



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΝΑΡΤΗΤΕΑ ΣΤΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟ

**ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
Διεύθυνση Συντονισμού και Ελέγχου
Τμήμα Συντονισμού**

Αθήνα, 07 Φεβρουαρίου 2019
Α.Π.: 789

Προς: Ως Πίνακας Αποδεκτών
(μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου)

Ταχ. Δ/ση: Κεφαλληνίας 45
Τ.Κ. – Πόλη: 112 57 Αθήνα
Πληροφορίες: Αλ. Τάττης
Τηλέφωνο: 213 2124 730
Email: a.tattis@eaadhsy.gr
Τηλ. Κέντρο: 213 2124 700
Fax: 213 2124 777
Ιστότοπος: www.eaadhsy.gr

ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΔΗΓΙΑ

(δυνάμει της περίπτωσης ια της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011)
(Απόφαση 11.001/2019 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)

ΘΕΜΑ: «Υπαγωγή στην έννοια του Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου»

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Σκοπός της παρούσας Τεχνικής Οδηγίας είναι η παροχή σε φορείς που αναθέτουν και εκτελούν συμβάσεις ενός κατά το δυνατόν εύχρηστου οδηγού για την καταρχήν υπαγωγή τους στην έννοια του «Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου». Η εν λόγω υπαγωγή είναι ιδιαίτερης πρακτικής σημασίας, καθώς η εφαρμογή του ν. 4412/2016 αφορά σε δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ αναθετουσών αρχών (ή αναθετόντων φορέων)¹ και οικονομικών φορέων, με αποτέλεσμα η

¹ Η ανά χείρας Τεχνική Οδηγία δεν εμπλέκεται διόλου στην εννοιολογική οριοθέτηση των «αναθετόντων φορέων», καθώς αποκλειστικό αντικείμενό της είναι οι «Οργανισμοί Δημοσίου Δικαίου», που αποτελούν υποσύνολο της έννοιας «αναθέτουσα αρχή». Υπενθυμίζεται ότι ως αναθέτοντες φορείς, νοούνται, βάσει του άρθρου 224 του ν. 4412/2016 οντότητες που α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή β) οντότητες που αν και 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.

εφαρμογή ή μη του ρυθμιστικού πλαισίου του ν. 4412/2016 να εξαρτάται, εξ υποκειμένου, από το κατά πόσον ο εμπλεκόμενος δημόσιος φορέας αποτελεί ή όχι αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, στο βαθμό που ως αναθέτουσες αρχές νοούνται διαζευκτικά «το κράτος, οι αρχές δημοσίου δικαίου, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου [...]» (βλ. άρθρο 2, παρ. 1, περ. (α) ν. 4412/2016) καθίσταται σαφές ότι τα συνηθέστερα και πλέον πολύπλοκα προβλήματα υπαγωγής στην έννοια της αναθέτουσας αρχής, αφορούν εν τέλει στη έννοια των «Οργανισμών Δημοσίου Δικαίου».

Πέραν των ανωτέρω, η αναγκαιότητα αποσαφήνισης της υπαγωγής στην έννοια του «Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου» προκύπτει και από το γεγονός ότι αυτή αποτελεί έννοια του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης² και δεν ταυτίζεται με περιεχόμενο οικείες έννοιες του εθνικού διοικητικού δικαίου, όπως είναι το Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου, το δημόσιο Νομικό Πρόσωπο, ο δημόσιος τομέας κ.λπ.³

Συνεπώς, για την αποσαφήνιση της σχετικής υπαγωγής, θα παρουσιασθούν καταρχήν οι νομοθετικές διατάξεις που ορίζουν τους «Οργανισμούς Δημοσίου Δικαίου» και στη συνέχεια θα αναπτυχθεί το περιεχόμενο των προϋποθέσεων των διατάξεων αυτών υπό το πρίσμα των πιο σημαντικών σχετικών αποφάσεων του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να σημειωθεί ότι η, κατωτέρω ανάπτυξη στοχεύει αποκλειστικά και μόνο στη διευκόλυνση των δημοσίων φορέων, οι οποίοι και διατηρούν ακέραια την ευθύνη της υπαγωγής τους στην έννοια του «Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου».⁴

2. Το νομικό πλαίσιο άρθρα 2 και 223 ν. 4412/2016

Στο άρθρο 2, παρ. 1, περ. 1 (4) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:

«ως «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» νοούνται οι 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 τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου».

