



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 95/2021

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 29<sup>η</sup> Δεκεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι ένα (2021) ημέρα Τετάρτη και ώρα 09.30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα, 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:

- 1. Αντιπρόεδρος:** Αδάμ Καραγλάνης (προεδρεύων)
- 2. Μέλη:**
  - Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
  - Μαρία Στυλιανίδη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
  - Ερωφίλη Χριστοβασίλη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
  - Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Τα αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν παρέστησαν.

**Γραμματέας:** Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων

**Εισηγήτρια:** Ηλιάνα Κανταρτζή, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν, η εισηγήτρια, Ηλιάνα Κανταρτζή (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μαρία Παναγοηλιοπούλου, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μαριλένα Σιδέρη, και οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

**Ερώτημα:** Το υπ' αριθμ. πρωτ. 18136/22.09.2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του Δήμου Μαραθώνα (αριθ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5589/22.09.2021), όπως αυτό συμπληρώθηκε με τα από 19.11.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 7022/22.11.2021) και από 13.12.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 7483/13.12.2021) ηλεκτρονικά μηνύματα του ιδίου μετά των συνημμένων εγγράφων.

**Θέμα:** Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης,

σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας για τη δημιουργία του Έργου «THE CARGO PROJECT», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.024.677,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. α' (δημιουργία ή απόκτηση καλλιτεχνικού έργου) και γγ' (προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων) του ν. 4412/2016.

1. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 18136/22.09.2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του Δήμου Μαραθώνα (αριθ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5589/22.09.2021), όπως αυτό συμπληρώθηκε με τα από 19.11.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 7022/22.11.2021) και από 13.12.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 7483/13.12.2021) ηλεκτρονικά μηνύματα του ιδίου μετά των συνημμένων εγγράφων, ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας για τη δημιουργία του Έργου «THE CARGO PROJECT», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.024.677,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. α' (δημιουργία ή απόκτηση καλλιτεχνικού έργου) και γγ' (προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων) του ν. 4412/2016.

## Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

2. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

**2.1** Με την αριθ. 47/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μαραθώνα (ΑΔΑ: ΨΠΖΠΩΛΜ-9Η5) εγκρίθηκε η με αριθ. 6/2021 μελέτη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών, που αφορά την προμήθεια με τίτλο «THE CARGO PROJECT: ΕΙΚΑΣΤΙΚΟ ΕΡΓΟ ΑΦΥΠΝΙΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΛΙΜΑΤΙΚΗ ΑΛΛΑΓΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΟΥ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ», εκτιμώμενης αξίας 1.024.677,00 Ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι 1.270.599,48€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), η οποία περιλαμβάνει τα κάτωθι :

ΟΜΑΔΑ	CPV	Περιγραφή	Ποσό (€) ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α. 24 %
A	44211000	Προμήθεια και εγκατάσταση των container	46.000,00
B	44211000	Προμήθεια και εγκατάσταση ειδικού εξοπλισμού εσωτερικής διαμόρφωσης container	86.000,00
Γ	44211000	Προμήθεια και εγκατάσταση ειδικού εξοπλισμού εξωτερικής διαμόρφωσης container	93.000,00
Δ	32342412	Προμήθεια και εγκατάσταση ηχητικού εξοπλισμού, για κάθε ένα container (οικίσκο)	84.677,00

E	38652100	Προμήθεια και εγκατάσταση προβολικών μηχανημάτων	400.000,00
ΣΤ	92312000	Παραγωγή οπτικού υλικού προβολής και εκπαίδευσης, συμπεριλαμβανομένου της αμοιβής της ιδέας, καλλιτεχνικής επιμέλειας και δικαιωμάτων (copyright)	315.000,00

**2.2** Στη συνέχεια με τη με αριθ. 3153/28.04.2021 τη με αριθ. 3153/28.04.2021 Απόφαση του Αναπληρωτή Υπουργού Εσωτερικών (ΑΔΑ: Ψ4ΞΡ46ΜΤΛ6-ΤΟΓ) εγκρίθηκε η ένταξη του έργου «*The Cargo Project: Εικαστικό έργο αφύπνισης για την κλιματική αλλαγή και την καταστροφή του περιβάλλοντος*» στον Άξονα «Παιδεία, Πολιτισμός, Τουρισμός και Αθλητισμός», του Προγράμματος «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ». Η χρηματοδότηση του ανωτέρω έργου συνολικού προϋπολογισμού 1.301.599,48€, πραγματοποιείται μέσω επενδυτικού δανείου που χορηγείται από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (ΤΠ&Δ), του οποίου η ανακοίνωση έγκρισης κοινοποιήθηκε στο Δήμο Μαραθώνος με το με αριθ. πρωτ. 57974/07.07.2021 έγγραφο του ΤΠ&Δ, κατόπιν της με αριθ. 3742-8-1.7.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ΤΠ&Δ (ΑΔΑ: Ω8ΘΗ469ΗΗ7-ΡΗ8).

**2.3** Η εν λόγω δαπάνη έχει εγγραφεί στον προϋπολογισμό του έτους 2021 του Δήμου Μαραθώνος κατόπιν αναμόρφωσης σύμφωνα με τη με αριθ. 86/2021 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου (ΑΔΑ: Ψ16ΚΩΛΜ-ΦΦΕ). Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Μαραθώνος ενέκρινε και αποδέχθηκε τους όρους και τις προϋποθέσεις του για την έγκριση του επενδυτικού δανείου με τη με αριθ. 351/2021 απόφαση της (ΑΔΑ: Ψ770ΩΛΜ-ΑΤΘ) και αναμένεται η αποστολή του δανειακού συμβολαίου από το ΤΠ και Δανείων.

