



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ
ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ ΚΑΙ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Αθήνα, 21-12-2021

ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ ΚΑΙ ΕΣΠΑ
ΕΘΝΙΚΗ ΑΡΧΗ ΣΥΝΤΟΝΙΣΜΟΥ ΕΣΠΑ
ΕΙΔΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΘΕΣΜΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ

Αριθ. Πρωτ. : 139545 - 21-12-2021

Ταχ. Δ/νση : Νίκης 10
Ταχ. Κώδικας : 10563 Αθήνα
Πληροφορίες : Β. Οικονόμου
Σ. Τασιώκα
Τηλέφωνο : 210 374 2035, -033
Fax : 210 374 2060
Email : siss@mnec.gr

Προς: Πίνακα Διανομής

ΘΕΜΑ: «Μορφές συνεργασίας μεταξύ φορέων/αναθετουσών αρχών»

Ο νομοθέτης έχει θεσπίσει διάφορες μορφές συνεργασίας μεταξύ φορέων/αναθετουσών αρχών, όπως είναι η κάθετη (in house) συνεργασία του άρθρου 12 παρ. 1- 3 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) (ή άρθρου 247 παρ. 1-3 για το Βιβλίο ΙΙ), η οριζόντια ή διαδιοικητική της παρ. 4 των ιδίων άρθρων, η συνεργασία μέσω προγραμματικής σύμβασης του άρθρου 100 του Ν. 3852/2010 (Α' 87), η διαδημοτική ή διαβαθμική συνεργασία του άρθρου 99 του ως άνω νόμου κ.λπ.

Σε συνέχεια πολλών ερωτημάτων που έχουν υποβληθεί στην Υπηρεσία μας σχετικά με τις διάφορες μορφές συνεργασίας μεταξύ φορέων/αναθετουσών αρχών, στο πλαίσιο του παρόντος εγγράφου, εξετάζονται αναλυτικότερα οι προϋποθέσεις για τη σύναψη των βασικότερων από αυτές.

Εισαγωγικώς ωστόσο, κρίνεται σκόπιμο καταρχάς να γίνει μια διάκριση μεταξύ των εννοιών της αναθέτουσας αρχής και του δικαιούχου καθώς και μεταξύ δικαιούχου και αναδόχου.

Η έννοια της αναθέτουσας αρχής έχει εξετασθεί επανειλημμένως στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου και αποτυπώνεται ρητά στις διατάξεις του άρθρου 2 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Εφόσον ένας φορέας πληροί τις προϋποθέσεις του εν λόγω άρθρου, αποτελεί και αναθέτουσα αρχή.

Η ανάθεση μίας δημόσιας, συγχρηματοδοτούμενης από τα διαρθρωτικά ταμεία ή μη, σύμβασης από μία αναθέτουσα αρχή πρέπει να είναι σύμφωνη τόσο με το ενωσιακό όσο και με το εθνικό θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων και να διέπεται από τις θεμελιώδεις αρχές αυτών, όπως, μεταξύ άλλων, την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και του ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αναλογικότητας κλπ.

Σε κάθε περίπτωση ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης μίας σύμβασης από μια αναθέτουσα αρχή δεν πρέπει να γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή της από το θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων. Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να λαμβάνουν όλα εκείνα τα

αναγκαία μέτρα που διασφαλίζουν την αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης αυτών και τη χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. Σύμφωνα με το πλαίσιο διαχείρισης (Καν. 1303/2013 και ν. 4314/2014) των επιχειρησιακών προγραμμάτων του ΕΣΠΑ, δικαιούχος ορίζεται «δημόσιος ή ιδιωτικός φορέας και, για τους σκοπούς του κανονισμού για το ΕΓΤΑΑ και του κανονισμού ΕΤΘΑ μόνο, φυσικό πρόσωπο που έχει την ευθύνη για την έναρξη ή την έναρξη και την εφαρμογή πράξεων.» Επίσης ορίζεται ότι για την υλοποίηση μιας πράξης, μπορεί να συμμετέχουν και άλλοι φορείς οι οποίοι υλοποιούν ξεχωριστά υποέργα μέσω των οποίων συνεισφέρουν στους στόχους και τα αποτελέσματά της¹.

Δημόσιοι, μεταξύ άλλων, φορείς, οι οποίοι ενδιαφέρονται να υποβάλλουν αιτήσεις χρηματοδότησης σε προγράμματα του ΕΣΠΑ 2014-2020, αποτελούν δυνητικούς δικαιούχους πράξεων δημόσιου χαρακτήρα. Η θετική αξιολόγηση του συνολικού φακέλου του δυνητικού δικαιούχου συνεπάγεται την έκδοση σχετικής απόφασης ένταξης του έργου, η οποία τον καθιστά πλέον δικαιούχο συγχρηματοδοτούμενων πόρων.

Κάθε φορέας/ συν-δικαιούχος είναι υπεύθυνος για το ή τα υποέργα των οποίων έχει αναλάβει την υλοποίηση, σύμφωνα με τους κανόνες του ΣΔΕ. Ο φορέας αυτός δεσμεύεται από την απόφαση ένταξης της πράξης και από τα συμβατικά κείμενα² που καθορίζουν τη σχέση του με τον δικαιούχο ή και τους άλλους φορείς που συμμετέχουν, για όσα υποέργα έχει οριστεί υπεύθυνος.

Προκειμένου ένας δικαιούχος να υλοποιήσει ολόκληρη πράξη ή υποέργο αυτής πρέπει να έχει εκ των καταστατικών του σκοπών την αρμοδιότητα για την υλοποίηση της πράξης ή συγκεκριμένου υποέργου. Η αρμοδιότητα αυτή προκύπτει, μεταξύ άλλων, από το σκοπό, την αποστολή και το ή τα αντικείμενα δραστηριότητας του φορέα, τη χωρική αναφορά της αρμοδιότητας, την ευθύνη για τη λειτουργία της πράξης / έργου (όπου αυτό έχει εφαρμογή)³.

Σε συνέχεια των ανωτέρω επισημαίνεται ότι οι δύο έννοιες, αναθέτουσα αρχή και δικαιούχος, αποτελούν διακριτές έννοιες. Δεν ταυτίζονται αλλά δεν αναιρεί και η μία την άλλη. Ένας δημόσιος φορέας/υπηρεσία δύναται να φέρει και τις δύο ιδιότητες ή μία από αυτές.

Μία δημόσια υπηρεσία που καθίσταται δικαιούχος συγχρηματοδότησης προκειμένου να υλοποιήσει αντίστοιχο έργο δύναται σχετικής αίτησης χρηματοδότησης και απόφασης ένταξης, δεν αποκτά μόνο από αυτό και την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής, όπως και το αντίστροφο.