Αντιστοίχως, στο άρθρο 223, παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:

«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 τις κράτος, τις αρχές περιφερειακής και

² Βλ. άρθρο 2 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 3 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Αξίζει, επίσης, να σημειωθεί ότι η εν λόγω έννοια «διαπλάσθηκε», διαχρονικώς, από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τα πορίσματα της οποίας «αποτυπώθηκαν» στις Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις.

³ Για τις σχετικές εννοιολογικές διαφοροποιήσεις, βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλος (2011), *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, 14^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1^{ος}, σελ. 13επ.

⁴ Για περαιτέρω εμβάθυνση στις προϋποθέσεις υπαγωγής στην έννοια του ΟΔΔ, παραπέμπουμε στα Δ. Ράικος (2017), *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2^η έκδοση, Σάκκουλας, σελ. 200 επ., Ε. Κουτούπα – Ρεγκάκου (2000), «Οι αναθέτουσες αρχές κατά τις κοινοτικές οδηγίες – η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου», *ΕΕΕυρΔ*, σ. 563επ. και Ε. Πρεβεδούρου (1998), «Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου στο πλαίσιο των Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων», *ΕΛΛΔ*, σελ. 982 επ.

τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ή υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς, ή έχουν διοικητικό ή διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου».⁵

Οι διατάξεις αυτές ενσωματώνουν στην ελληνική έννομη τάξη τους αντίστοιχους ορισμούς των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ στις αιτιολογικές σκέψεις των οποίων αποσαφηνίζεται η ουσιαστική πρόσληψη της έννοιας του «Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου» (εφεξής «ΟΔΔ») στο επίπεδο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Συγκεκριμένα, στην αιτιολογική σκέψη (10) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αλλά και στην αντίστοιχη αιτιολογική σκέψη (12) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, δηλώνεται ευθέως ότι αυτές διατηρούν αμετάβλητους τους ορισμούς που εν προκειμένω επεξεργάστηκε το Δικαστήριο, το οποίο και σταθερά διαχειρίστηκε την έννοια των ΟΔΔ με σκοπό την υπαγωγή στο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων (και άρα στις ιδιαίτερες απαιτήσεις που αυτό εμπεριέχει) όλων εκείνων των οντοτήτων που, ανεξαρτήτως της νομικής μορφής τους, και παρά το γεγονός ότι δεν ανήκουν στον «παραδοσιακό μηχανισμό του κράτους», βρίσκονται σε έναν ιδιαίτερα στενό σύνδεσμο με αυτόν, με αποτέλεσμα να λειτουργούν στην αγορά βάσει εκτιμήσεων και στρατηγικών που δεν υπαγορεύονται από κριτήρια οικονομικής και μόνον υφής.

Μια τέτοια πρόσληψη της έννοιας του ΟΔΔ, εξ ορισμού τη νοηματοδοτεί με ευρύτητα και αποκλειστικά βάσει λειτουργικών κριτηρίων,⁷ με αποτέλεσμα να εξαιρούνται εν τέλει από τη νοηματική της εμβέλεια μόνον εκείνες οι οντότητες που λειτουργούν υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, στοχεύουν στο κέρδος και υφίστανται τις πιέσεις που απορρέουν από την άσκηση της εκάστοτε δραστηριότητάς τους.⁸

Εν πάση περιπτώσει, βάσει των ανωτέρω διατάξεων ο χαρακτηρισμός μιας οντότητας ως ΟΔΔ εξαρτάται από την σωρευτική ικανοποίηση τριών προϋποθέσεων,⁹ την κάθε μία εκ των οποίων αναλύουμε αμέσως κατωτέρω.

3. Οι επιμέρους προϋποθέσεις

3.1. Η κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα

Η πρώτη προϋπόθεση για την υπαγωγή στην έννοια του ΟΔΔ έχει να κάνει με τον σκοπό τον οποίο ο υπό κρίση φορέας επιδιώκει. Κατ' ακριβολογία, κρίσιμος είναι ο συγκεκριμένος σκοπός για τον οποίο ο υπό κρίση φορέας έχει ιδρυθεί, υπό την έννοια ότι αυτός οφείλει να καλύπτει

⁵ Επισημαίνεται στο σημείο, αυτό ότι υφίστανται κάποιες λεκτικές διαφοροποιήσεις στην (γ) προϋπόθεση, μεταξύ των δύο άρθρων.

⁶ Η πλέον κλασική διατύπωση της ιδέας περί «στενού συνδέσμου με το κράτος» ανάγεται στην Απόφαση του ΔΕΚ της 15^{ης} Ιανουαρίου 1998, υπόθεση C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH, Συλλογή 1998, I-00073, σκ. 20.

⁷ Η παραδοχή ότι η έννοια του ΟΔΔ (όπως και εν γένει της αναθέτουσας αρχής) πρέπει να νοηματοδοτείται με ευρύτητα και μάλιστα μέσω λειτουργικών κριτηρίων, εμφανίζεται παγίως σε πλήθος αποφάσεων του Δικαστηρίου της Ε.Ε. Μεταξύ πολλών, βλ. ενδεικτικώς ΔΕΕ απόφαση της 16.10.2003, C-283/00, Siepsa, σκ. 73.

⁸ Εν συνόψει, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι στους ΟΔΔ εντάσσονται οντότητες που ουσιαστικά συνιστούν προέκταση του κράτους και επιτελούν αποστολή που εντάσσεται στις αρμοδιότητες της δημόσιας διοίκησης, νοούμενης εν ευρεία έννοια.

⁹ Το Δικαστήριο της Ε.Ε. παγίως δέχεται ότι αν ελλείπει έστω και μία εκ των τριών προϋποθέσεων, ο υπό κρίση φορέας δεν υπάγεται στην έννοια του ΟΔΔ. Ως προς αυτό, βλ. ΔΕΕ απόφαση της 22.05.2003, C-18/01, Korhonen, σκ. 32.

συγκεκριμένες ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα.¹⁰

Εκκινώντας από τη γραμματική εκφορά της προϋπόθεσης, το Δικαστήριο της Ε.Ε. έχει ερμηνεύσει το περιεχόμενό της με τέτοιο τρόπο ώστε τελικά να μη νοούνται ως ΟΔΔ μόνο εκείνοι οι φορείς που έχουν συσταθεί για την ικανοποίηση αποκλειστικά βιομηχανικών ή εμπορικών αναγκών (ουσιαστικά ερμηνεύεται στενά το ποιοι φορείς δεν είναι ΟΔΔ).¹¹ Από την αφετηριακή αυτή θέση, προκύπτουν οι εξής ερμηνευτικές συνέπειες:

Α) Κρίσιμη είναι η καταρχήν αποσαφήνιση της έννοιας των «βιομηχανικών ή εμπορικών αναγκών». Εν προκειμένω, γίνεται δεκτό ότι τέτοιες είναι οι ανάγκες που οι υπο κρίση φορείς ικανοποιούν με την προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών σε αγορές που είναι ανοικτές σε όλους τους δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς και λειτουργούν υπό συνθήκες υγιούς, και πλήρους ανταγωνισμού.

Β) Σημαντική, επίσης, είναι η διαπίστωση του επιπέδου του ανταγωνισμού στην εκάστοτε κρίσιμη αγορά, ώστε κατά το (Α) να προκύπτει (ή όχι) ότι ικανοποιούνται αποκλειστικά βιομηχανικές ή εμπορικές ανάγκες. Ως προς αυτό, γίνεται δεκτό ότι :

Β1. Η προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών σε ένα πλαίσιο πλήρους απουσίας ανταγωνισμού (δηλ. εκτός αγοράς) δεν αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την κατάφαση της ύπαρξης ΟΔΔ.¹²

Β2. Αντιστρόφως, η προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών σε πλαίσιο ανεπτυγμένου ανταγωνισμού δεν αποτελεί αυτή καθ' εαυτή απόδειξη (αλλά μόνο ένδειξη) ότι ο υπό κρίση φορέας δεν αποτελεί ΟΔΔ (ή - με άλλη διατύπωση - ότι δεν υφίσταται ανάγκη γενικού συμφέροντος που δεν έχει βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα).¹³

Γ) Εκ του συνδυασμού των (Α) και (Β), προκύπτει ότι σημαντικές ενδείξεις για την εκτίμηση του κατά πόσον οι ανάγκες που καλύπτονται από τον υπό κρίση φορέα εμπίπτουν ή όχι στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα είναι (ενδεικτικά και όχι περιοριστικά) οι περιστάσεις ιδρύσεως του υπό κρίση φορέα και οι περιστάσεις υπό τις οποίες αυτός ασκεί τις όποιες δραστηριότητές του, οι οποίες περιπτώσεις περιλαμβάνουν ιδίως την απουσία ανταγωνισμού στη σχετική αγορά, την επιδίωξη ή μη κερδοσκοπικού σκοπού, την ανάληψη ή μη των κινδύνων που συνδέονται με τις ασκούμενες δραστηριότητες, καθώς και την τυχόν κρατική χρηματοδότηση των ασκούμενων δραστηριοτήτων.¹⁴

Η σχετική εκτίμηση πραγματοποιείται κατά περίπτωση, συνυπολογίζοντας το σύνολο των κρίσιμων νομικών και πραγματικών δεδομένων.

¹⁰ Εν προκειμένω, η χρήση του όρου «συγκεκριμένος σκοπός» δεν είναι τυχαία, καθώς υποδηλώνει την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη να υποβάλει στους ειδικούς κανόνες του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων μόνο εκείνες τις οντότητες που έχουν συσταθεί με το συγκεκριμένο σκοπό να καλύψουν ανάγκες γενικού συμφέροντος. Βλ., αναλυτικώς, ΔΕΕ απόφαση της 5^{ης} Οκτωβρίου 2017 UAB “LitSpecMet” vs UAB Vilniaus lokomotyvu eremonto depas, C-567/15, σκ. 35.

¹¹ Βλ., μεταξύ πολλών, προαναφερθείσα (σημ. 10) Απόφαση C-567/15, σκ. 14.

¹² Βλ. ΔΕΚ Απόφαση της 10^{ης} Νοεμβρίου 1998, C-360/96, BFI Holding, Συλλογή 1998, I-6821, σκ. 44επ. Πιο συγκεκριμένα, το εν λόγω επιχείρημα έγκειται στο ότι η απουσία ανταγωνισμού δεν οδηγεί αφ' εαυτής στο συμπέρασμα ότι δεν ικανοποιούνται βιομηχανικές ή εμπορικές ανάγκες, απλώς αποτελεί ένδειξη προς τούτο.

¹³ Βλ. ΔΕΚ Απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 10^{ης} Μαΐου 2001, Agora Srl και Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. κατά Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano και Cofat Soc. Coop. Arl, συνεκδικασθείσες C-223/99 και C-260/99, Συλλογή 2001, I-03605, σκ. 38.

¹⁴ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 10) Απόφαση C-567/15, σκ. 43.

Δ) Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι φορείς που ιδρύονται από το Κράτος με άμεσο στόχο των εξυπηρέτηση των αναγκών του κοινού ή όταν εν γένει οι φορείς αυτοί επιδιώκουν στόχους, η υλοποίηση των οποίων θεωρείται από το κράτος αναγκαία για την ικανοποίηση του γενικού συμφέροντος ή καλού, αποτελούν άνευ ετέρου ΟΔΔ.¹⁵ Στο ίδιο πλαίσιο, το Δικαστήριο της Ε.Ε. έχει κάνει δεκτό ότι στην έννοια των αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα εμπίπτουν και ανάγκες που εξυπηρετούνται (ή θα μπορούσαν να εξυπηρετηθούν) και από ιδιωτικές επιχειρήσεις.¹⁶

Ε) Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν ασκεί επίδραση στην σχετική εκτίμηση το αν ο υπό κρίση φορέας πέραν της αποστολής της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος (για την οποία και έχει κατά βάση συσταθεί και την οποία είναι ειδικώς υποχρεωμένος να εξυπηρετεί) ασκεί και άλλες δραστηριότητες, ακόμη και αν αυτές είναι κερδοσκοπικού χαρακτήρα.¹⁷ Μάλιστα, το τμήμα που οι τυχόν κερδοσκοπικές δραστηριότητες αντιπροσωπεύουν σε σχέση με τις συνολικές δραστηριότητες του υπό κρίση φορέα, είναι επίσης αδιάφορο για το χαρακτηρισμό του ως ΟΔΔ.¹⁸

ΣΤ) Τέλος, πρέπει να σημειωθεί ότι η κρίσιμη απαίτηση (η κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα) πρέπει να ικανοποιείται από τον φορέα ο χαρακτηρισμός του οποίου αποτελεί αντικείμενο εξέτασης και όχι από άλλη οντότητα, έστω και αν η άλλη οντότητα είναι μητρική του υπό κρίση φορέα.¹⁹

3.2. Η νομική προσωπικότητα

Η δεύτερη προϋπόθεση έγκειται στην ύπαρξη νομικής προσωπικότητας του υπό κρίση φορέα.²⁰ Για την υπαγωγή στην έννοια του ΟΔΔ είναι αδιάφορο το νομικό καθεστώς που διέπει το νομικό πρόσωπο, είναι δηλαδή αδιάφορο αν αυτό υπάγεται στο δημόσιο δικαίο (Ν.Π.Δ.Δ.), στο ιδιωτικό δίκαιο (Ν.Π.Ι.Δ.) ή ανήκει στα λεγόμενα «διφυή» ή «μεταίτης φύσης» νομικά πρόσωπα. Επίσης, είναι αδιάφορη η ιδιαίτερη οργανωτική μορφή που το κάποιον νομικό πρόσωπο υιοθετεί, καθώς και το αν, σε τυπικό επίπεδο, αυτό ανήκει ή όχι στο δημόσιο τομέα.

Επί της ουσίας, η προϋπόθεση εξαντλείται στην υπαγωγή ενός φορέα ως νομικού προσώπου για την εξυπηρέτηση αναγκών γενικού συμφέροντος (βλ. ανωτέρω προϋπόθεση).

3.3. Η άσκηση αποφασιστικού ελέγχου από το Κράτος

Η τρίτη και τελευταία προϋπόθεση ανάγεται στη διακρίβωση ενός τυχόν ιδιαίτερου δεσμού του υπό κρίση φορέα με το κράτος εν ευρεία έννοια.²¹ Ο δικαιολογητικός λόγος για την πρόβλεψη της υπό συζήτηση προϋπόθεσης είναι η ανάγκη αντιμετώπισης του κινδύνου να μην υπάγονται στο πεδίο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (και στους ειδικούς κανόνες και αρχές που

¹⁵ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 13) Αποφάσεις C-223/99 και C-260/99.

¹⁶ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 12) Απόφαση C-360/96.

¹⁷ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 10) Απόφαση C-567/15, σκ. 40, 46-48.

¹⁸ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 10.04.2008, υπόθεση C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt GmbH, σκ. 47 και προαναφερθείσα (σημ. 6) Απόφαση C-44/96, σκ. 25-26. Μάλιστα, από τις Αποφάσεις αυτές προκύπτει ότι σε περίπτωση κατά την οποία ο υπό κρίση φορέας ασκεί παραλλήλως πλήθος διακριτών δραστηριοτήτων, εφόσον εν τέλει θεωρηθεί ΟΔΔ, ακόμη και ως προς τις αμιγώς κερδοσκοπικές του δραστηριότητες υπάγεται στο ειδικό καθεστώς του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

¹⁹ Ως προς αυτό, βλ. προαναφερθείσα (σημ. 10) Απόφαση C-567/15, σκ. 34.

²⁰ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 18) Απόφαση C-393/06, σκ. 38.

²¹ Βλ., μεταξύ άλλων, ΔΕΚ απόφαση της 03.10.2000 C-380/98, University of Cambridge, Συλλογή 2000 I-8035, σκ. 20.

συμπεριλαμβάνονται σε αυτό) οντότητες ή φορείς που επί της ουσίας δραστηριοποιούνται με στόχο την υλοποίηση δημόσιων πολιτικών.²²

Η προϋπόθεση αυτή εξειδικεύεται, περαιτέρω, σε τρεις «υποπεριπτώσεις», οι οποίες δεν απαιτείται να συντρέχουν σωρευτικά, αλλά μόνον διαζευκτικά (είναι δηλαδή αρκετό για την ικανοποίηση της τρίτης προϋπόθεσης να πληρούται μόνο μία εκ των υποπεριπτώσεων). Και οι τρεις ωστόσο, αυτοτελώς αποκαλύπτουν ότι επί του υπό κρίση φορέα ασκείται αποφασιστικός κρατικός έλεγχος. Οι εν λόγω υποπεριπτώσεις έχουν ως ακολούθως:

3.3.1 Χρηματοδότηση του υπό κρίση φορέα από το Κράτος, τους ΟΤΑ ή άλλους ΟΔΔ:

Η πρώτη υποπερίπτωση έγκειται στην χρηματοδότηση του υπό κρίση φορέα, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.²³ Εν προκειμένω, είναι απαραίτητο να επισημανθούν τα κάτωθι:

- Η εν λόγω χρηματοδότηση δεν περιλαμβάνει κάθε είδους καταβολή ποσών, αλλά μόνο καταβολές που αποσκοπούν στην εμπέδωση μιας σχέσης εξάρτησης μεταξύ του κράτους και του υπό κρίση φορέα.²⁴ Επί της ουσίας, η κρίσιμη χρηματοδότηση γίνεται προς το σκοπό της ουσιαστικής στήριξης των δραστηριοτήτων του υπό κρίση φορέα και όχι έναντι κάποιας συγκεκριμένης αντιπαροχής εκ μέρους του.²⁵

- Η φράση «κατά το μεγαλύτερο μέρος» νοείται ως μεγαλύτερη του μισού.

- Η κρίσιμη χρηματοδότηση μπορεί να περιλαμβάνει καταβολές/πληρωμές από τους χρήστες των δραστηριοτήτων του υπό κρίση φορέα, εφόσον οι πληρωμές αυτές επιβάλλονται, υπολογίζονται και εν τέλει εισπράττονται κατ' εφαρμογή κανόνων δημοσίου δικαίου.²⁶

- Η κρίσιμη χρηματοδότηση από το κράτος μπορεί να είναι είτε άμεση είτε έμμεση,²⁷ αλλά σε κάθε περίπτωση αυτή πρέπει να προβλέπεται από το νόμο.

Πρέπει, επίσης να σημειωθεί ότι εξ αφορμής της διάγνωσης του κριτηρίου της χρηματοδότησης, το Δικαστήριο της Ε.Ε. έκρινε ότι για λόγους ασφαλείας δικαίου ο χαρακτηρισμός ενός φορέα ως ΟΔΔ πρέπει να γίνεται σε ετήσια βάση, ενώ το οικονομικό έτος εντός του οποίου εκκινεί η διαδικασία σύναψης της εκάστοτε δημόσιας σύμβασης πρέπει να θεωρείται ως το καταλληλότερο διάστημα για την αποτίμηση του τρόπου χρηματοδότησης του υπό κρίση φορέα και εν τέλει του αν αποτελεί ΟΔΔ ή όχι.²⁸

²² Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 21) Απόφαση C-380/98.

²³ Σημειώνεται ότι στο άρθρο 223 του ν. 4412/2016 αντί του όρου «αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης» χρησιμοποιείται ο όρος «αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης».

²⁴ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 21) Απόφαση C-380/98, σκ. 21.

²⁵ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 21) Απόφαση C-380/98, σκ. 21-23 και ΔΕΕ Απόφαση της 12.09.2013, C-526/11, Arztekkammer Westfalen-Lippe, σκ. 22.

²⁶ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 13.12.2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk κ.λπ., Συλλογή 2007 I-11173 και Απόφαση του Δικαστηρίου (τέταρτο τμήμα) της 11.06.2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR κ.λπ., C-300/07, Συλλογή 2009, I-04779, σκ. 51-57.

²⁷ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 26) Απόφαση C-337/06 και προαναφερθείσα (σημ. 10) Απόφαση C-567/15, σκ. 23.

²⁸ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 21) Απόφαση C-380/98, σκ. 38-41.

3.3.2. Έλεγχος Διαχείρισης/ Διαχειριστική Εποπτεία:

Η δεύτερη υποπερίπτωση, ο έλεγχος της διαχείρισης²⁹ του υπό κρίση φορέα από το κράτος (ακριβέστερα τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου) επί της ουσίας σχετίζεται με το κατά πόσον ο έλεγχος που τυχόν ασκείται από το κράτος στον υπό κρίση φορέα είναι τέτοιας εντάσεως ώστε εν τέλει το κράτος να μπορεί να επηρεάζει τις αποφάσεις του φορέα σε ό,τι αφορά στις συμβάσεις που αυτό συνάπτει.³⁰ Αυτή η βασική διαπίστωση εξακριβώνεται περαιτέρω και μέσω των εξής παραδοχών:

- Ο έλεγχος που ασκείται καλύπτει τις απαιτήσεις της υπό συζήτηση υποπερίπτωσης εφόσον η εξάρτηση που αυτός δημιουργεί είναι ισοδύναμη με την εξάρτηση που «παράγεται» σε περίπτωση συνδρομής κάποιας εκ των δύο άλλων υποπεριπτώσεων.³¹ Για παράδειγμα, το εν λόγω κριτήριο πληρούται όταν δημόσιες αρχές ελέγχουν τις οικονομικές καταστάσεις του υπό κρίση οργανισμού, την τρέχουσα διαχείριση (ακρίβεια λογιστικών στοιχείων, ορθολογική διαχείριση κ.λπ.), έχουν τη δυνατότητα επιθεώρησης των χώρων και των εγκαταστάσεων του υπό κρίση φορέα κ.λπ.³²
- Ο εκ των υστέρων απλός έλεγχος της δράσης ενός φορέα από το κράτος δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της υποπερίπτωσης.
- Αντιστρόφως προς το ανωτέρω, εφόσον για τη δράση του υπό κρίση φορέα υφίστανται υποχρεωτικοί για αυτόν κανόνες διαχείρισης, τότε, η εποπτική αρμοδιότητα του κράτους επί του υπό κρίση φορέα με αντικείμενο τον έλεγχο της συμμόρφωσής του με τους εν λόγω κανόνες, αρκεί για να καλυφθούν οι απαιτήσεις της υποπερίπτωσης.³³

3.3.3. Ορισμός μελών διοικούσας / εποπτεύοντος οργάνου:

Τέλος, η τρίτη υποπερίπτωση συνίσταται σε ένα αμιγώς αριθμητικό και άρα καταρχήν ευχερώς διαπιστώσιμο κριτήριο, που αφορά στο διορισμό των μελών του οργάνου που διοικεί τον υπό κρίση φορέα. Συγκεκριμένα, εφόσον περισσότερα του ημίσεος των μελών του εν λόγω οργάνου διορίζονται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, υφίσταται ο κρίσιμος ιδιαίτερος δεσμός του υπό κρίση φορέα με το κράτος.

Επισημαίνεται, περαιτέρω, ότι σε περίπτωση κατά την οποία οι πράξεις διορισμού μελών της υπό κρίση οργάνου από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου έχουν αποκλειστικά και μόνο διαπιστωτικό χαρακτήρα, ενώ επί της ουσίας η επιλογή των μελών αυτών γίνεται από άλλους φορείς, η εν λόγω προϋπόθεση δεν ικανοποιείται (βλ. Συμβουλή 4/2018 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία).

²⁹ Σημειώνεται ότι στο άρθρο 223 του ν. 4412/2016 αντί της φράσης «η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο» χρησιμοποιείται η φράση «υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία».

³⁰ Βλ. ΔΕΚ απόφαση του πέμπτου τμήματος της 01.02.2001, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-237/99, Συλλογή 2001 I-00939, σκ. 48.

³¹ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 25) Απόφαση C-30/99, σκ. 49.

³² Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 27.02.2003, υπόθεση C-373/00, Adolf Truley, σκ. 70.

³³ Βλ. προαναφερθείσα (σημ. 25) Απόφαση C-30/99, σκ. 52.

4. Συμπέρασμα

Εκ της ανωτέρω παρουσίασης, το συμπέρασμα που πρέπει να εξαχθεί είναι ότι η έννοια του «Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου» υποστασιοποιείται βάσει λειτουργικών κριτηρίων, τα οποία ανάγονται στις τρεις προαναφερθείσες προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Επί της ουσίας, αυτό που διατρέχει εγκάρσια τις προϋποθέσεις αυτές είναι η ανάγκη διάγνωσης ότι ο υπό κρίση φορέας επί της ουσίας τελεί σε στενή σχέση με το κράτος, γεγονός που καθιστά αναγκαία την υπαγωγή του στο ειδικό νομικό καθεστώς που διέπει την ανάθεση και την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων.

Εξυπακούεται, βεβαίως, ότι την τελική ευθύνη για την υπαγωγή ή όχι στην έννοια του ΟΔΔ (και εν τέλει στη έννοια της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα) έχει ο ίδιος ο εκάστοτε φορέας, ο οποίος και ελέγχεται από τα αρμόδια διοικητικά και δικαστικά κλασικά όργανα ως προς την εν λόγω υπαγωγή.»

Αθήνα 14 Φεβρουαρίου 2019

ΥΠΟΓΡΑΦΗΤΗΚΕ

Ο Απληρωτής Πρόεδρος

Μιχαήλ Εκατομμάτης