**2.4** Το έργο «*The Cargo Project: Εικαστικό έργο αφύπνισης για την κλιματική αλλαγή και την καταστροφή του περιβάλλοντος*» του Άξονα «Παιδεία, Πολιτισμός, Τουρισμός και Αθλητισμός», του Προγράμματος «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ» αφορά στην προμήθεια και εγκατάσταση διαμορφωμένων οικίσκων (containers) με τίτλο “*The Cargo Project*” και προτείνεται ως μια εγκατάσταση εμπειρίας σε δημόσιο χώρο, που θα λειτουργεί ως συνεχής υπενθύμιση της κλιματικής αλλαγής. Το έργο “*The Cargo Project*”, το οποίο είναι μια πλατφόρμα (φυσική και ψηφιακή) που σχεδιάστηκε με σκοπό να αφυπνίσει μέσω της Τέχνης και με τις δυνατότητες της Τεχνολογίας για τον κίνδυνο καταστροφής του περιβάλλοντος, υπογράφει η εικαστικός [...] και είναι το αποτέλεσμα συλλογικής δουλειάς της ομάδας “*The Cargo Project*”.

**3.** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Μαραθώνα με το υπ’ αριθμ. πρωτ. 18136/22.09.2021 έγγραφό του (αριθ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5589/22.09.2021), όπως αυτό συμπληρώθηκε με τα από 19.11.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 7022/22.11.2021) και από 13.12.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 7483/13.12.2021) ηλεκτρονικά μηνύματα του ιδίου μετά των συνημμένων εγγράφων, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ’, υποπερίπτωση δδ’ του ν. 4013/2011, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας για τη δημιουργία του Έργου «THE CARGO PROJECT», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.024.677,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., κατ’ άρθρο 32 παρ. 2

περ. β' υποπερ. α' (δημιουργία ή απόκτηση καλλιτεχνικού έργου) και γγ' (προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων) του ν. 4412/2016.

Με το εξεταζόμενο αίτημά της, η αιτούσα προβάλλει, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«[...] το “The Cargo Project” είναι μια πλατφόρμα (φυσική και ψηφιακή) που σχεδιάστηκε με σκοπό να αφυπνίσει μέσω της Τέχνης και με τις δυνατότητες της Τεχνολογίας για τον κίνδυνο καταστροφής του περιβάλλοντος. Το “The Cargo Project” ως φυσική παρουσία είναι μια εντυπωσιακή εγκατάσταση σε δημόσιο χώρο. Ο Δήμος Μαραθώνος, ως ένας εκ των ιστορικότερων Δήμων της χώρας, έχει λάβει τα τελευταία χρόνια αρκετές πρωτοβουλίες για την ανάδειξη προβλημάτων σχετικών με την προστασία του περιβάλλοντος, την ενημέρωση και ενεργοποίηση των πολιτών.

Πέραν των ιστορικότατων μνημείων που βρίσκονται εντός των ορίων του Δήμου μας, και την αφετηρία του Αυθεντικού Μαραθωνίου Δρόμου, στο Δήμο Μαραθώνος βρίσκεται μία σημαντική περιοχή Natura, το προστατευόμενο Εθνικό Πάρκο Σχινιά, το οποίο φιλοξενεί μία εξαιρετικά σπάνια βιοποικιλότητα. Η ευαισθητοποίηση λοιπόν, του Δήμου Μαραθώνος και των κατοίκων του είναι εξαιρετικά μεγάλη.

Το έργο πρόκειται να τοποθετηθεί στην Αφετηρία του Αυθεντικού Μαραθωνίου, η οποία δέχεται χιλιάδες επισκέπτες, ιδίως κατά την περίοδο της διεξαγωγής του Αγώνα.

Ο Δήμος Μαραθώνος λοιπόν, έλαβε γνώση του συγκεκριμένου καλλιτεχνικού έργου, όπως αυτό ήδη αυτό είχε αποτυπωθεί σε μακέτες από τη δημιουργό του, η οποία είναι κάτοικος του Δήμου Μαραθώνος πάνω από μία δεκαετία και είναι πολύ γνωστή στην τοπική κοινωνία. Με τις αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής οι οποίες εστάλησαν στην Αρχή Σας συνημμένες με το υπό κρίση αίτημά μας, ο Δήμος Μαραθώνος αποφάσισε ότι το ως άνω έργο ταιριάζει με τη φυσιογνωμία και τους στόχους που θέτει σχετικά με την περιβαλλοντική ευαισθητοποίηση και αποφάσισε ότι προτίθεται να το αποκτήσει, αιτούμενος χρηματοδότησης από το Πρόγραμμα «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ» και συγκεκριμένα ένταξή του στον Άξονα «Παιδεία, Πολιτισμός, Τουρισμός και Αθλητισμός» αυτού.

Εξ αρχής δε όλες οι αποφάσεις του Δήμου, η σχετική αλληλογραφία, αλλά και τα αιτήματα και οι αποφάσεις χρηματοδότησης αναφέρονται στο έργο «THE CARGO PROJECT» της εικαστικού [...] . Η υποπερίοδος αα, της περιόδου β, της παραγράφου 2 του άρθρου 32, του ν. 4412/2016 εξάλλου, ουδεμία άλλη προϋπόθεση διατυπώνει, εν αντιθέσει με τις άλλες δύο υποπεριόδους, παρά μόνο τη δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης.

Όπως αναφέρουμε τόσο στο υπό κρίση αίτημά μας, όσο και ανωτέρω (υπό στοιχ. ι) το «THE CARGO PROJECT» είναι ένα ενιαίο, καλλιτεχνικό έργο. Ως τέτοιο λοιπόν, το έργο θα δημιουργηθεί εξ υπαρχής και εξ ολοκλήρου από την προτεινόμενη ανάδοχο, η οποία κατέχει και τα πνευματικά του δικαιώματα. Ως η δημιουργός του έργου, είναι δε η μόνη που γνωρίζει πώς αυτό πρέπει να υλοποιηθεί. Εξάλλου, ο σχεδιασμός και η υλοποίηση ενός καλλιτεχνικού έργου δεν υπακούει σε συγκεκριμένες προδιαγραφές, οι οποίες να μπορούν να τεθούν από το Δήμο Μαραθώνος, ως αναθέτουσα αρχή, αφού εξαρτάται από την καλλιτεχνική σύλληψη του δημιουργού.

Η καλλιτέχνης συνεπώς, αναλαμβάνει την υποχρέωση να υλοποιήσει το έργο στο σύνολό του και να το παραδώσει ως εμφανίζεται στις μακέτες, έτοιμο και λειτουργικό στο Δήμο Μαραθώνος. Η προμήθεια την οποία προτίθεται λοιπόν, να αναθέσει ο Δήμος Μαραθώνος αφορά την δημιουργία και παράδοση ολόκληρου του έργου συνολικά. Η υλοποίησή του αφορά συνεπώς, και την προμήθεια και εγκατάσταση του απαιτούμενου εξοπλισμού, την οποία θα αναλάβει η προτεινόμενη ανάδοχος.

Ως είναι προφανές και από τα ανωτέρω, η υπό κρίση ανάθεση αφορά συγκεκριμένο καλλιτεχνικό έργο, τα πνευματικά δικαιώματα του οποίου κατέχει η προτεινόμενη ανάδοχος. Είναι συνεπώς, αδύνατον να γίνει η συγκεκριμένη ανάθεση με οποιονδήποτε άλλον τρόπο πέραν της υποπεριόδου αα, της περιόδου β, της παραγράφου 2 του άρθρου 32, του ν. 4412/2016. Οποιαδήποτε άλλη διαδικασία θα προσέκρουε στην προστασία των πνευματικών δικαιωμάτων της δημιουργού, με αποτέλεσμα τη μη υλοποίηση του έργου. [...]”.

## II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

4. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2. Η Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: [...] γ) [...] Ειδικότερα: [...] δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα «προθεσμία είκοσι (20) εργάσιμων ημερών» από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη τη Αρχής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφαση της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον «εργάσιμες» ημέρες. [...]».

5. Η διάταξη του άρθρου 1 παράγραφος 2 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147/8.8.2016) ορίζει ότι: «Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221) [...] Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού».

6. Στο άρθρο 2 παράγραφος 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 2 και του άρθρου 33 παρ. 1 εδάφιο β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί:

1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί:

1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 και β) ως «αναθέτοντες φορείς» νοούνται οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια του άρθρου 224, [...],

5) ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, μελετών, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών ή αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την εκπόνηση μελετών, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών,

8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης,

9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών που δεν εμπίπτουν στην περ. 7α. [...]».

7. Στο άρθρο 4 παράγραφος 1 και 2 του ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Η παράγραφος 2 εφαρμόζεται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων, το σύνολο των οποίων εμπίπτει στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221). Οι παράγραφοι 3 έως 5 εφαρμόζονται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο συμβάσεις που εμπίπτουν στο παρόν Βιβλίο και συμβάσεις που διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου II ή/και από άλλο νομικό καθεστώς, όπως οι διατάξεις του ν. 3978/2011 (Α' 137) ή/και τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ (L 94).

2. Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες κατά την έννοια των άρθρων 107 έως 110 και εν μέρει από άλλες υπηρεσίες ή μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη. [...]»

8. Η διάταξη του άρθρου 5 (“Κατώτατα όρια (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170)”) του ίδιου ως άνω νόμου ορίζει ότι:

“Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: (...) γ) 209.000€ ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο [Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α'](#), [...]”.

Συναφώς επισημαίνεται ότι, με βάση τις σχετικές διατάξεις του Κανονισμού (ΕΕ) 2019/1828 της Επιτροπής της 30<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 «για την τροποποίηση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων», το ως άνω ποσό, από 01.01.2020 αναπροσαρμόστηκε στις 214.000 ευρώ.

9. Στις διατάξεις του άρθρου 6 (“Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)”) του ίδιου ως άνω νόμου προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

“1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]”

3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμενται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.

4. Η εκτιμώμενη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού ή, στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται προκήρυξη διαγωνισμού, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή εκκινεί τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, για παράδειγμα ερχόμενη σε επαφή με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της σύναψης της σύμβασης, όπου ενδείκνυται κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 61. [...]”

8. Όταν προτεινόμενο έργο ή προτεινόμενη παροχή υπηρεσιών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος. [...]

**10.** Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. α' και γγ' του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι:

*“2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: [...] β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους:*

αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης,

ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους,

γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

*Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης“ [...].*

**11.** Στις διατάξεις του άρθρου 2 (Αντικείμενο του δικαιώματος) του ν. 2121/1993 «Πνευματική Ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα» (ΦΕΚ Α' 25) προβλέπονται τα εξής:

*«1. Ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή, ιδίως τα γραπτά ή προφορικά κείμενα, οι μουσικές συνθέσεις, με κείμενο ή χωρίς, τα θεατρικά έργα, με μουσική ή χωρίς, οι χορογραφίες και οι παντομίμες, τα οπτικοακουστικά έργα, τα έργα των εικαστικών τεχνών, στα οποία περιλαμβάνονται τα σχέδια, τα έργα ζωγραφικής και γλυπτικής, τα χαρακτηριστικά έργα και οι λιθογραφίες, τα αρχιτεκτονικά έργα, οι φωτογραφίες, τα έργα των εφαρμοσμένων τεχνών, οι εικονογραφήσεις, οι χάρτες, τα τρισδιάστατα έργα που αναφέρονται στη γεωγραφία, την τοπογραφία, την αρχιτεκτονική ή την επιστήμη.*

*2. Νοούνται επίσης ως έργα οι μεταφράσεις, οι διασκευές, οι προσαρμογές και οι άλλες μετατροπές έργων ή εκφράσεων της λαϊκής παράδοσης, καθώς και οι συλλογές έργων ή συλλογές εκφράσεων της λαϊκής παράδοσης ή απλών γεγονότων και στοιχείων, όπως οι εγκυκλοπαίδειες και οι ανθολογίες (παραλείπονται λέξεις) εφόσον η επιλογή ή η διευθέτηση του περιεχομένου τους είναι πρωτότυπη. Η προστασία των έργων της παρούσας παραγράφου γίνεται με την επιφύλαξη των δικαιωμάτων στα προϋπάρχοντα έργα, που χρησιμοποιήθηκαν ως αντικείμενο των μετατροπών ή των συλλογών. [...].»*

**12.** Στις διατάξεις του άρθρου 9 (Ειδικά δικαιώματα μελών) του ν. 1218/1981 «Περί Επιμελητηρίου Εικαστικών Τεχνών Ελλάδος» (ΦΕΚ Α' 289/2.10.1981) προβλέπεται ότι:

*«1. Μόνον τακτικά μέλη του Επιμελητηρίου δύνανται να αναλαμβάνουν και εκτελούν παραγγελίας έργων ζωγραφικής, γλυπτικής, χαρακτηριστικής και διακοσμητικής δια λογαριασμόν: α) Κρατικών Υπηρεσιών, β) Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης, των Ενώσεων και Ιδρυμάτων αυτών, γ) Κοινοφιλών Ιδρυμάτων και Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου, δ) Ερανικών Επιτροπών, ε) Οργανισμών Κοινής Ωφελείας, στ) Ιερών Ναών, ζ) Νεκροταφείων.*

*2. Της παρούσης εξαιρούνται ιερείς και μοναχοί πραγματοποιούντες αγιογράφησιν μοναστηριακών Ιερών Ναών.*

3. Ο τρόπος της αναθέσεως και αναλήψεως των ως άνω καλλιτεχνικών εργασιών δια διαγωνισμού ή και απ' ευθείας, ρυθμίζεται δια Π. Διατάγματος εκδιδόμενου κατόπιν προτάσεως του Υπουργού Πολιτισμού και Επιστημών και μετά από εισήγησιν του Διοικητικού Συμβουλίου του Επιμελητηρίου, βασιζομένην εις μελέτην και γνωμοδότησιν των Τμημάτων.

4. Τακτικά μέλη του Επιμελητηρίου μετέχουν απαραιτήτως και κατά προτεραιότητα εις επισήμους ελληνικάς συμμετοχάς, ως και εις οργανουμένας υπό του Κράτους εκθέσεις εις το εξωτερικόν [...].

**13.** Στις διατάξεις του άρθρου 206 (Διαδικαστικού χαρακτήρα ρυθμίσεις σχετικές με την οικονομική λειτουργία των δήμων) του ν. 4555/2018 «Μεταρρύθμιση θεσμικού πλαισίου Τοπικής Αυτοδιοίκησης» (ΦΕΚ Α' 133), προβλέπεται ότι:

«1. Δεν απαιτείται απόφαση του δημοτικού συμβουλίου για την εκκίνηση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή γενικής υπηρεσίας. Για την εκκίνηση της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών, απαιτείται προηγούμενη αιτιολογημένη απόφαση του δημοτικού συμβουλίου, αν η εκτιμώμενη αξία αυτής υπερβαίνει το εκάστοτε ισχύον χρηματικό όριο απευθείας ανάθεσης από τον δήμαρχο. Για την προκήρυξη αρχιτεκτονικών διαγωνισμών με την απονομή βραβείων, καθώς και καλλιτεχνικών έργων απαιτείται απόφαση του δημοτικού συμβουλίου, με την οποία καθορίζονται και οι όροι του διαγωνισμού. Δεν απαιτείται τέτοια απόφαση για τα καλλιτεχνικά έργα της παρ. 7 του άρθρου 209 του ν. 3463/2006, εφόσον υπάρχει στον προϋπολογισμό εξειδικευμένη πίστωση. Οι διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 11 και της παρ. 1 του άρθρου 15 του π.δ. 171/1987 (Α' 84) δεν θίγονται. [...].»

**14.** Τα οριζόμενα στον ν. 4782/2021 (Α' 36) «Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία.» και ιδίως το άρθρο 142 « Έναρξη ισχύος Μέρους Α' », όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, σύμφωνα με το οποίο :

Έναρξη ισχύος Μέρους Α' :

1. Η ισχύς των διατάξεων:

α) του άρθρου 4, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 1 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016,

β) των άρθρων 10, 20 παρ. 4, 34 κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 2 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 66 έως 79, 82 έως 86, 89 έως 93, 95 έως 98, 100, 131 και 138,

γ) [Καταργείται].

δ) του άρθρου 109, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 7 του άρθρου 258 του ν. 4412/2016, αρχίζει από την 1η.9.2021

ε) των άρθρων 55, 108 κατά το μέρος που τροποποιεί την περ. α' της παρ. 11 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, και 134 αρχίζει από την 1η.3.2022.

2. Η ισχύς των άρθρων 3, 6 κατά το μέρος που τροποποιεί τις παρ. 1 και 5 του άρθρου 38 του ν. 4412/2016, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 42, 49, 62, 65, 80, 81, 87, 88, 94, 99, 101, 108, εκτός της περ. α' της παρ. 11, 121 και 127 αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

3. Η ισχύς των υπολοίπων άρθρων του παρόντος αρχίζει από την 1η.6.2021, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.».



### III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

**15.** Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Μαραθώνα αφορά σε προσφυγή της εν λόγω αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση μεικτής σύμβασης παροχής υπηρεσιών και προμήθειας κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 και 9 του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 4 του ίδιου νόμου «Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται [...] εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη». Εν προκειμένω, η σκοπούμενη σύμβαση σύμφωνα με το υπό εξέταση αίτημα (βλ. ανωτ. Ιστορικό υπό παρ. 2.1) αφορά σε προμήθειες συνολικής εκτιμώμενης αξίας 709.677,00€ (CPV: 44211000 - Προκατασκευασμένα κτίρια, 32342412 - Ηχεία, 38652100 - Μηχανές Προβολής) και παροχή υπηρεσιών συνολικής εκτιμώμενης αξίας 315.000,00€ (CPV: 92312000 - Καλλιτεχνικές υπηρεσίες) κι, ως εκ τούτου, ως κύριο αντικείμενο της σύμβασης σύμφωνα με την διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 4 του ν. 4412/2016 δύναται να θεωρηθούν οι προμήθειες.

Περαιτέρω, η προτεινόμενη, βάσει του εξεταζόμενου αιτήματος, σύμβαση, είναι συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.024.677,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ανερχόμενη, συνεπώς, σε ποσό άνω του ορίου των 214.000,00 ευρώ, το οποίο ορίζεται επί του παρόντος χρόνου ως το κατώτατο όριο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ από μη Κεντρικές Αναθέτουσες Αρχές (Κ.Α.Α.). Συνεπώς, συντρέχει περίπτωση αρμοδιότητας της Αρχής προς έκδοση σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011.

**16.** Εν προκειμένω, η νομική βάση για την υποβολή του αιτήματος της αναθέτουσας αρχής είναι οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. α' και επικουρικής της υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, καθώς αυτές επικαλείται ρητά ο φορέας.

**17.** Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα (πρβλ. άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αντίστοιχα, και βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου

2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδα, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλία, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C-601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

**18.** Καταρχήν, πρέπει να διερευνηθεί εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του επικαλούμενου στο αίτημα της αναθέτουσας αρχής άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση β' υποπερ. α' του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη, η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα όταν στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης.

Σύμφωνα, άλλωστε, με την αιτιολογική σκέψη 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «*Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξ αρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι τα έργα τέχνης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. [...]*».

**19.** Λαμβάνοντας υπόψη ότι, ως αναδείχθηκε ανωτέρω, η μοναδική προϋπόθεση που θέτει η ως άνω εξαιρετική ρύθμιση είναι η σκοπούμενη σύμβαση να θέτει ως στόχο τη δημιουργία ή απόκτηση έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, το οποίο να είναι μοναδικό, η έννοια του έργου τέχνης καθίσταται κομβικής σημασίας για την εφαρμογή της εν λόγω ρύθμισης.

Ο ορισμός του καλλιτεχνικού έργου εντοπίζεται στη νομοθεσία περί πνευματικής ιδιοκτησίας και δη στο ν. 2121/1993 «*Πνευματική ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα*» (ΦΕΚ Α' 25). Σύμφωνα με το άρθρο 2 του ως άνω νόμου, ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπο δημιούργημα λόγου, της τέχνης ή της επιστήμης παραθέτοντας ενδεικτική απαρίθμηση πνευματικά δημιουργήματα που μπορούν να είναι «έργα» με την έννοια του νόμου. Ως τέτοια αναφέρονται: τα γραπτά ή προφορικά κείμενα, οι μουσικές συνθέσεις με κείμενο ή χωρίς, τα θεατρικά έργα με μουσική ή χωρίς, οι χορογραφίες και οι παντομίμες, τα οπτικοακουστικά έργα, τα έργα των εικαστικών τεχνών, στα οποία περιλαμβάνονται τα σχέδια, τα έργα ζωγραφικής και γλυπτικής, τα χαρακτηριστικά έργα και οι λιθογραφίες, τα αρχιτεκτονικά, οι φωτογραφίες, τα έργα εφαρμοσμένων τεχνών, οι εικονογραφήσεις, οι χάρτες, τα τρισδιάστατα έργα που αναφέρονται στη γεωγραφία, την τοπογραφία, την αρχιτεκτονική ή την επιστήμη. Η παράθεση αυτή παραδειγμάτων έργων δεν είναι αποκλειστική αλλά ενδεικτική («ιδίως») και πέρα από την αξία της για συγκεκριμενοποίηση των γενικών κατηγοριών έργων, έχει σημασία για την ερμηνεία της γενικής έννοιας «πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης»<sup>1</sup>.

Κατάλογο έργων περιλαμβάνει και το άρθρο 2 παρ. 1 της Διεθνούς Σύμβασης της Βέρνης<sup>2</sup>. Το άρθρο αυτό της Δ.Σ. αναφέρεται γενικά στα «φιλολογικά και καλλιτεχνικά έργα», που περιλαμβάνουν «όλας

<sup>1</sup> Κοτσίρης «[Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας και Κοινωνικό Κεκτημένο](#)», Σάκκουλας, 2017, σ. 68.

<sup>2</sup> Το άρθρο 2 της Σύμβασης της Βέρνης για την προστασία των λογοτεχνικών και καλλιτεχνικών έργων (πράξη των Παρισίων της 24ης Ιουλίου 1971), όπως προκύπτει από την τροποποίηση της 28ης Σεπτεμβρίου 1979 (στο εξής: Σύμβαση της Βέρνης), έχει ως εξής: «1) Οι όροι "λογοτεχνικά και καλλιτεχνικά έργα" περιλαμβάνουν όλες τις παραγωγές του λογοτεχνικού, επιστημονικού και καλλιτεχνικού τομέα, ανεξαρτήτως του μέσου ή της μορφής της εκφράσεως, όπως: τα βιβλία, φυλλάδια και άλλα έντυπα. [...]

τας παραγωγές λογοτεχνικής, επιστημονικής και καλλιτεχνικής φύσεως, οιοσδήποτε είναι ο τρόπος και η μορφή εκφράσεως» και στη συνέχεια παραθέτει ενδεικτικά παραδείγματα έργων.

**20.** Εν προκειμένω, ο Δήμος Μαραθώνα αιτείται την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, προκειμένου για τη δημιουργία του Έργου «THE CARGO PROJECT» της εικαστικού [...] συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.024.677,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

**21.** Από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης και αξιολογώντας τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων, προκύπτουν τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με το συνυποβαλλόμενο με το αίτημα σχέδιο απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «Το έργο «The Cargo Project: Εικαστικό έργο αφύπνισης για την κλιματική αλλαγή και την καταστροφή του περιβάλλοντος» του Άξονα «Παιδεία, Πολιτισμός, Τουρισμός και Αθλητισμός», του Προγράμματος «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ» αφορά στην προμήθεια και εγκατάσταση διαμορφωμένων οικίσκων (containers) με τίτλο “The Cargo Project” προτείνεται ως μια εγκατάσταση εμπειρίας σε δημόσιο χώρο, που θα λειτουργεί ως συνεχής υπενθύμιση της κλιματικής αλλαγής.

Το έργο “The Cargo Project”, το οποίο είναι μια πλατφόρμα (φυσική και ψηφιακή) που σχεδιάστηκε με σκοπό να αφυπνίσει μέσω της Τέχνης και με τις δυνατότητες της Τεχνολογίας για τον κίνδυνο καταστροφής του περιβάλλοντος, υπογράφει η εικαστικός [...] και είναι το αποτέλεσμα συλλογικής δουλειάς της ομάδας “The Cargo Project”, που αποτελείται από νέους δημιουργούς με ιδέες, σύγχρονη αντίληψη και έντονες οικολογικές ανησυχίες.»

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα υποβαλλόμενα με το 19.11.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του φορέα (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 7022/22.11.2021) συμπληρωματικά στοιχεία: το “The Cargo Project” είναι μια πλατφόρμα (φυσική και ψηφιακή) που σχεδιάστηκε με σκοπό να αφυπνίσει μέσω της Τέχνης και με τις δυνατότητες της Τεχνολογίας για τον κίνδυνο καταστροφής του περιβάλλοντος. Το “The Cargo Project” ως φυσική παρουσία είναι μια εντυπωσιακή εγκατάσταση σε δημόσιο χώρο. Ο Δήμος Μαραθώνος, ως ένας εκ των ιστορικότερων Δήμων της χώρας, έχει λάβει τα τελευταία χρόνια αρκετές πρωτοβουλίες για την ανάδειξη προβλημάτων σχετικών με την προστασία του περιβάλλοντος, την ενημέρωση και ενεργοποίηση των πολιτών.

Πέραν των ιστορικότατων μνημείων που βρίσκονται εντός των ορίων του Δήμου μας, και την αφετηρία του Αυθεντικού Μαραθωνίου Δρόμου, στο Δήμο Μαραθώνος βρίσκεται μία σημαντική περιοχή Natura, το προστατευόμενο Εθνικό Πάρκο Σχινιά, το οποίο φιλοξενεί μία εξαιρετικά σπάνια βιοποικιλότητα. Η ευαισθητοποίηση λοιπόν, του Δήμου Μαραθώνος και των κατοίκων του είναι εξαιρετικά μεγάλη.

Το έργο πρόκειται να τοποθετηθεί στην Αφετηρία του Αυθεντικού Μαραθωνίου, η οποία δέχεται χιλιάδες επισκέπτες, ιδίως κατά την περίοδο της διεξαγωγής του Αγώνα.

Ο Δήμος Μαραθώνος λοιπόν, έλαβε γνώση του συγκεκριμένου καλλιτεχνικού έργου, όπως αυτό ήδη αυτό είχε αποτυπωθεί σε μακέτες από τη δημιουργό του, η οποία είναι κάτοικος του Δήμου Μαραθώνος πάνω από μία δεκαετία και είναι πολύ γνωστή στην τοπική κοινωνία. Με τις αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής οι οποίες εστάλησαν στην Αρχή Σας συνημμένες με το υπό κρίση αίτημά μας, ο Δήμος Μαραθώνος αποφάσισε ότι το ως άνω έργο ταιριάζει με τη φυσιογνωμία και τους στόχους που θέτει σχετικά με την περιβαλλοντική ευαισθητοποίηση και αποφάσισε ότι προτίθεται να το αποκτήσει, αιτούμενος χρηματοδότησης από το Πρόγραμμα «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ» και συγκεκριμένα ένταξή του στον Άξονα «Παιδεία, Πολιτισμός, Τουρισμός και Αθλητισμός» αυτού.

Εξ αρχής δε όλες οι αποφάσεις του Δήμου, η σχετική αλληλογραφία, αλλά και τα αιτήματα και οι αποφάσεις χρηματοδότησης αναφέρονται στο έργο «THE CARGO PROJECT» της εικαστικού [...]. Η υποπερίοδος α, της περιόδου β, της παραγράφου 2 του άρθρου 32, του ν. 4412/2016 εξάλλου, ουδεμία άλλη προϋπόθεση

διατυπώνει, εν αντιθέσει με τις άλλες δύο υποπεριόδους, παρά μόνο τη δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης.

- ii. Όπως αναφέρουμε τόσο στο υπό κρίση αίτημά μας, όσο και ανωτέρω (υπό στοιχ. i) το «THE CARGO PROJECT» είναι ένα ενιαίο, καλλιτεχνικό έργο. Ως τέτοιο λοιπόν, το έργο θα δημιουργηθεί εξ υπαρχής και εξ ολοκλήρου από την προτεινόμενη ανάδοχο, η οποία κατέχει και τα πνευματικά του δικαιώματα. Ως η δημιουργός του έργου, είναι δε η μόνη που γνωρίζει πώς αυτό πρέπει να υλοποιηθεί. Εξάλλου, ο σχεδιασμός και η υλοποίηση ενός καλλιτεχνικού έργου δεν υπακούει σε συγκεκριμένες προδιαγραφές, οι οποίες να μπορούν να τεθούν από το Δήμο Μαραθώνος, ως αναθέτουσα αρχή, αφού εξαρτάται από την καλλιτεχνική σύλληψη του δημιουργού.

Η καλλιτέχνης συνεπώς, αναλαμβάνει την υποχρέωση να υλοποιήσει το έργο στο σύνολό του και να το παραδώσει ως εμφανίζεται στις μακέτες, έτοιμο και λειτουργικό στο Δήμο Μαραθώνος. Η προμήθεια την οποία προτίθεται λοιπόν, να αναθέσει ο Δήμος Μαραθώνος αφορά την δημιουργία και παράδοση ολόκληρου του έργου συνολικά. Η υλοποίησή του αφορά συνεπώς, και την προμήθεια και εγκατάσταση του απαιτούμενου εξοπλισμού, την οποία θα αναλάβει η προτεινόμενη ανάδοχος.»

Ως είναι προφανές και από τα ανωτέρω, η υπό κρίση ανάθεση αφορά συγκεκριμένο καλλιτεχνικό έργο, τα πνευματικά δικαιώματα του οποίου κατέχει η προτεινόμενη ανάδοχος. Είναι συνεπώς, αδύνατον να γίνει η συγκεκριμένη ανάθεση με οποιονδήποτε άλλον τρόπο πέραν της υποπεριόδου αα, της περιόδου β, της παραγράφου 2 του άρθρου 32, του ν. 4412/2016. Οποιαδήποτε άλλη διαδικασία θα προσέκρουε στην προστασία των πνευματικών δικαιωμάτων της δημιουργού, με αποτέλεσμα τη μη υλοποίηση του έργου.»

Τέλος, με το από 13.12.2021 ηλεκτρονικό μήνυμα του φορέα (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 7483/13.12.2021), εξειδικεύεται περαιτέρω το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης και επιχειρείται να θεμελιωθεί ο αδιαίρετος χαρακτήρας της υπό εξέταση σύμβασης. Ειδικότερα, με το ως άνω έγγραφο ο φορέας επικαλείται τα κάτωθι: «Το έργο “The Cargo Project” είναι ένα εικαστικό έργο τέχνης με χρήση τεχνολογίας αιχμής. Είναι ένα έργο υψηλών απαιτήσεων τόσο από καλλιτεχνική όσο και από τεχνολογική άποψη. Η κεντρική ιδέα και σχεδιασμός του έργου ανήκει στην εικαστικό [...] και αποτελεί την “ομπρέλα” κάτω από την οποία εμπίπτουν ένα σύνολο επιμέρους εικαστικών και καλλιτεχνικών υπο-έργων.

Κατωτέρω περιγράφονται τα προαναφερόμενα υπο-έργα:

- **Δημιουργία οπτικοακουστικού έργου-ταινίας με λήψεις σκηνών και 3d animation** διάρκειας 20-30 λεπτών, βασισμένο στο πρωτότυπο σενάριο που αποτελεί και το κεντρικό θέμα του έργου. Το σενάριο διαμορφώνεται και επικαιροποιείται παίρνοντας υπόψη τις αλλαγές που συμβαίνουν παγκόσμια στην κλιματική κρίση, καθ'όλη τη διάρκεια της κατάθεσης της πρότασης μέχρι και σήμερα. Σε αυτό συμμετέχουν εκτός από τη δημιουργό, ο σκηνοθέτης ο μουσικός ο σκηνογράφος κάτω από την επιμέλεια και συντονισμό της εταιρίας παραγωγής την οποία η δημιουργός έχει εξ αρχής επιλέξει με στόχο την καλή συνεργασία και το άριστο αποτέλεσμα που η εμπειρία της προϋποθέτει.
- **Πρωτότυπη αρχιτεκτονική μελέτη κινηματογραφικού και θεατρικού περιβάλλοντος** με χρήση containers έτσι όπως η δημιουργός με τους συνεργάτες της το έχει σχεδιάσει. (Επισυνάπτουμε τα επικαιροποιημένα αρχιτεκτονικά σχέδια για την εγκατάσταση του έργου σε συγκεκριμένο σημείο του Δήμου Μαραθώνα σε συνεργασία με την Arcadia Media και συνεργάτες αρχιτέκτονες. )
- **πρωτότυπη μουσική σύνθεση** και μελέτη ήχου, (Επισυνάπτουμε δείγμα της πρωτότυπης σύνθεσης που είναι σε εξέλιξη)
- **πρωτότυπη οπτικοακουστική δημιουργία** επιμέρους θεματικών ενοτήτων για μικρά παιδιά σε ειδικά σχεδιασμένες θεατρικές σκηνές, κλπ.
- Υλοποίηση παράλληλης μόνιμης **εικαστικής έκθεσης** με θέμα την Κλιματική κρίση σε συνεργασία της ομάδας των συνεργατών.

Αυτοί οι τομείς διαμορφώνουν το συνολικό αποτέλεσμα ως ένα, αναπόσπαστο, εικαστικό σύνολο εμπειρίας και εκπαίδευσης για την κλιματική κρίση.