Από την άλλη πλευρά ανάδοχος είναι οικονομικός φορέας ο οποίος αναλαμβάνει από τον δικαιούχο την εκτέλεση μέρους ή ολόκληρου έργου, με βάση σχετική σύμβαση ανάθεσης από επαχθή αιτία. Η σύμβαση αυτή μπορεί να αφορά στην εκτέλεση έργου, παροχή υπηρεσίας ή προμήθειας, το δε αποτέλεσμα της εκτέλεσης της σύμβασης αποτελεί κυριότητα του δικαιούχου και όχι του αναδόχου. Ο ανάδοχος ευθύνεται αποκλειστικά και μόνο έναντι του δικαιούχου και ουδόλως έναντι της Διαχειριστικής Αρχής.

Εν συνεχεία ως προς τις μορφές συνεργασίας επισημάνονται ειδικότερα τα κάτωθι:

¹ ΥΠΑΣΥΔ, αρ. 7 §2

² ΥΠΑΣΥΔ αρ. 7 §2α («έγγραφα τεκμήρια της συμφωνίας»)

³ Ο ίδιος ο δικαιούχος πρέπει να μπορεί να αξιοποιήσει το αποτέλεσμα από την υλοποίηση της πράξης / υποέργου προκειμένου να ικανοποιήσει τους στόχους του και την αποστολή του, που με τη σειρά τους συνεισφέρουν στην επίτευξη των στόχων (δεικτών) του επιχειρησιακού προγράμματος.

A. Κάθετη (οιονεί αυτεπιστασία ή in-house) συνεργασία άρθρου 12 παρ. 1-3 Ν. 4412/2016

Στο άρθρο 12 (ή το άρθρο 247 για το Βιβλίο ΙΙ) του Ν. 4412/2016 θεσμοθετείται στις παρ. 1-3 η κάθετη συνεργασία (ή οιονεί αυτεπιστασία ή in house συνεργασία) μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα. Συμβάσεις με τα κατωτέρω χαρακτηριστικά της κάθετης συνεργασίας, στην ουσία, δεν συνιστούν σύμπτωση αυτόνομων βουλήσεων που αντιπροσωπεύουν χωριστά έννομα συμφέροντα, αλλά αποτύπωση ενιαίας βούλησης, δηλαδή της βούλησης του/ων φορέα/ων που ασκεί/ούν τον αποφασιστικό έλεγχο.

Ειδικότερα διακρίνονται οι ακόλουθες περιπτώσεις:

ι) Κλασικές συμβάσεις in-house

Σύμφωνα με την **παρ. 1 του άρθρου 12** του Ν. 4412/2016:

«1. Μία δημόσια σύμβαση που ανατίθεται από μία αναθέτουσα αρχή σε ένα νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221), εάν πληρούνται σωρευτικά οι κατωτέρω προϋποθέσεις:

α) η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί του εν λόγω νομικού προσώπου έλεγχο ανάλογο εκείνου που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών,

β) περισσότερο από το 80% των δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου νομικού προσώπου διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που του έχουν ανατεθεί από την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή άλλα νομικά πρόσωπα που ελέγχει η εν λόγω αναθέτουσα αρχή, και

γ) δεν υπάρχει άμεση συμμετοχή ιδιωτικών κεφαλαίων στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, εξαιρουμένων των μορφών συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων χωρίς δυνατότητα ελέγχου ή δικαιώματος αρνησικυρίας που απαιτούνται διατάξεις νόμου και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο.

Μια αναθέτουσα αρχή θεωρείται ότι ασκεί έλεγχο επί νομικού προσώπου ανάλογο με τον έλεγχο που ασκεί στις υπηρεσίες της κατά την έννοια της περίπτωσης α` του πρώτου εδαφίου, όταν ασκεί αποφασιστική επιρροή τόσο στους στρατηγικούς στόχους, όσο και στις σημαντικές αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου. Ο έλεγχος μπορεί, επίσης, να ασκείται από άλλο νομικό πρόσωπο που ελέγχεται με τον ίδιο τρόπο από την αναθέτουσα αρχή.».

Βάσει της ανωτέρω διάταξης για την προσφυγή στην παρ. 1 του άρθρου 12 του ως άνω νόμου πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις, ήτοι:

α) Εν πρώτοις, οι δύο συμβαλλόμενοι να είναι σαφείς και διακριτοί και να αποτελούν ο πρώτος εξ αυτών αναθέτουσα αρχή και ο δεύτερος ελεγχόμενο από αυτή νομικό πρόσωπο.

β) Περαιτέρω, βασική προϋπόθεση εφαρμογής είναι η αναθέτουσα αρχή να ασκεί επί του εν λόγω νομικού προσώπου έλεγχο ανάλογο εκείνου που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών (κριτήριο του ελέγχου). Ειδικότερα, μία αναθέτουσα αρχή θεωρείται ότι έχει αυτόν τον έλεγχο όταν ασκεί αποφασιστική επιρροή τόσο στους στρατηγικούς στόχους, όσο και τις σημαντικές αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου. Σύμφωνα μάλιστα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ για τη διαπίστωση ή μη συνδρομής της συγκεκριμένης προϋπόθεσης πρέπει να εξετάζεται κατά πόσον υπάρχει ιδιωτική συμμετοχή στο μετοχικό

κεφάλαιο του νομικού προσώπου, ποια είναι η σύνθεση των οργάνων λήψεων αποφάσεων της, καθώς και ποια η έκταση των εξουσιών που διαθέτει το διοικητικό του συμβούλιο⁴.

γ) Παράλληλα, σύμφωνα με τη δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής της παρ. 1, περισσότερο από το 80% των δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου νομικού προσώπου πρέπει να διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που του έχουν ανατεθεί από την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή άλλο νομικό πρόσωπο που αυτή ελέγχει, ουσιαστικά δηλαδή το νομικό πρόσωπο πρέπει να ασκεί το ουσιαστικό μέρος των δραστηριοτήτων του για την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή⁵ (κριτήριο του κύκλου εργασιών).

δ) Η τέταρτη προϋπόθεση εφαρμογής συνίσταται στη μη ύπαρξη άμεσης⁶ συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, με εξαίρεση τις μορφές συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων χωρίς δυνατότητα ελέγχου ή δικαιώματος αρνησικυρίας που απαιτούνται από εθνικές νομοθετικές διατάξεις και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο⁷ (κριτήριο μη συμμετοχής ιδιωτών).

ii) Η αντίστροφη κάθετη (bottom up) και η οριζόντια εσωτερική ανάθεση

Ανάλογες είναι και οι προϋποθέσεις για τη σύναψη κάθετων συνεργασιών σύμφωνα με την **παρ. 2 του άρθρου 12 του Ν. 4412/2016** κατά την οποία:

«2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται επίσης σε περίπτωση που ένα ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, το οποίο είναι αναθέτουσα αρχή, αναθέτει σύμβαση στην αναθέτουσα αρχή η οποία το ελέγχει ή σε άλλο νομικό πρόσωπο που τελεί υπό τον έλεγχο της ίδιας αναθέτουσας αρχής, εφόσον δεν υπάρχει άμεση συμμετοχή ιδιωτικών κεφαλαίων στο νομικό πρόσωπο στο οποίο ανατίθεται η δημόσια σύμβαση, εξαιρουμένων των μορφών συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων χωρίς δυνατότητα ελέγχου ή δικαιώματος αρνησικυρίας που απαιτούνται από διατάξεις νόμου, και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο.»

Κατά την παρούσα παράγραφο η εξαίρεση των in-house αναθέσεων εφαρμόζεται και στην περίπτωση που ένα ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, το οποίο είναι αναθέτουσα αρχή, αναθέτει σύμβαση στην αναθέτουσα αρχή η οποία το ελέγχει (αντίστροφη κάθετη ή bottom up ανάθεση, bottom-up contract award) ή σε άλλο νομικό πρόσωπο που τελεί υπό τον έλεγχο της ίδιας αναθέτουσας αρχής (οριζόντια σύμβαση οιονεί αυτεπιστασίας, οριζόντια εσωτερική ανάθεση, contracts between in-house sisters, δηλαδή σύμβαση μεταξύ θυγατρικών εταιριών που τελούν υπό τον κοινό έλεγχο ενός μητρικού φορέα).

⁴Είναι απαραίτητο να ελέγχεται η έκταση των εξουσιών που ανατίθενται στο διοικητικό συμβούλιο για να αξιολογηθεί κατά πόσο το νομικό πρόσωπο είναι προσανατολισμένο στην αγορά και έχει τέτοιο βαθμό ανεξαρτησίας που θα καθιστούσε δευτερεύοντα τον έλεγχο που ασκείται από την αναθέτουσα αρχή, η οποία συνδέεται με αυτό.

⁵Δυνάμει της παρ. 5 του άρθρου 12 του Ν. 4412/2016 για τον προσδιορισμό του ποσοστού των δραστηριοτήτων λαμβάνεται υπόψη ο μέσος συνολικός κύκλος εργασιών ή άλλο ενδεδειγμένο μέτρο βάσει δραστηριοτήτων, όπως είναι το κόστος που βαρύνει το συγκεκριμένο νομικό πρόσωπο όσον αφορά στις υπηρεσίες, τα αγαθά και τα έργα της τριετίας που προηγείται της ανάθεσης της σύμβασης. Αν, λόγω της ημερομηνίας κατά την οποία δημιουργήθηκε ή άρχισε τις δραστηριότητές του το συγκεκριμένο νομικό πρόσωπο, ή λόγω αναδιοργάνωσης των δραστηριοτήτων του, ο κύκλος εργασιών ή άλλο μέτρο βάσει δραστηριοτήτων, όπως το κόστος, δεν διατίθεται για την τελευταία τριετία ή δεν είναι πλέον κατάλληλο, αρκεί να αποδειχθεί ότι η μέτρηση της δραστηριότητας είναι αξιόπιστη.

Διευκρινίζεται ότι όταν χρησιμοποιείται η μέθοδος του μέσου συνολικού κύκλου εργασιών, ο κύκλος εργασιών θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη όλες τις δραστηριότητες του προς εξέταση νομικού προσώπου.

⁶ Επιτρέπεται η έμμεση (βλ. οργανισμό δημοσίου δικαίου).

⁷ Σημειώνεται ότι χωρίς δυνατότητα αρνησικυρίας μορφή ιδιωτικής κεφαλαιακής συμμετοχής σύμφωνα με τις Συνθήκες σημαίνει ιδιωτική συμμετοχή που προκύπτει από διαφανή και χωρίς διακρίσεις διαδικασίες.

Περαιτέρω προϋπόθεση είναι να μην υπάρχει άμεση συμμετοχή ιδιωτικών κεφαλαίων στο νομικό πρόσωπο στο οποίο ανατίθεται η σύμβαση. Παράλληλα, λόγω της παραπομπής στην παράγραφο 1 του ιδίου άρθρου, υποστηρίζεται ότι πρέπει να συντρέχει και το κριτήριο του κύκλου εργασιών, μεταξύ του ελεγχόμενου φορέα που αναθέτει τη σύμβαση και της ελέγχουσας αυτόν αναθέτουσας αρχής, όπως και μεταξύ των ελεγχόμενων φορέων και της κοινής οντότητας που τους ελέγχει.

iii) Ο κοινός έλεγχος ως ειδική περίπτωση κάθετης in-house ανάθεσης

Τέλος κατά την **παρ. 3 του άρθρου 12 του Ν. 4412/2016:**

«3. Μία αναθέτουσα αρχή που δεν ασκεί έλεγχο κατά την έννοια της παραγράφου 1 σε νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου μπορεί, εντούτοις, να αναθέσει δημόσια σύμβαση στο εν λόγω νομικό πρόσωπο χωρίς να εφαρμόσει τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου, εφόσον πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) η αναθέτουσα αρχή ασκεί από κοινού με άλλες αναθέτουσες αρχές έλεγχο επί του εν λόγω νομικού προσώπου ανάλογο εκείνου που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών,

β) περισσότερο από το 80% των δραστηριοτήτων του εν λόγω νομικού προσώπου διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που του έχουν ανατεθεί από τις ελέγχουσες αναθέτουσες αρχές ή άλλα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές και

γ) δεν υπάρχει άμεση συμμετοχή ιδιωτικών κεφαλαίων στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, εξαιρουμένων των μορφών συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων χωρίς δυνατότητα ελέγχου ή δικαιώματος αρνησικυρίας που απαιτούνται από διατάξεις νόμου και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο.

Για τους σκοπούς της περίπτωσης α' του πρώτου εδαφίου, οι αναθέτουσες αρχές ασκούν από κοινού έλεγχο επί νομικού προσώπου, εφόσον πληρούνται σωρευτικά οι κατωτέρω προϋποθέσεις:

α) τα όργανα λήψης αποφάσεων του ελεγχόμενου νομικού προσώπου απαρτίζονται από εκπροσώπους όλων των αναθετουσών αρχών που συμμετέχουν. Το ίδιο φυσικό πρόσωπο μπορεί να εκπροσωπεί πολλές ή όλες τις συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές, β) οι εν λόγω αναθέτουσες αρχές είναι σε θέση να ασκούν από κοινού αποφασιστική επιρροή στους στρατηγικούς στόχους και τις σημαντικές αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου και γ) το ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο δεν επιδιώκει συμφέροντα αντίθετα από αυτά των αναθετουσών αρχών που το ελέγχουν.».

Όσον αφορά στη δυνατότητα προσφυγής στην ανωτέρω παρ. 3, θα πρέπει και σ' αυτή την περίπτωση οι δύο συμβαλλόμενοι να είναι διακριτοί και να αποτελούν ο πρώτος εξ αυτών αναθέτουσα αρχή και ο δεύτερος ελεγχόμενο από αυτή και από κοινού με άλλες αναθέτουσες αρχές νομικό πρόσωπο. Οι λοιπές σωρευτικές προϋποθέσεις ισχύουν ως αναλύθηκαν παραπάνω στην παρ. 1 του άρθρου 12 (β-δ).

Βάσει των ανωτέρω διευκρινίζεται ειδικότερα ότι, όταν πλείονες δημόσιες αρχές, με την ιδιότητά τους ως αναθέτουσες αρχές (πχ Ο.Τ.Α.) ιδρύουν από κοινού φορέα επιφορτισμένο με την εκπλήρωση καθήκοντός τους δημόσιας υπηρεσίας (π.χ. εταιρία για τη διαχείριση της υπηρεσίας αστικής καθαριότητας), η προϋπόθεση ότι πρέπει να ασκούν από κοινού έλεγχο επί του φορέα αυτού ανάλογο προς εκείνο που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών, προκειμένου να απαλλαγούν από την υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά το δίκαιο της Ένωσης, πληρούται

εφόσον κάθε μία από τις αρχές αυτές συμμετέχει τόσο στο κεφάλαιο όσο και στα όργανα διοικήσεως του εν λόγω φορέα.

B. Οριζόντια ή διαδιοικητική συνεργασία άρθρου 12 παρ. 4 Ν. 4412/2016

Η παρ. 4 του άρθρου 12 (ή του άρθρου 247 για το Βιβλίο ΙΙ) του Ν. 4412/2016 θεσμοθετεί την οριζόντια ή διαδιοικητική συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών, η οποία βασίζεται στο δικαίωμα των δημοσίων αρχών να εκτελούν τα καθήκοντα παροχής δημοσίων υπηρεσιών που τους ανατίθενται χρησιμοποιώντας ιδίους πόρους και συνεργαζόμενες ενδεχομένως με άλλες δημόσιες αρχές. Σύμφωνα με την εν λόγω παράγραφο:

«4. Μία σύμβαση, η οποία συνάπτεται αποκλειστικά μεταξύ δύο ή περισσότερων αναθετουσών αρχών, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου, εφόσον πληρούνται σωρευτικά οι κατωτέρω προϋποθέσεις:

α) η σύμβαση εγκαθιδρύει ή υλοποιεί συνεργασία μεταξύ των συμμετεχουσών αναθετουσών αρχών η οποία αποσκοπεί να διασφαλίσει ότι οι δημόσιες υπηρεσίες που οφείλουν να εκτελούν οι εν λόγω αρχές παρέχονται για την επίτευξη των κοινών τους στόχων,

β) η υλοποίηση της συνεργασίας αυτής εξυπηρετεί αποκλειστικά σκοπούς δημοσίου συμφέροντος και

γ) οι συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές εκτελούν στην ελεύθερη αγορά λιγότερο από το 20% των δραστηριοτήτων που αφορά η συνεργασία».

Κατά την προαναφερθείσα διάταξη για την υπογραφή νόμιμης διαδιοικητικής συνεργασίας θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις, ήτοι:

α) Εν πρώτοις οι συμβαλλόμενοι πρέπει να αποτελούν αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του Ν. 4412/2016.

Παράλληλα, για να στοιχειοθετείται η έννοια της συνεργασίας είναι απαραίτητο όλες οι αναθέτουσες αρχές να αναλαμβάνουν την εκτέλεση βασικών συμβατικών υποχρεώσεων, ήτοι να συμμετέχουν στην εκπλήρωση κοινής αποστολής και να εκτελούν καθήκοντα προς αυτό το σκοπό και όχι απλά ο ένας φορέας να αναλαμβάνει να εκτελέσει καθήκοντα για λογαριασμό κάποιου άλλου. Τα εν λόγω καθήκοντα των συμβαλλομένων σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να ασκούνται πραγματικά και όχι απλά δυνητικά, χωρίς να μπορούν να εκτελεστούν από άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ενώ σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να υποκρύπτεται απλή μεταβίβαση από τον έναν φορέα στον άλλο μίας αυστηρά οριοθετημένης αρμοδιότητας ή καθηκόντων γιατί τότε δεν στοιχειοθετείται ουσιαστικά η έννοια της συνεργασίας. Αυτό δεν σημαίνει κατ'ανάγκη ότι καθένας από τους συμμετέχοντες συμμετέχει ισότιμα στην εκτέλεση της εν λόγω υπηρεσίας, καθώς η εκτέλεση αυτής μπορεί να εξασφαλίζεται μέσω επιμερισμού καθηκόντων και σχετικής εξειδίκευσης, ωστόσο η σύμβαση πρέπει να στοχεύει στην υλοποίηση ενός κοινού σκοπού, ήτοι την κοινή εκπλήρωση αυτού του ιδίου σκοπού.

Περαιτέρω, η συνεργασία πρέπει να αποβλέπει στη διασφάλιση παροχής δημόσιας υπηρεσίας κοινής στους εμπλεκόμενους φορείς. Σύμφωνα με την ενωσιακή νομολογία οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι άμεσα επιφορτισμένες με την εκπλήρωση αποστολής δημόσιας υπηρεσίας, δηλαδή υποχρεωμένες, χωρίς να αρκεί η απλή δυνατότητα να εκτελούν τέτοια δημόσια υπηρεσία. Διαφορετικά, η συνεργασία δεν αποσκοπεί στην εκπλήρωση αποστολής δημόσιας υπηρεσίας κοινής σε αυτές.

Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται ότι, όταν τα εκτελούμενα καθήκοντα δεν αφορούν την καθαυτό άσκηση δημόσιας εξουσίας, αλλά μόνο βοηθητικές δραστηριότητες ή αντιστοιχούν σε δραστηριότητες που αναλαμβάνουν να εκπληρώνουν γενικά οι εργαζόμενοι ενός επαγγελματικού κλάδου (πχ αρχιτέκτονες, μηχανικοί κ.λπ.) δεν διασφαλίζεται η εκπλήρωση κοινής αποστολής. Έτσι στην υπόθεση C-159/11, κρίθηκε από το Δικαστήριο της Ένωσης ότι η υγειονομική υπηρεσία μιας ιταλικής επαρχίας ανάθεσε σε πανεπιστήμιο μία μελέτη σημαντικό μέρος της οποίας θα μπορούσαν να εκπονήσουν και άλλοι μελετητές εκτός Πανεπιστημίου.

β) Επισημαίνεται επίσης ότι η υλοποίηση της συνεργασίας πρέπει να εξυπηρετεί αποκλειστικά σκοπούς δημοσίου συμφέροντος, υπό την έννοια ότι η καθιερούμενη συνεργασία πρέπει να διέπεται αποκλειστικά από εκτιμήσεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών που αποβλέπουν στην εκτέλεση δημόσιας υπηρεσίας.

Το εν λόγω κριτήριο σχετίζεται και με το πιθανό τίμημα, το οποίο θα πρέπει να συνιστά απλή αποζημίωση για την κάλυψη των διαχειριστικών εξόδων και επ' ουδενί αμοιβή.

Εφόσον οι χρηματοοικονομικές συναλλαγές (financial transfers) μεταξύ των συνεργαζόμενων φορέων περιορίζονται στην κάλυψη του κόστους που προκύπτει από τη συνεργασία - «limited merely to the reimbursement of actual costs», χωρίς να αφήνουν περιθώριο για ύπαρξη πλεονάσματος (αμοιβής), πέραν του κόστους αυτού, τούτο αποτελεί σημαντικό παράγοντα για την ικανοποίηση του όρου ότι και η υλοποίηση της συνεργασίας (περιλαμβανομένων και των συναλλαγών) διέπεται αποκλειστικά από εκτιμήσεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος.

Σε κάθε περίπτωση ωστόσο ο χαρακτήρας της αντιπαροχής δεν αποτελεί αποφασιστικό στοιχείο καθώς έχει κριθεί ότι η αποπληρωμή μόνο των εξόδων δεν στερεί πάντοτε από μια συμφωνία το χαρακτήρα της δημόσιας σύμβασης.

γ) Οι συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να εκτελούν στην ελεύθερη αγορά λιγότερο από το 20% των δραστηριοτήτων που αφορά η μεταξύ τους συνεργασία⁸. Αν τα μέρη της διαδιοικητικής συνεργασίας δεν ασκούν οικονομικές δραστηριότητες ή οποιουδήποτε είδους ανταγωνισμό με άλλους φορείς της αγοράς, η εν λόγω προϋπόθεση πληρούται διότι δεν ασκείται δραστηριότητα σε ανοιχτή αγορά.

Τέλος επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με προϋφιστάμενη νομολογία του ΔΕΕ, η σύναψη μιας οριζόντιας συνεργασίας επιτρέπεται μόνο υπό την προϋπόθεση ότι οι συμβάσεις συνάπτονται αποκλειστικά από δημόσιους φορείς χωρίς την συμμετοχή ιδιώτη⁹. Η εν λόγω απαίτηση ωστόσο δεν έχει αποτυπωθεί στο άρθρο 12 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και κατ' επέκταση στο άρθρο 12 παρ. 4 του Ν. 4412/2016¹⁰.

⁸ Προκύπτει, όπως αναφέρθηκε και σε προηγούμενη υποσημείωση, από τον μέσο συνολικό κύκλο εργασιών ή άλλο ενδεδειγμένο μέτρο βάσει δραστηριοτήτων (πχ κόστος υπηρεσιών) την τελευταία τριετία. Στην περίπτωση που ο κύκλος εργασιών ή άλλο μέτρο βάσει δραστηριοτήτων, όπως το κόστος, δεν διατίθεται για την τελευταία τριετία ή δεν είναι πλέον κατάλληλο, αρκεί να αποδειχθεί ότι η μέτρηση της δραστηριότητας είναι αξιόπιστη, ιδίως μέσω προβολών επιχειρηματικών δραστηριοτήτων.

⁹ Κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ η συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών δεν πρέπει, σύμφωνα με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, να έχει ως αποτέλεσμα την περιέλευση μιας ιδιωτικής επιχείρησης σε πλεονεκτική θέση έναντι των ανταγωνιστών της. Έτσι για παράδειγμα στην υπόθεση C-386/11 Piepenbrock, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι αν η σχετική σύμβαση επιτρέπει να χρησιμοποιείται τρίτο πρόσωπο για την εκτέλεση του έργου που προβλέπει αυτή, το γεγονός αυτό σημαίνει ότι το τρίτο αυτό πρόσωπο ενδέχεται να περιέρχεται σε πλεονεκτική θέση έναντι των άλλων επιχειρήσεων που δρουν στην ίδια αγορά και άρα η εν λόγω σύμβαση αποτελεί δημόσια σύμβαση που δεν μπορεί να εξαιρεθεί με την επίκληση της οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών.

¹⁰ Έτσι στην αιτιολογική σκέψη 32 του προοιμίου της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται ρητά ότι η δυνατότητα οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων βρίσκει εφαρμογή και στην περίπτωση που σε

Γ. Προγραμματικές συμβάσεις άρθρου 100 Ν. 3852/2010

Με τον θεσμό των προγραμματικών συμβάσεων που προβλέπεται στο άρθρο 100 του Ν. 3852/2010 θεσπίζεται η δυνατότητα συγκεκριμένων φορέων, μεταξύ άλλων και για τους ΟΤΑ, να συμβάλλονται με άλλους φορείς του δημοσίου τομέα για τη μελέτη και εκτέλεση έργων ή προγραμμάτων ανάπτυξης ή την οργάνωση παροχής υπηρεσιών ή την υλοποίηση προμηθειών κάθε είδους στην εδαφική τους περιφέρεια, συνδυάζοντας ή αλληλοσυμπληρώνοντας τις αρμοδιότητες ή τα οικονομικοτεχνικά μέσα που διαθέτουν, με εκείνα των αντισυμβαλλόμενων φορέων, αναπτύσσοντας από κοινού παραγωγικές δραστηριότητες προς κατευθύνσεις, που χωρίς τις διατάξεις αυτές δεν θα μπορούσαν να πραγματοποιήσουν. Η προγραμματική σύμβαση αποτελεί στην ουσία μία σύμβαση πλαίσιο, εντός του οποίου θα πραγματοποιηθούν οι επιμέρους νομικές και υλικές πράξεις, που απαιτούνται για την εκτέλεση αυτής.

Ειδικότερα σύμφωνα με τις παρ. 1 περ. α και β, καθώς και την παρ. 2 περ. α, του προαναφερόμενου άρθρου, όπως ισχύει:

«1. α) Για τη μελέτη και εκτέλεση έργων και προγραμμάτων ανάπτυξης μιας περιοχής, καθώς και για την παροχή υπηρεσιών και την υλοποίηση προμηθειών κάθε είδους, οι δήμοι, οι περιφέρειες, οι σύνδεσμοι δήμων, τα δίκτυα δήμων και περιφερειών του άρθρου 101, οι περιφερειακές ενώσεις δήμων, η Κεντρική Ένωση Δήμων Ελλάδας και η Ένωση Περιφερειών Ελλάδας, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (ν.π.δ.δ.), τα οποία συνιστούν ή στα οποία συμμετέχουν οι προαναφερόμενοι φορείς, καθώς και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (ν.π.ι.δ.), στα οποία συμμετέχουν ή συνιστούν η Κεντρική Ένωση Δήμων Ελλάδας και η Ένωση Περιφερειών Ελλάδας, οι δημοτικές επιχειρήσεις ύδρευσης και αποχέτευσης, η Ένωση Δημοτικών Επιχειρήσεων Ύδρευσης Αποχέτευσης (Ε.Δ.Ε.Υ.Α.), οι επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α. που ανήκουν στον δημόσιο τομέα σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 1 του ν. 1256/1982 (Α' 65), τα δημοτικά και περιφερειακά ιδρύματα, καθώς και κοινωφελή ιδρύματα και κληροδοτήματα και τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα, μπορούν να συνάπτουν προγραμματικές συμβάσεις με το Δημόσιο ή με την Εγνατία Οδό Α.Ε. ή με τη Μονάδα Οργάνωσης της Διαχείρισης Αναπτυξιακών Προγραμμάτων (ΜΟΔ) Α.Ε. ή με την Εταιρεία Ακινήτων Δημοσίων Α.Ε. (ΕΤΑΔ Α.Ε.) ή με το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων ή με τον ΕΛ.Γ.Ο. - ΔΗΜΗΤΡΑ ή μεταξύ τους ή με ν.π.δ.δ. ή με τους φορείς των παρ. 1, 2, 3, 4 και 5 του άρθρου 12 του ν. 4412/2016 (Α' 147), μεμονωμένα ή από κοινού. Στις προγραμματικές συμβάσεις στις οποίες μετέχει το Δημόσιο, μπορεί να εκπροσωπείται και από τον Συντονιστή της αποκεντρωμένης διοίκησης, στην οποία εκτελείται η προγραμματική σύμβαση. Οι ανωτέρω συμβάσεις υπόκεινται στον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Οι προγραμματικές συμβάσεις, στις οποίες ένας εκ των συμβαλλομένων είναι Ο.Τ.Α. α' ή β' βαθμού, δεν εμπίπτουν στις διατάξεις του άρθρου 225.

β. Στις Προγραμματικές Συμβάσεις επιτρέπεται και η συμμετοχή επιχειρήσεων των Ο.Τ.Α., σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, Κέντρων Επαγγελματικής Κατάρτισης (Κ.Ε.Κ.) με οποιαδήποτε νομική μορφή και αν λειτουργούν, των Περιφερειακών Ταμείων Ανάπτυξης, επιμελητηρίων, επιστημονικών φορέων δημοσίου δικαίου, Ερευνητικών Πανεπιστημιακών Ινστιτούτων (Ε.Π.Ι.), συνεταιρισμών, ενώσεων συνεταιρισμών και εργοδοτικών και εργατοúπαλληλικών ενώσεων. Με απόφαση των Υπουργών Οικονομικών, Οικονομίας,

έναν οργανισμό δημοσίου δικαίου, υφίσταται ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή, εφόσον βεβαίως η σύμβαση συνάπτεται αποκλειστικά μεταξύ αναθετούσων αρχών.

Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας και Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης μπορεί να επιτρέπεται και η συμμετοχή τραπεζών και πιστωτικών ιδρυμάτων...

2.α. Στις προγραμματικές συμβάσεις απαραίτητα ορίζονται το αντικείμενο της σύμβασης, ο σκοπός, το περιεχόμενο των μελετών, των έργων, των προγραμμάτων, των προμηθειών ή των υπηρεσιών, ο προϋπολογισμός τους, τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των συμβαλλομένων, το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης της σύμβασης, οι πόροι από τους οποίους θα καλυφθούν οι αναλαμβανόμενες οικονομικές υποχρεώσεις και η διάρκεια της σύμβασης, καθώς και ο τρόπος κάλυψης των αναγκών για την εκπλήρωση της προγραμματικής σύμβασης λειτουργικών εξόδων, καθώς και οι λεπτομέρειες καταβολής τους. Για την εκπλήρωση του σκοπού της προγραμματικής σύμβασης, ο κάθε συμβαλλόμενος αναλαμβάνει συγκεκριμένο αντικείμενο με συγκεκριμένες υποχρεώσεις. Το όργανο παρακολούθησης της εφαρμογής της προγραμματικής σύμβασης πρέπει απαραίτητα να ορίζεται στις προγραμματικές συμβάσεις, καθώς και οι αρμοδιότητές του και οι ρήτρες σε βάρος του συμβαλλομένου που παραβαίνει τους όρους της προγραμματικής σύμβασης ...».

Βάσει των ανωτέρω και της σχετικής νομολογίας επ' αυτού προκύπτει ότι για τη νόμιμη σύναψη μιας προγραμματικής σύμβασης πρέπει να πληρούνται οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) Η προγραμματική σύμβαση πρέπει να περιλαμβάνει τα ελάχιστα απαραίτητα στοιχεία της παρ. 2α του άρθρου 100 Ν. 3852/2010 και όλοι οι όροι της να καθορίζονται κατά τρόπο σαφή και ορισμένο (πχ το αντικείμενο και το ειδικότερο περιεχόμενο των υποχρεώσεων των μερών, ο προϋπολογισμός, ο αναλυτικός χρονικός προγραμματισμός για όλες τις επιμέρους δράσεις έτσι ώστε να τελεί σε πλήρη αρμονία προς το πρόγραμμα των χρηματορροών, οι περιπτώσεις που κατ'εξάιρεση επιτρέπεται η τροποποίηση των όρων αυτής κλπ.).

β) Η σύναψη προγραμματικής σύμβασης αποτελεί το ultimum refugium και η προσφυγή σε αυτή επιτρέπεται μόνο στην περίπτωση που το επιδιωκόμενο με αυτή αποτέλεσμα δεν μπορεί να επιτευχθεί με άλλο νόμιμο τρόπο. Μία προγραμματική σύμβαση δεν πρέπει να λειτουργεί ως ισοδύναμη ή εναλλακτική με την προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία διαδικασία επιλογής αναδόχου για την επίλυση του ζητήματος που έχει ανακύψει, ούτε να χρησιμοποιείται καταχρηστικά για την παράκαμψη και τη μη εφαρμογή διατάξεων που θέτουν συγκεκριμένους περιορισμούς στη δράση των ΟΤΑ ή απαιτούν την τήρηση των συγκεκριμένων όρων και προϋποθέσεων για την άσκησή της.

γ) Ο συμβαλλόμενος σε προγραμματική σύμβαση φορέας για την εκτέλεση έργου, προμήθειας, υπηρεσίας κ.λπ. θα πρέπει να έχει αντικείμενο εργασιών σχετικό με εκείνο που αναλαμβάνει. Η αξιοποίηση των προγραμματικών συμβάσεων ως μέσο μεταβίβασης αρμοδιότητας από τον ένα συμβαλλόμενο φορέα στον άλλον δεν επιτρέπεται.

δ) Η προγραμματική σύμβαση δεν μπορεί να λειτουργεί ως μηχανισμός απευθείας αναθέσεων προμηθειών, έργων, υπηρεσιών κ.λπ. Με άλλα λόγια, περιεχόμενο προγραμματικής συμβάσεως δεν μπορεί να αποτελέσει η απλή ανάθεση της κατασκευής έργου ή της συντάξεως μελέτης από τον ένα συμβαλλόμενο φορέα στον άλλο, έτσι ώστε ο συμβαλλόμενος να επέχει απλώς θέση εργολάβου (αναδόχου) κατασκευής του έργου ή της συντάξεως της μελέτης. Σύμβαση που έχει τέτοιο περιεχόμενο δεν αποτελεί προγραμματική σύμβαση, αλλά κοινή σύμβαση απευθείας ανάθεσης έργου, το κύρος της οποίας εξαρτάται από τις εφαρμοστέες σε κάθε περίπτωση οικείες διατάξεις (Γνωμ. ΝΣΚ 163/2010, 269/2007, 445/2003, 638/1992, ΕΣ Τμ. VII Πράξεις 266/2014, 48/2015, 139/2016 κ.ά.)

ε) Τα συμβαλλόμενα μέρη οφείλουν να εκκινούν από κοινή αφετηρία, συμπράττοντας κατά το δυνατόν ισόρροπα για την υλοποίηση προγραμμάτων ή υπηρεσιών στο πλαίσιο κοινά εξυπηρετούμενου δημοσίου σκοπού, τον οποίο είναι εκ του νόμου επιφορτισμένα να επιτελούν. Δεν πρόκειται για προγραμματική σύμβαση, όταν τα μέρη αποσκοπούν στην εξυπηρέτηση διαφορετικών συμφερόντων, όπως συμβαίνει όταν ο ένας συμβαλλόμενος αποβλέπει στη μέσω της σύμβασης επίτευξη της νόμιμης αποστολής του, ενώ ο αντισυμβαλλόμενος ή ο μετέχων στη σύμβαση ιδιωτικός φορέας επιδιώκει την επίτευξη κέρδους, μέσω του ανταλλάγματος που προβλέπεται στη σύμβαση για τις παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες, με προέχον στοιχείο την ανταλλακτική σχέση παροχής – αντιπαροχής. Για το λόγο αυτό τυχόν λοιπόν προβλεπόμενες περιουσιακές μετακινήσεις μεταξύ των συμβαλλομένων φορέων πρέπει να περιορίζονται στην κάλυψη των απαραίτητων δαπανών για την υλοποίηση του συμβατικού αντικειμένου και δεν νοείται να έχουν το χαρακτήρα ανταλλάγματος για παρεχόμενες στο πλαίσιο της σύμβασης υπηρεσίες, στοιχείο που απαντάται μόνο στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις εξ επαχθούς αιτία.

στ) Ο θεσμός των προγραμματικών συμβάσεων νομοθετήθηκε για την εξοικονόμηση και όχι για τη διάθεση των πόρων, πράγμα που σημαίνει ότι οι προγραμματικές συμβάσεις δεν είναι χρηματοδοτικός μηχανισμός. Μάλιστα οι αρχές της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και της οικονομικότητας, ως μερικότερες εκδηλώσεις του δημοσίου συμφέροντος, επιβάλλουν την εκπλήρωση των εκ του νόμου ανατιθέμενων αρμοδιοτήτων με την κατά το δυνατόν ηπιότερη επιβάρυνση του προϋπολογισμού τους για την εξασφάλιση της δημοσιονομικής βιωσιμότητας. Επομένως η προσφυγή στη σύναψη προγραμματικής σύμβασης είναι δυνατή μόνο στο μέτρο που κρίνεται απολύτως αναγκαία για την κάλυψη των αναγκών της και με την ελάχιστο δυνατή δαπάνη, και αφού προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου του έργου ότι οι αρμόδιοι φορείς, πριν από τη σύναψη της προγραμματικής σύμβασης, έχουν εξετάσει και εξαντλήσει όλες τις εναλλακτικές δυνατότητας κάλυψης των αναγκών τους με πρόσφορα για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της υπηρεσίας και ηπιότερα από δημοσιονομικής απόψεως μέσα.

Τέλος επισημαίνεται ότι σε ορισμένους φορείς (πχ Περιφερειακά Ταμεία Ανάπτυξης, Επιμελητήρια, Ενώσεις κλπ) επιτρέπεται να συμμετέχουν σε προγραμματική σύμβαση ως εκ τρίτοι συμβαλλόμενοι. Οι εν λόγω φορείς έχουν τη δυνατότητα του εκ τρίτου συμβαλλόμενου με την έννοια ότι δεν είναι επιτρεπτή η συμμετοχή τους ως μοναδικοί αντισυμβαλλόμενοι, αλλά μόνο από κοινού με τους κυρίως συμβαλλόμενους φορείς (ΟΤΑ, Σύνδεσμοι κ.ο.κ).

Δ. Προγραμματικές συμβάσεις του άρθρου 44 παρ. 1 περ. α Ν. 4412/2016 λόγω τεχνικής ανεπάρκειας αναθετουσών αρχών στις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών

Πρόσφατα με το άρθρο 9 του Ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α' 26) αντικαταστάθηκε το άρθρο 44 του Ν. 4412/2016 το οποίο διαμορφώθηκε ως εξής:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές που κρίνουν ότι δεν διαθέτουν τεχνική επάρκεια ή η τεχνική τους επάρκεια είναι ελλιπής, μπορούν ιδίως:

α) να συνάπτουν προγραμματικές συμβάσεις, κατά την έννοια της παρ. 6 του άρθρου 12¹¹, για τη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης, την εποπτεία και την επίβλεψη δημόσιας σύμβασης έργου ή μελέτης,

¹¹ Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι η σχετική πρόβλεψη στο εθνικό δίκαιο περί δυνατότητας σύναψης συμβάσεων μεταξύ δημοσίων φορέων, χωρίς προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, δεν αρκεί για τη νόμιμη σύναψή τους, αλλά απαιτείται η συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 12 το οποίο, ως ενωσιακής

β) να συνάπτουν συμβάσεις παροχής τεχνικών υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 52 και

γ) να υποστηρίζονται από την ΕΚΑΑ της παρ. 1α του άρθρου 41 στο πλαίσιο της άσκησης από αυτήν επικουρικών δραστηριοτήτων αγορών.

2. [Καταργείται]

3. Η αναθέτουσα αρχή ευθύνεται έναντι του κυρίου του έργου για την καλή εκτέλεση των καθηκόντων της και έναντι των τρίτων ευθύνεται εις ολόκληρον με τον κύριο του έργου. Αν στην προγραμματική σύμβαση δεν ορίζεται διαφορετικά, εκπροσωπεί δικαστικώς και εξωδίκως τον κύριο του έργου έναντι των τρίτων κατά την ενάσκηση των καθηκόντων της έως τη λήξη της σύμβασης. Τα αποφαινόμενα όργανα καθορίζονται με την προγραμματική σύμβαση.»

