Δημοσίων Συμβάσεων του άρθρου 38 (Βιβλίο Ι) του νόμου, στο οποίο ρητώς παραπέμπει το άρθρο 260 του νόμου.

Επισημαίνεται ότι, μετά την τροποποίηση του άρθρου 258 με το άρθρο 109 ν.4782/2021, από 01.06.2021 τροποποιείται η παρ. 11 του άρθρου 258, ως εξής:

α) Κατ' εξαίρεση, εφόσον οι αναθέτοντες φορείς λειτουργούν ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας/πληροφοριακά συστήματα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των παρ. 1 έως 6 και 8 και του άρθρου 259, περί πολιτικής ασφάλειας του ΕΣΗΔΗΣ, αναλογικά εφαρμοζόμενων, είναι δυνατή η παρέκκλιση από την υποχρέωση εκτέλεσης των επικοινωνιών, καθώς και των ανταλλαγών πληροφοριών, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ,

β) με κοινή απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης και Επενδύσεων, Υποδομών και Μεταφορών και Ψηφιακής Διακυβέρνησης ορίζεται το όργανο πιστοποίησης ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας/πληροφοριακών συστημάτων δημόσιων συμβάσεων και οι αρμοδιότητές του, καθώς και οι όροι και η διαδικασία πιστοποίησης, εξειδικεύοντας τις απαιτήσεις των παρ. 1 έως 6, και ιδίως θέματα λειτουργικότητας, συμβατότητας, ασφάλειας των επικοινωνιών, κρυπτογράφησης και διαλειτουργικότητας των ως άνω ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας/πληροφοριακών συστημάτων με τρίτα συστήματα, καθώς και η υποχρέωση ενημέρωσης και χορήγησης στοιχείων προς εποπτεύοντες και ελεγκτικούς φορείς, το είδος και το εύρος κυρώσεων σε περιπτώσεις μη συμμόρφωσης, και ρυθμίζεται κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια ή διαδικασία,

γ) το όργανο πιστοποίησης, που ορίζεται με την απόφαση της περ. β', είναι αρμόδιο να αποφανθεί για την πιστοποίηση των ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας/ πληροφοριακών συστημάτων δημόσιων συμβάσεων ή την ανάκληση αυτής, καθώς και για την παρακολούθηση της λειτουργίας και την υποβολή εκθέσεων αξιολόγησης όσον αφορά τη συμμόρφωση των ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας/πληροφοριακών συστημάτων δημόσιων συμβάσεων με τους κανόνες πιστοποίησης. Η ίδια η διαδικασία πιστοποίησης μπορεί να πραγματοποιείται από ανεξάρτητους ελεγκτικούς φορείς ή αρχές, ελέγχοντας και γνωμοδοτώντας για τα ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας/πληροφοριακά συστήματα δημόσιων συμβάσεων όσον αφορά τη συμμόρφωσή τους με τις απαιτήσεις των παρ. 1 έως 6, όπως αυτές εξειδικεύονται με την απόφαση της περ. β' και

δ) με κοινή απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης και Επενδύσεων, Υποδομών και Μεταφορών και Ψηφιακής Διακυβέρνησης, η οποία εκδίδεται κατόπιν γνωμοδότησης του οργάνου πιστοποίησης ηλεκτρονικών συστημάτων δημόσιων συμβάσεων, παρέχεται ή ανακαλείται η εξαίρεση της περ. α'.

Επιπλέον υπογραμμίζεται ότι από 01.09.2021, θα εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του Βιβλίου ΙΙ, για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ.¹⁹⁶

- iv. Οι αναθέτοντες φορείς είναι ελεύθεροι να επιλέξουν την ανάθεση μιας σύμβασης υπό μορφή χωριστών τμημάτων, καθορίζοντας το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών (άρθρο 288 παρ. 1), ενώ αντίστοιχα οι αναθέτουσες αρχές του Βιβλίου Ι, πρέπει να αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μία σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341. Ως εκ τούτου, ο κανόνας περί υποδιαίρεσης συμβάσεων σε τμήματα, ως προβλέπεται από την κλασική Οδηγία στο άρθρο 59 του Βιβλίου Ι, δεν υφίσταται, ως τέτοιος, στο πλαίσιο του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.
- v. Οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να χρησιμοποιούν πρότυπα ή υποδείγματα εγγράφων σύμβασης τα οποία εκδίδονται από την ΕΑΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με το άρθρο 281 παρ. 5, ενώ η τήρησή τους καθίσταται υποχρεωτική για τις αναθέτουσες αρχές του Βιβλίου Ι, δυνάμει του άρθρου 53 παρ. 5 του νόμου. Επισημαίνεται εκ νέου¹⁹⁷ ότι η υποχρέωση, των αναθετόντων φορέων που είναι και αναθέτουσες αρχές, να τηρούν τις κανονιστικές πράξεις που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 53, περί περιεχομένου εγγράφων της σύμβασης, προβλέπεται πλέον ρητώς, σύμφωνα με το άρθρο 315 παρ. 2 περιπτ. β του νόμου, από 01.06.2021.¹⁹⁸
- vi. Η επιλογή των προσφερόντων και των υποψηφίων στο Βιβλίο ΙΙ πραγματοποιείται βάσει των αντικειμενικών κανόνων και κριτηρίων που θεσπίζονται δυνάμει των άρθρων 304 και 305. Σύμφωνα με το άρθρο 304, οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να καθορίζουν οι ίδιοι τα αντικειμενικά κριτήρια και τους λόγους αποκλεισμού κατά την ανάθεση των συμβάσεων, με τη ρητή εξαίρεση των αναθετόντων φορέων που είναι και αναθέτουσες αρχές, οι οποίοι, όπως προαναφέρθηκε, υποχρεούνται σε χρήση των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. Η επιλογή χρήσης του άρθρου 304 του νόμου, συνεπάγεται μη υποχρεωτική χρήση των κανόνων απόδειξης του άρθρου 308, όπως είναι και η χρήση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣΣ), ως μέσο προαπόδειξης.
- vii. Η διάρκεια μιας συμφωνίας πλαίσιο ορίζεται στον διπλάσιο χρόνο σε σχέση με το Βιβλίο Ι (άρθρο 39) και ανέρχεται σε οκτώ έτη (άρθρο 273).

¹⁹⁶ Άρθρο 258 παρ. 7, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 109 ν. 4782/2021 και ισχύει από 01.09.2021 δυνάμει του άρθρου 142 ν. 4782/2021.

¹⁹⁷ Η εν λόγω υποχρέωση αναφέρεται και στο σημείο ix Ενότητας 6 ανωτέρω.

¹⁹⁸ Βλ. άρθρο 315, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 123 ν. 4782/2021 και ισχύει από 01.06.2021 σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ.3 του εν λόγω νόμου.

- viii. Σε ό,τι αφορά στις συμβάσεις κάτω των ορίων (άρθρα 326-333Α) , το Βιβλίο ΙΙ προβλέπει πιο ευέλικτες διατάξεις σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων σε σχέση με το Βιβλίο Ι (άρθρα 116-127).

Αθήνα, 15 Απριλίου 2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης