



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ**  
**ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ**

**149/2014**

**(Της διαδικασίας του άρθρου του αρ. 2, παρ. 2, εδαφ. ια' του Ν. 4013/2011)**

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

Στην Αθήνα σήμερα, την 7<sup>η</sup> Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Τετάρτη και ώρα 10.00 π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 (5<sup>ος</sup> όροφος) στους Αμπελοκήπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

**Πρόεδρος:** Δημήτριος Ράϊκος

**Μέλη:** Δημήτριος Σταθακόπουλος  
Ιωάννα Κουλούρη  
Ευάγγελος Καραμανλής  
Δημήτριος Λουρίκας

**Γραμματέας:** Στυλιανή Τσιάβου

**Εισηγήτρια:** Ελένη Σταθοπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

**Ερώτημα:** Το υπ' αριθ. πρωτ. 99/17.01.2014 έγγραφο-ερώτημα Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης Ε.Π. Αλιείας, που παρελήφθη από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων την 22.01.2014 και έλαβε αριθμ. πρωτ. 314/22.01.2014

**Θέμα:** Με το υπ' αριθ. πρωτ. 99/17.01.2014 έγγραφο-ερώτημα Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης Ε.Π. Αλιείας, που παρελήφθη από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων την 22.01.2014 και έλαβε αριθμ. πρωτ. 314/22.01.2014, ερωτάται : α) εάν οι συμβάσεις που έχουν συναφθεί με τις ΟΤΔ Αλιείας θεωρούνται δημόσιες συμβάσεις, β) εάν η αύξηση πιστώσεων των εν λόγω συμβάσεων συνιστά συμπληρωματική σύμβαση και γ) εάν σε καταφατική περίπτωση, θα πρέπει να ζητηθεί η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

## I. Ιστορικό – Πραγματικά Περιστατικά

Η Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. Αλιείας υπέβαλε το υπ' αριθ. πρωτ. 99/17.01.2014 έγγραφο-ερώτημα (αρ. πρωτ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 314/22.01.2014), συνοδευόμενο από την προκήρυξη του διαγωνισμού και υπόδειγμα των συμβάσεων που συνήφθησαν στο πλαίσιο αυτού. Εν συνεχεία, ετέθη υπόψη της Αρχής και το από 24.03.2014 γνωμοδοτικό σημείωμα δικηγόρου προς την Αιτωλική Αναπτυξιακή Α.Ε. ΟΤΑ, επί αντιστοίχου ερωτήματος.

Από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα εξής :

1. Δυνάμει της υπ'αριθμ. 2924/13.10.2008 απόφασης του Υπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, προκηρύχθηκε ανοικτός διαγωνισμός για την επιλογή Τοπικών Προγραμμάτων στα πλαίσια του Άξονα 4 “Αειφόρος Ανάπτυξη Αλιευτικών Περιοχών” του Επιχειρησιακού Προγράμματος “Αλιείας 2007-2013” (ΕΠΑΛ), εκτιμώμενης δημόσιας δαπάνης €45.000.000,00 (€ 30.000.000 για Περιοχές Σύγκλισης και € 15.000.000 για Περιοχές εκτός Στόχου Σύγκλισης).
2. Αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, όπως ορίζεται στο άρθρο 3 της οικείας προκήρυξης, ήταν η επιλογή “... των αλιευτικών περιοχών που θα ενισχυθούν στο πλαίσιο του Άξονα 4 του ΕΠΑΛ 2007-2013, των τοπικών προγραμμάτων που θα εφαρμοστούν στις περιοχές αυτές, των τοπικών εταιρικών σχημάτων (Ομάδων Τοπικής Δράσης Αλιείας), που θα σχεδιάσουν και θα εφαρμόσουν τα τοπικά προγράμματα στις περιοχές αναφοράς τους. [...] Τα τοπικά προγράμματα, οι αντίστοιχες περιοχές παρέμβασης καθώς και τα αντίστοιχα τοπικά εταιρικά σχήματα που θα επιλεγούν, στο πλαίσιο της παρούσας προκήρυξης δεν μπορούν να υπερβαίνουν τα εννέα (9).”
3. Στο άρθρο 5 της εν λόγω προκήρυξης ορίζεται ότι : “Ο παρών διαγωνισμός διενεργείται με βάση τα άρθρα 20, 53 και 29 παρ. 4 του Π.Δ. 60/2007 [...] Οι υπηρεσίες της παρούσας κατατάσσονται, ως εκ του αντικειμένου τους, στην κατηγορία με αρ. 27 “Λοιπές υπηρεσίες” του Παραρτήματος ΙΙΒ του ως άνω Π.Δ. 60/2007”, ενώ στο άρθρο 15 αυτής ρητώς αναφέρεται ότι : “Για την κατανομή πιστώσεων μεταξύ των Ο.Τ.Δ. Αλιείας που θα επιλεγούν τελικά, δύναται να ληφθούν υπόψη οι διαθέσιμες πιστώσεις του Άξονα 4 του ΕΠΑΛ, τα μέγιστα όρια διακύμανσης που αναφέρονται στο άρθρο 7.2.2 της παρούσας, καθώς και η πρόταση του φορέα, όπως υποβλήθηκε στο πλαίσιο της παρούσας.”
4. Στο άρθρο 16 “Σύμβαση Υλοποίησης, Τροποποιήσεις και Παραλαβή Τοπικού Προγράμματος” της υπ'αριθμ. 1911/29.10.2010 ΚΥΑ με θέμα :“Πλαίσιο Εφαρμογής του Άξονα Προτεραιότητας 4 “Αειφόρος Ανάπτυξη Αλιευτικών Περιοχών” του Επιχειρησιακού Προγράμματος Αλιείας 2007-2013” προβλέπεται ότι “...5. Με απόφαση του Υπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων μπορούν να κατανεμηθούν πρόσθετες πιστώσεις ή να πραγματοποιηθούν ανακατανομές των ήδη εγκεκριμένων πιστώσεων στα τοπικά προγράμματα με βάση τις ανάγκες και την πορεία υλοποίησής τους.”

## II. Νομικό πλαίσιο

5. Στο άρθρο 2 παρ. 2, περ. ια' του ν. 2013/2011, όπως ισχύει, ορίζεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ “Παρέχει συμβουλές στις αναθέτουσες αρχές με δική της πρωτοβουλία ή ύστερα από αιτήματα των τελευταίων, ιδίως κατά το στάδιο εκδίκασης ή εξέτασης προδικαστικών προσφυγών, σχετικά με τη νόμιμη διεξαγωγή των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και την ομοιόμορφη εφαρμογή της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων”.
6. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο **άρθρο 2 – Ορισμοί (άρθρο 1 Οδηγίας 18/2004/ΕΚ) του π.δ. 60/2007** : “ [...] 2. α) “Δημόσιες συμβάσεις” είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του παρόντος.....δ) “Δημόσιες Συμβάσεις Υπηρεσιών” είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημοσίων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ”.
7. Σύμφωνα δε με τα οριζόμενα στο **άρθρο 20** του ίδιου ως άνω π.δ. - Συμβάσεις υπηρεσιών οι

οποίες περιλαμβάνονται στο Παράρτημα II Β (άρθρο 21 οδηγίας 2004/18/ΕΚ): “Η σύναψη των συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες οι οποίες περιλαμβάνονται στο Παράρτημα II Β, ρυθμίζεται από το άρθρο 53 και το άρθρο 29, παράγραφος 4. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας.”

**8.** Στη άρθρο 25 παρ. 4 περ. β' του π.δ. 60/2007 ορίζεται ότι : “ Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης στις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] β) όταν έχουν ως αντικείμενο νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή οι υπηρεσίες είναι σύμφωνες με μια βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία. Η δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία αυτή πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την αρχική προκήρυξη διαγωνισμού και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές για την εφαρμογή του άρθρου 6. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο επί μια τριετία μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.”

**9.** Στο δε **άρθρο 8 του π.δ. 60/2007** ορίζεται ότι : “Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, όπως προσδιορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Στον υπολογισμό αυτό, λαμβάνεται υπόψη το εκτιμώμενο συνολικό ποσό, συμπεριλαμβανομένων τόσο του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης.”

**10.** Στον **Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 1198/2006** της 27ης Ιουλίου 2006 για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Αλιείας, και συγκεκριμένα στο **“άρθρο 3 – Ορισμοί”**, ορίζεται ως [...] : ιστ) «ενδιάμεσος φορέας»: φορέας ή δημόσια ή ιδιωτική υπηρεσία η οποία ενεργεί υπό την ευθύνη διαχειριστικής αρχής ή αρχής πιστοποίησης ή η οποία εκτελεί καθήκοντα για λογαριασμό μιας τέτοιας αρχής σε σχέση με δικαιούχους που υλοποιούν πράξεις”, ενώ στο **άρθρο 58** αναφέρεται ότι : “1. Για το επιχειρησιακό πρόγραμμα, το κράτος μέλος ορίζει : α) μια διαχειριστική αρχή για τη διαχείριση του επιχειρησιακού προγράμματος [...] 2. Το κράτος μέλος μπορεί να ορίζει έναν ή περισσότερους ενδιάμεσους φορείς για την εκτέλεση μερικών ή όλων των καθηκόντων της διαχειριστικής αρχής ή της αρχής πιστοποίησης υπό την ευθύνη της αρχής αυτής.”

**11.** Αντίστοιχα στις διατάξεις του **v. 3614/2007** “Διαχείριση, έλεγχος και εφαρμογή αναπτυξιακών παρεμβάσεων για την προγραμματική περίοδο 2007–2013” προβλέπονται τα εξής : **“Άρθρο 4 : Ενδιάμεσοι Φορείς Διαχείρισης”** : «1. Με απόφαση του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού που εποπτεύει την οικεία διαχειριστική αρχή επιχειρησιακού προγράμματος και του Υπουργού Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, δύναται να ορίζονται ένας ή περισσότεροι ενδιάμεσοι φορείς διαχείρισης, οι οποίοι αναλαμβάνουν την άσκηση μέρους των αρμοδιοτήτων της διαχειριστικής αρχής επιχειρησιακού προγράμματος ενεργώντας σε σχέση με δικαιούχους που εκτελούν πράξεις για λογαριασμό και υπό την ευθύνη της διαχειριστικής αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 59 παρ. 2 του Κανονισμού.»[...] 4. [...] (γ) Σε κάθε άλλη περίπτωση ως ενδιάμεσος φορέας διαχείρισης δύναται να επιλεγεί νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα ή αναπτυξιακή ανώνυμη εταιρεία ΟΤΑ, μετά από διαγωνιστική διαδικασία και ο οποίος, μεταξύ άλλων, πρέπει να πληροί και τις παρακάτω προϋποθέσεις: [...]. Στην περίπτωση που ο ενδιάμεσος φορέας επιλέγεται μετά από διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται σύναψη σύμβασης ανάθεσης. Η σύμβαση ανάθεσης υπογράφεται μεταξύ της οικείας διαχειριστικής αρχής και του ενδιάμεσου φορέα διαχείρισης. [...] 7. Η Διαχειριστική Αρχή του επιχειρησιακού προγράμματος συντονίζει και εποπτεύει την άσκηση των αρμοδιοτήτων των ενδιάμεσων φορέων και έχει την τελική ευθύνη έναντι της Επιτροπής. 8. Οι ρυθμίσεις του παρόντος νόμου για τη Διαχειριστική Αρχή εφαρμόζονται αναλόγως και στους ενδιάμεσους φορείς διαχείρισης.

### III. Νομική εκτίμηση

**12.** Τα ως άνω ερωτήματα τίθενται υπ'όψιν της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της περί παροχής συμβουλών στις αναθέτουσες αρχές εν όψει της ανάγκης ομοιόμορφης εφαρμογής της

ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

**13.** Ως προς το πρώτο ερώτημα που τίθεται από την αναθέτουσα Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του Ε.Π. “Αλιεία 2007-2013”, εάν, δηλαδή, οι συναφθείσες βάσει της ως άνω προκήρυξης συμβάσεις αποτελούν δημόσιες συμβάσεις υπό την έννοια της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, λεκτέα τα εξής :

Σύμφωνα με τον ορισμό που δίδεται στο άρθρο 2 του π.δ. 60/2007 (άρθρο 1 Οδηγίας 18/2004/ΕΚ), [.....] 2. α) “Δημόσιες συμβάσεις” είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του παρόντος”.

Κρίσιμα, δηλαδή, στοιχεία που θα πρέπει να συντρέχουν για το χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως “δημόσιας” είναι : α) η σύμβαση να συνάπτεται εξ επαχθούς αιτίας, β) η σύμβαση να συνάπτεται μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και γ) να έχει ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του π.δ. 60/2007.

α) Ως προς την ύπαρξη επαχθούς αιτίας :

**14.** Στην υπό διερεύνηση περίπτωση, η οικεία Προκήρυξη (άρθρο 7.2.2 αυτής) προβλέπει ότι : “Το ποσοστό της Δημόσιας Δαπάνης για την Οργάνωση και Λειτουργία των Ο.Τ.Δ. Αλιείας μπορεί να ανέλθει μέχρι το 10% της Δημόσιας Δαπάνης του Τοπικού Προγράμματος. Προκειμένου για περιοχές παρέμβασης οι οποίες εντάσσονται στο σύνολό τους σε απομακρυσμένα νησιά [...] το παραπάνω ποσοστό μπορεί να ανέλθει μέχρι του 15% [...]”. Η ίδια πρόβλεψη επαναλαμβάνεται στο κείμενο της σύμβασης (άρθρο 2.2. αυτής), πρόβλεψη που ακολουθεί τα οριζόμενα στο Πλαίσιο Εφαρμογής του Άξονα 4 – άρθρο 12 (Οργάνωση και Λειτουργία των Ο.Τ.Δ. Αλιείας, κατηγορία πράξεων 4.1.2.5) : “Η χρηματοδότηση των δαπανών οργάνωσης και λειτουργίας των Ο.Τ.Δ. Αλιείας μπορεί, κατά κανόνα να ανέλθει στο 10% της συνολικής υλοποιημένης επιλέξιμης Δημόσιας Δαπάνης κάθε Τοπικού Προγράμματος. Σε ειδικές περιπτώσεις, το ποσοστό αυτό μπορεί να ανέλθει στο 15%, εφόσον η ανάγκη τεκμηριώνεται λόγω απομακρυσμένων νησιών, προβλημάτων προσβασιμότητας κλπ.”

**15.** Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, μία σύμβαση δεν παύει να αποτελεί δημόσια σύμβαση απλώς και μόνο επειδή η αντιπαροχή περιορίζεται στην επιστροφή των εξόδων που δαπανήθηκαν για την παροχή της συμφωνημένης υπηρεσίας<sup>1</sup>. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στις σκέψεις 32-34 των προτάσεων της Γεν. Εισαγγελέα (C-159/11), “32....η παντελής έλλειψη κέρδους δεν καθιστά από μόνη της τη συμφωνία χαριστική. Από οικονομικής απόψεως, η συμφωνία παραμένει επαχθής, δεδομένου ότι ο λήπτης λαμβάνει παροχή αποτιμητή σε χρήμα και, συνεπώς, μια τέτοια συμφωνία θα μπορούσε να εμπίπτει καταρχήν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18. Πέραν τούτου θα μπορούσε επίσης να υποστηριχθεί η άποψη ότι μόνο η διασταλτική ερμηνεία της έννοιας «εξ επαχθούς αιτίας» ανταποκρίνεται στον σκοπό των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις ο οποίος συνίσταται στο άνοιγμα των αγορών για την επικράτηση γνήσιου ανταγωνισμού. Μόνον έτσι μπορεί να διασφαλισθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα των οδηγιών αυτών και να αποτραπεί η καταστρατήγηση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, παραδείγματος χάριν διά της συνομολογήσεως άλλων μορφών αμοιβής από τις οποίες δεν προκύπτει άμεσα ο σκοπός της επιτεύξεως κέρδους, όπως είναι, ενδεικτικά, η ανταλλαγή ή η αμοιβαία παραίτηση από αξιώσεις που υφίστανται μεταξύ των συμβαλλομένων μερών. 33. Επιπλέον, η ως άνω ερμηνεία της έννοιας «εξ επαχθούς αιτίας» συνάδει και με τον ευρύ ορισμό που προσδίδει στην έννοια αυτή το Δικαστήριο στη νομολογία του για την ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών κατά το άρθρο 56 ΣΛΕΕ. Δεδομένου ότι η οδηγία 2004/18 προορίζεται, σύμφωνα με τη νομική της βάση, ήτοι το άρθρο 95 ΕΚ (νυν άρθρο 114 ΣΛΕΕ), να συμβάλει στην υλοποίηση των θεμελιωδών ελευθεριών στην εσωτερική αγορά, όπως επισημαίνεται στη δεύτερη αιτιολογική της σκέψη, η έννοια της «επαχθούς αιτίας» είναι εύλογο να ερμηνεύεται διασταλτικά. Με βάση τη διασταλτική αυτή ερμηνεία δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ο παρέχων τις υπηρεσίες πρέπει υποχρεωτικά να προσδοκά το κέρδος. Αντιθέτως, για να συντρέχει το στοιχείο της επαχθούς αιτίας αρκεί ο

<sup>1</sup> βλ. C-159/11 ΔΕΕ (Τμήμα Μειζονος Συνθέσεως) της 19ης Δεκεμβρίου 2012 Azienda Sanitaria Locale di Lecce και Università del Salento κατά Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ..

παρέχων τις υπηρεσίες να λαμβάνει αμοιβή καλύπτουσα τις δαπάνες του υπό τη μορφή επιστροφής των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε. Ως εκ τούτου, η έννοια της «επαχθούς αιτίας» καλύπτει ακόμη και τη λεγόμενη απλή αποζημίωση.”

**16.** Ενόψει των ανωτέρω, εν προκειμένω, η πρόβλεψη δημόσιας δαπάνης για την Οργάνωση και Λειτουργία των Ομάδων Τοπικής Δράσης, ανερχόμενη σε ποσοστό της συνολικής υλοποιημένης επιλέξιμης δημόσιας δαπάνης, συνιστά παροχή αποτιμητή σε χρήμα για την παροχή της προκηρυχθείσας υπηρεσίας, έστω και εάν αυτό δεν ορίζεται ρητώς στην υπό εξέταση σύμβαση ως αμοιβή, καθιστώντας την εν λόγω σύμβαση επαχθή.

β) ως προς τη σύναψη της σύμβασης μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών :

**17.** Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 9 του π.δ. 60/2007 [...] «Αναθέτουσες αρχές» είναι το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μίας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.”

Η Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του Ε.Π. Αλιείας αποτελεί υπηρεσία συσταθείσα στο Υπουργείο Γεωργίας δυνάμει της υπ’αριθμ. 263857/21.12.2000 ΚΥΑ (ΦΕΚ Β’ 1639/29.12.2000), υπαγόμενη απ’ευθείας στον Γενικό Γραμματέα Ζωϊκής και Αλιευτικής Παραγωγής, Κτηνιατρικής, Γεωργικών Εφαρμογών και Έρευνας του Υπουργείου Γεωργίας. Το Υπουργείο Γεωργίας και ήδη Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων (ΦΕΚ 513 τ. Β’/10.03.2004) περιλαμβάνεται στις Κεντρικές Κυβερνητικές Αρχές του Παραρτήματος IV του π.δ. 60/2007 και ως εκ τούτου φέρει την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής κατά την έννοια της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

**18.** Αντίστοιχα, ως προς την έννοια του οικονομικού φορέα, επισημαίνεται ότι οι Ομάδες Τοπικής Δράσης Αλιείας, αποτελούν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ’αριθμ. 1911/29.10.2010 ΚΥΑ (ΑΔΑ : 4106Β-Ρ) με θέμα “Πλαίσιο Εφαρμογής του Άξονα Προτεραιότητας 4 «Αειφόρος Ανάπτυξη Αλιευτικών Περιοχών» του Επιχειρησιακού Προγράμματος Αλιείας 2007 – 2013” τοπικά εταιρικά σχήματα δημοσίου – ιδιωτικού τομέα [...], δραστηριοποιούνται σε συγκεκριμένη περιοχή παρέμβασης και αντιπροσωπεύουν δημόσιους και ιδιωτικούς εταίρους από τους κοινωνικοοικονομικούς τομείς.

**19.** Οι διατάξεις της οδηγίας 2004/18/ΕΚ δεν περιλαμβάνουν ορισμό της έννοιας του “οικονομικού φορέα” και, αφ’ετέρου, δεν διακρίνουν μεταξύ υποβαλόντων προσφορά, ανάλογα με το εάν αυτοί ασκούν κυρίως κερδοσκοπική ή μη δραστηριότητα. Η ιδιότητα του “οικονομικού φορέα” αναγνωρίζεται όχι μόνο σε κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, αλλά, ρητώς, και σε κάθε “φορέα του Δημοσίου”, καθώς και σε κοινοπραξίες που συγκροτούνται από τους εν λόγω φορείς οι οποίοι προσφέρουν υπηρεσίες στην αγορά. Επομένως, στην έννοια του “φορέα του Δημοσίου” μπορούν επίσης να συμπεριλαμβάνονται φορείς που ασκούν δραστηριότητες με κατά κύριο λόγο μη κερδοσκοπικό χαρακτήρα, δεν διαθέτουν την οργανωτική δομή επιχειρήσεως και δεν δραστηριοποιούνται επί τακτικής βάσεως στην αγορά.<sup>2</sup>

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης δεν εμπίπτουν δύο τύποι συμβάσεων που συνάπτουν οι δημόσιοι φορείς, ήτοι αφ’ενός οι συμβάσεις που καθιερώνουν συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων με αντικείμενο τη διασφάλιση της εκπληρώσεως ορισμένης αποστολής δημόσιας υπηρεσίας, κοινής στους μετέχοντες φορείς<sup>3</sup> και αφ’ετέρου οι συμβάσεις που συνάπτει ένας δημόσιος φορέας με πρόσωπο που είναι νομικά αυτοτελές έναντι του δημοσίου φορέα, εφόσον ο φορέας αυτός ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και εφόσον το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί το μεγαλύτερο τμήμα των δραστηριοτήτων του με τον ελέγχοντα ή τους ελέγχοντες φορείς<sup>4</sup>.

**20.** Στην προκειμένη περίπτωση, παρά το γεγονός της ρητής αναφοράς στο οικείο νομικό πλαίσιο και στα εξεταζόμενα συμβατικά τεύχη, της άσκησης μέρους των αρμοδιοτήτων της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης (αναθέτουσας αρχή) από τον ενδιάμεσο φορέα διαχείρισης - οικονομικό φορέα (εν προκειμένω της Ο.Τ.Δ. Αλιείας), αναφορά που θα ηδύνατο ενδεχομένως να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι

<sup>2</sup> C-305/08, Απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, CoNISMa, (Συλλογή 2009), Σκέψεις 28-30

<sup>3</sup> βλ. C-480/06, απόφαση της 9ης Ιουνίου 2009, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 37

<sup>4</sup> βλ. C-107/98, απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, Teckal, Συλλογή 1999

δεν πρόκειται για δημόσια σύμβαση, αλλά για σύμβαση συνεργασίας μεταξύ δύο φορέων, εντούτοις, και με βάση τα προλεχθέντα, συνάγεται ότι οι Ο.Τ.Δ. Αλιείας αποτελούν νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (υποχρεούμενες βάσει της οικείας προκήρυξης να περιβληθούν κατ'απαίτηση της αναθέτουσας τη μορφή Α.Ε.) στα οποία μετέχουν τόσο δημόσιοι όσο και ιδιωτικοί εταίροι, οπότε δεν είναι δυνατόν να γίνει λόγος περί συμβάσεως συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων. Αφ'ετέρου, όπως προκύπτει και από τα συμβατικά τεύχη, αλλά και από το συνολικό σύστημα διαχείρισης, οι Ο.Τ.Δ. είναι νομικά πρόσωπα αυτοτελή έναντι της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν ασκεί επ'αυτών έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών<sup>5</sup>. Αντιθέτως, ρητώς προβλέπεται η δυνατότητα δραστηριοποίησης των Ο.Τ.Δ. και σε άλλα προγράμματα (υποχρέωσή τους να τηρούν χωριστό λογιστικό σύστημα εφόσον διαχειρίζονται πιστώσεις και από άλλα Εθνικά ή Κοινοτικά Ταμεία, επιμερισμός προσωπικού μεταξύ των προγραμμάτων - άρθρο 2.9 Προκήρυξης) ενώ η ίδια η πρόβλεψη επιλογής τους επιτρέπει τη χρήση προϋφιστάμενων δομών που αναπτύχθηκαν επ'ευκαιρία εφαρμογής άλλων προγραμμάτων (Leader, ΠΕΠ κλπ – βλ. άρθρο 2.8 Προκήρυξης)

γ) ως προς την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του π.δ. 60/2007 (Οδηγία 2004/18/ΕΚ)

**21.** Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 εδ. δ' του π.δ. 60/2007 *“Δημόσιες Συμβάσεις Υπηρεσιών”* είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημοσίων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ’.

Οι προκηρυχθείσες δυνάμει της εξεταζόμενης προκήρυξης υπηρεσίες, οι οποίες δεν εμπίπτουν στις ρητώς αναφερόμενες στα αντίστοιχα άρθρα του Κεφαλαίου Β' – Εξαίρουμένες Συμβάσεις του π.δ. 60/2007, αποτελούν υπηρεσίες εκ των αναφερομένων στο Παράρτημα ΙΙΒ του ως άνω π.δ., και ειδικότερα στην κατηγορία 27 “Λοιπές Υπηρεσίες”.

Τούτων δοθέντων και δεδομένου ότι η απάντηση στο ερώτημα, εάν οι υπό εξέταση συμβάσεις είναι δημόσιες συμβάσεις, οφείλει να είναι καταφατική, πρέπει εν συνεχεία να εξετασθεί το υποβληθέν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ερώτημα, ήτοι, εάν ενδεχόμενη αύξηση των πιστώσεων συνιστά συμπληρωματική της αρχικής σύμβαση.

Επ'αυτού λεκτέα τα ακόλουθα :

**22.** Από την εξεταζόμενη προκήρυξη και το οικείο υπόδειγμα σύμβασης, προκύπτει ότι η αναθέτουσα ρητώς επεφύλαξε στον εαυτό της το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης της σύμβασης με σχετική ρήτρα περί εκ μέρους της κατανομής των διαθέσιμων πιστώσεων μεταξύ των προς επιλογή προγραμμάτων, καθώς και για την, επίσης μονομερή, αύξηση των εν λόγω πιστώσεων, δυνατότητα που προβλέπεται εξ άλλου και από το ισχύον και εν προκειμένω εφαρμοζόμενο νομικό πλαίσιο που διέπει την υλοποίηση του συγκεκριμένου Επιχειρησιακού Προγράμματος. Πρόκειται, συνεπώς, για άσκηση δικαιώματος προαίρεσης, κατ'αρχήν νομίμως προβλεπομένου και ασκουμένου στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών τόσο κατά την κατακύρωση όσο και κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της σύμβασης<sup>6</sup>.

**23.** Το σύμφωνο προαίρεσεως αποτελεί ιδιόμορφη, αυτοτελή, αυθυπόστατη προπαρασκευαστικής φύσεως σύμβαση, με την οποία καθορίζεται το περιεχόμενο της κύριας μελλοντικής συμβάσεως και ταυτόχρονα παρέχεται στο δικαιούχο η εξουσία να θέσει σε ενέργεια τη συμβατική αυτή σχέση με μόνη τη δήλωσή του που αποτελεί άσκηση διαπλαστικού δικαιώματος.

Αντίθετα, στην περίπτωση των νέων έργων / υπηρεσιών του άρθρου 25 παρ. 4, περ. β', η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε διαπραγμάτευση ως προς τους ειδικότερους όρους εκτέλεσης του νέου αντικειμένου με τον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης επί σκοπώ συνάψεως νέας σύμβασης. Ουσιώδης προς διαπραγμάτευση όρος είναι βεβαίως και το συμβατικό τίμημα (αντάλλαγμα), το οποίο δύναται να διαφοροποιείται σε σχέση με το αρχικό.

**24.** Στην προκειμένη περίπτωση, πρόθεση της αναθέτουσας (όπως προκύπτει από το τεθέν ερώτημα) δεν αποτελεί η διαπραγμάτευση με τον ανάδοχο των συμβατικών όρων, αλλά η απευθείας

<sup>5</sup> βλ. C- 573/07, απόφαση της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, Sea, Συλλογή 2009, σκέψεις 31-40

<sup>6</sup> Σχετική η υπ'αριθμ. 588/2008 Γνωμοδότηση ΝΣΚ

ανάθεση σε αυτόν της διάθεσης επιπλέον πιστώσεων προς τους δικαιούχους, σε συνέχεια έκδοσης Υπουργικής Απόφασης κατανομής πρόσθετων πιστώσεων ή ανακατανομής ήδη εγκεκριμένων.

**25.** Περαιτέρω, στο άρθρο 15 της υπ'αριθμ. 1911/29.20.2010 ΚΥΑ "Πλαίσιο Εφαρμογής του Άξονα Προτεραιότητας 4 – Αειφόρος Ανάπτυξη Αλιευτικών Περιοχών του Ε.Π. Αλιείας 2007 – 2013" ρητώς ορίζεται ότι "...Κατά την αναμόρφωση του τοπικού προγράμματος στο ύψος της εγκεκριμένης πίστωσης, το ποσοστό της δαπάνης για την Κατηγορία Πράξεων Οργάνωσης και Λειτουργίας των Ο.Τ.Δ. Αλιείας παραμένει ίσο με το αρχικά προτεινόμενο στο υποβληθέν σχέδιο του τοπικού προγράμματος", διάταξη η οποία έχει αναλογική εφαρμογή στην περίπτωση εκ των υστέρων τροποποίησης της διατιθέμενης πίστωσης / δημόσιας δαπάνης. Δεδομένου, συνεπώς, ότι η δημόσια δαπάνη για την Οργάνωση και Λειτουργία των Ο.Τ.Δ. Αλιείας υπολογίζεται ως ποσοστό της Δημόσιας Δαπάνης του εγκεκριμένου Τοπικού Προγράμματος, τυχόν αύξηση της συνολικής Δημόσιας Δαπάνης, συνεπάγεται και αύξηση του ποσού (σε απόλυτους αριθμούς) που προβλέπεται για την Οργάνωση και Λειτουργία των Ο.Τ.Δ..

**26.** Σχετικές και οι υπ'αριθμ. 413/2007 και 186/2010 Γνωμοδοτήσεις ΝΣΚ, οι οποίες επί λέξει διαλαμβάνουν ότι "η σύμβαση που συνάπτεται δυνάμει ρήτρας δικαιώματος προαίρεσεως δεν θα μπορούσε να υπαχθεί στο πεδίο εφαρμογής των ρυθμίσεων που αφορούν στις συμπληρωματικές ή νέες εργασίες, πρωτίστως, διότι οι εν λόγω ρυθμίσεις αφορούν στη σύναψη νέας σύμβασης με τη διαδικασία των διαπραγματεύσεων (βλ. Κων/νου Θ. Γιαννακόπουλου : Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, σελ.286, 287, σημ. 27) και δεν αφορούν σύναψη σύμβασης με μονομερή δήλωση του δικαιούχου του δικαιώματος προαίρεσεως".

Συνεπώς, δεν δύναται να τύχει εν προκειμένω εφαρμογής η περιγραφόμενη στο άρθρο 25 παρ. 4, περ. β' του π.δ. 60/2007 εξαιρετική διαδικασία προσφυγής σε διαπραγμάτευση<sup>7</sup>.

**27.** Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 του ν. 4013/2011, περ. δδ) "Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές emπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων....".

Δεδομένου ότι ενδεχόμενη αύξηση των πιστώσεων κατά τα προεκτεθέντα δεν συνιστά προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των ως άνω άρθρων, συνάγεται ότι δεν συντρέχει αρμοδιότητα της Αρχής για παροχή ή μη σύμφωνης γνώμης.

**Για τους λόγους αυτούς , επί του ανωτέρω ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ ομόφωνα αποφαίνεται ότι:**

α) οι κατά τα άνω συναφθείσες συμβάσεις ανάθεσης μεταξύ της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης του Επιχειρησιακού Προγράμματος Αλιείας υπάγονται στην Οδηγία 2004/18/ΕΚ.

β) ενδεχόμενη αύξηση των διατιθέμενων πιστώσεων θα λάβει χώρα δυνάμει του συμφώνου προαίρεσεως που η αναθέτουσα αρχή έχει επιφυλάξει στον εαυτό της και όχι βάσει των προβλεπόμενων στο άρθρο 25 παρ. 4 περ. β' του π.δ. 60/2007, και

γ) δεν συντρέχει αρμοδιότητα της Αρχής για την έκδοση σύμφωνης γνώμης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 περ. γ', υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011 ως ισχύει.

**Αθήνα, 7 Μαΐου 2014**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο Πρόεδρος**

**Δημήτριος Ράικος**

<sup>7</sup> Σχετικές οι υπ'αριθμ. 388/2013 και 13/2014 αποφάσεις Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.