Όπως προκύπτει από το αναμορφωμένο άρθρο 44 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές που διαθέτουν ελλιπή ή δεν διαθέτουν καθόλου τεχνική επάρκεια, για τις δημόσιες συμβάσεις έργου ή μελέτης, μπορούν, μεταξύ άλλων, να συνάπτουν προγραμματικές συμβάσεις.

Με το παρόν άρθρο καταργείται πλέον η προϊσχύουσα παρ.1 στην οποία προβλεπόταν η έκδοση κοινής υπουργικής απόφασης για τον καθορισμό της ελάχιστης στελέχωσης και των ειδικότερων προδιαγραφών της απαιτούμενης τεχνικής επάρκειας των αναθετουσών αρχών, ανά αξία, είδος, κατηγορία και πολυπλοκότητα σύμβασης, βάσει της οποίας θα κρινόταν εάν ορισμένη αναθέτουσα αρχή διέθετε ή μη την τεχνική επάρκεια και ικανότητα να προβεί στην ανάθεση και εκτέλεση δημόσιας σύμβασης έργου ή μελέτης. Με τη νέα διάταξη η κρίση περί ύπαρξης ή μη της απαιτούμενης τεχνικής επάρκειας επαφίεται αποκλειστικά στην αναθέτουσα αρχή.

Επισημαίνεται πάντως ότι οι ρυθμίσεις του άρθρου 44 δεν θίγουν τις ανωτέρω μορφές συνεργασίας, υπό τις προϋποθέσεις των οποίων, μπορούν να προσφεύγουν οι αναθέτουσες αρχές. Για το παρόν άρθρο θα δοθούν ειδικότερες οδηγίες από την Υπηρεσία μας.

Σε κάθε περίπτωση πάντως υπενθυμίζεται ότι, κατ' εφαρμογή της πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ, δεν είναι δυνατή η μη εφαρμογή των κανόνων του ενωσιακού δικαίου δυνάμει διάταξης της εσωτερικής έννομης τάξης, ούτε μπορούν τα κράτη μέλη να επικαλούνται διατάξεις της εσωτερικής τους έννομης τάξης για να δικαιολογήσουν τη μη τήρηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης.

Εν κατακλείδι επισημαίνεται ότι για τη σύναψη κάθε μίας από τις προαναφερόμενες μορφές συνεργασίας απαραίτητη κρίνεται η τήρηση των προϋποθέσεων που θέτει η αντίστοιχη διάταξη, την πλήρωση των οποίων στις συμβάσεις που συγχρηματοδοτούνται από το ΕΣΠΑ οφείλει να εξετάσει και η αρμόδια Διαχειριστική Αρχή.

Στο πλαίσιο αυτό, υπενθυμίζεται ότι για την απόδειξη της πλήρωσης των κατά περίπτωση προϋποθέσεων δεν αρκεί από την πλευρά του φορέα η απλή παράθεση των σχετικών νομοθετικών διατάξεων, αλλά απαιτείται και η εν τοις πράγμασι απόδειξη της κάλυψης αυτών. Για το λόγο αυτό, στην αρμόδια κατά περίπτωση υπηρεσία προς έλεγχο υποβάλλονται, ενδεικτικά, έγγραφα που αφορούν στη σύσταση του ελεγχόμενου φορέα/νομικού προσώπου, καταστατικό (και τροποποιήσεις), άλλα πιθανά στοιχεία από τα

προέλευσης, υπερισχύει έναντι οποιουδήποτε κανόνα εθνικού δικαίου. Με άλλα λόγια, δεν είναι δυνατή η μη εφαρμογή των κανόνων του ενωσιακού δικαίου δυνάμει διάταξης της εσωτερικής έννομης τάξης, ούτε μπορούν τα κράτη μέλη να επικαλούνται διατάξεις της εσωτερικής τους έννομης τάξης για να δικαιολογήσουν τη μη τήρηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης.

οποία προκύπτει ο σκοπός, η διαχείριση, η εποπτεία κ.λπ. αυτού, οικονομικές καταστάσεις, χρηματοδοτήσεις, κατάλογοι υλοποιημένων έργων, προσχέδια σύμβασης συνεργασίας κ.λπ., καθώς και κάθε άλλο έγγραφο που κρίνεται απαραίτητο προς απόδειξη πλήρωσης των ανωτέρω προϋποθέσεων.

Παραμένουμε στη διάθεσή σας για οποιαδήποτε περαιτέρω διευκρίνιση.

ΣΗΜΕΙΩΣΗ: Ακολουθεί ενδεικτική βιβλιογραφία – αρθρογραφία για την εκπόνηση του παρόντος:

1. European Commission: «Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public – public cooperation)», Brussels 2011
2. Ευρωπαϊκή Επιτροπή: «Ανακοίνωση της Επιτροπής – Έγγραφο καθοδήγησης για τα κράτη μέλη σχετικά με την επιλογή φορέων εφαρμογής μέσω χρηματοοικονομικής τεχνικής (2016/C 276/01)», Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ, 29.7.2016
3. Arrowsmith: «EU Public Procurement Law: An introduction», 2010, σελ. 86 επ.
4. William A. Janssen: «The Institutionalised and Non – Institutionalised Exemptions from EU public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?», Utrecht Law Review, 2014
5. Αριθμ. αποφάσεις (ΣΥΜ) 5/2018, 3/2020, 5/2021 της ΕΑΑΔΗΣΥ (ενδεικτικά)
6. Μονάδα Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (ΜΟΠΑΔΙΣ): «Γνωμοδότηση για συμπράξεις μεταξύ δημοσίων αρχών (public – public cooperation)», 2016
7. Ε. Πρεβεδούρου: «Συμβάσεις μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα (άρθρο 12 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016)», www.prevedourou.gr, 25.11.2019
8. Σ. Παναγόπουλος: «Ανάθεση συμβάσεων «οιονεί» αυτεπιστασίας (in house) μετά την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ», ΔΗΣΚΕ 1-3/2007
9. Πάνος Ζυγούρης, Ζέτα Ζυγούρη: «Πρότυπος Οδηγός για τις Προγραμματικές Συμβάσεις», Αθήνα 2019

ΑΚΡΙΒΕΣ ΑΝΤΙΓΡΑΦΟ
Ο προϊστάμενος της Διεύθυνσης Οργάνωσης,
Διοικητικής & Τεχνικής Υποστήριξης

Κ.Α.Α.
ΜΗΝΑ ΜΑΡΙΑ

Ο Προϊστάμενος της ΕΥΘΥ

Δημήτρης Φακίτσας

Εσωτερική Διανομή:

1. Γραφείο Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων
2. Γραφείο Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Επενδύσεων και ΕΣΠΑ
3. Γραφείο Προϊσταμένου ΕΑΣ
4. Όλες τις ΕΥ της ΕΑΣ
5. ΕΥ Αρχή Πιστοποίησης

6. Γραμματεία ΕΥΘΥ Μονάδα Α΄

Πίνακας Διανομής

Όλες τις ΕΥ του ΕΣΠΑ