Για την υλοποίηση ενός τέτοιου βεληνεκού εικαστικού και ταυτόχρονα πολυμεσικού έργου, απαιτείται μία πολυπληθής ομάδα καλλιτεχνών και παραγωγών, αποτελούμενη από σκηνοθέτη [...], σκηνογράφο/δημιουργό παιδικής εμπειρίας [...], μουσικό /sound designer [...] και εταιρεία παραγωγής (Arcadia Media). Συνημμένα με το παρόν, υπάρχουν τα συμφωνητικά συνεργασίας με όλους τους συνεργάτες, όπως και η παραχώρηση των πνευματικών δικαιωμάτων των καλλιτεχνών με ιδιωτικό συμφωνητικό).

**Να σημειωθεί ότι όλοι οι ανωτέρω αναφερθέντες συνεργάτες έχουν αναφερθεί ως συμμετέχοντες στη δημιουργική ομάδα του THE CARGO PROJECT στην αρχική πρόταση ένταξης στις δράσεις της επιτροπής Ελλάδα 2021, ενώ και η Arcadia Media αναφέρεται εκεί ως η εταιρεία παραγωγής του έργου.**

Το πολύτεχνο, εικαστικό έργο THE CARGO PROJECT ανήκει στη κατηγορία των έργων που για να υλοποιηθούν και να παρουσιαστούν στο κοινό χρειάζονται παραγωγή. Παραγωγή είναι το σύνολο των υπηρεσιών και εφαρμογών που χρειάζονται για την υλοποίηση της ιδέας. Χρειάζεται η τεχνογνωσία, η εμπιστοσύνη μεταξύ του καλλιτέχνη και των παραγωγών, η ικανότητα και η εμπειρία της εταιρίας που θα αναλάβει την παραγωγή. Για το λόγο αυτό εξάλλου, ο νομοθέτης στην επίμαχη εξαίρεση του ν. 4412/2016 αναφέρεται σε έργα τέχνης γενικά. Έργα τέχνης κατά την έννοια του νόμου είναι εξάλλου και τα οπτικοακουστικά, θεατρικές παραγωγές, χορευτικές παραγωγές, κινηματογραφικές παραγωγές, μουσικές παραγωγές που δεν αποτελούν έργα αν δεν ολοκληρωθεί η παραγωγή τους.

Το εικαστικό έργο THE CARGO PROJECT αποτελείται μεν από πολλά και διαφορετικά υπό-έργα, τα οποία όμως, δεν μπορούν να παρουσιαστούν αυτοτελώς, καθώς αποτελούν κομμάτια ενός ενιαίου, καλλιτεχνικού συνόλου, του οποίου δημιουργός είναι η κ. [...] . Η παραγωγή ενός καλλιτεχνικού έργου ξεκινάει πολύ πριν παρουσιαστεί λοιπόν, στο κοινό. Η Παραγωγή του Cargo με τη συμμετοχή όλων των συνεργατών που η δημιουργός [...] επέλεξε και που από την πρώτη στιγμή συμμετείχαν στο εγχείρημα-όπως φαίνεται και στην αρχική κατάθεση στην επιτροπή ΕΛΛΑΔΑ 2021- έχει διανύσει ήδη μεγάλο μέρος της διαδρομής αυτής μέχρι η ιδέα να διαμορφωθεί σε προσχέδια και προσομοιώσεις έτσι ώστε να κατατεθεί και να γίνει κατανοητό το έργο και στην επιτροπή Ελλάδα 2021 που το ενέταξε στις ΔΡΑΣΕΙΣ της και στη συνέχεια να πάρει την έγκριση να ενταχθεί στο πρόγραμμα Τρίτη για την χρηματοδότηση του.

Η δημιουργός που έχει την καλλιτεχνική επιμέλεια και φέρει την ευθύνη του αποτελέσματος, επισημαίνει ότι για να μπορέσει το έργο αυτό να έχει άρτιο αποτέλεσμα πρέπει να διασφαλιστεί από κάθε φορέα η απρόσκοπτη παραγωγή του μέχρι την πλήρη υλοποίησή του. Είναι δε αυτονόητο ότι μόνο ο δημιουργός ενός καλλιτεχνικού έργου γνωρίζει τον καλύτερο τρόπο με το οποίο μπορεί να υλοποιηθεί αυτό επιλέγοντας κάθε φορά τους κατάλληλους κατ' αυτόν συνεργάτες και υλικά.

Όσον αφορά στο τεχνικό μέρος του έργου, αυτό αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι του άρτιου και υψηλών προδιαγραφών επιθυμητού τελικού αποτελέσματος. Είναι γεγονός ότι ένα έργο τέχνης κρίνεται όχι μόνο από την ιδέα του, αλλά και από την υλοποίησή του. Για παράδειγμα ένα γλυπτό για να αποδοθεί σωστά, ο γλύπτης πρέπει να διαλέξει το χυτήριο που γνωρίζει ότι θα αποδώσει σωστά το έργο του. Αντίστοιχα στην περίπτωση του Cargo, ένα παράδειγμα ορθής υλοποίησης του έργου αποτελεί η επιλογή π.χ. των containers στο οποίο θα εγκατασταθεί ή οι εγκαταστάσεις φωτισμού και ηχοσυστημάτων. Η επιλογή τους έγινε με κριτήρια το κόστος μεν, αλλά και τη δυνατότητα του προμηθευτή να κατανοήσει το έργο, να συνεργαστεί με τη δημιουργό, να αποσαφηνίσει τις ιδιαιτερότητές του και μέσω προσομοιώσεων να βοηθήσει στη δημιουργία αναλυτικών κατόψεων και στη διαμόρφωση του τελικού αποτελέσματος.

Συνοψίζοντας, το έργο "The Cargo Project" αποτελεί ένα ιδιαίτερα απαιτητικό καλλιτεχνικό εγχείρημα που χρειάζεται στενή συνεργασία όλης της ομάδας δημιουργίας και παραγωγής, η οποία πρέπει να είναι συντονισμένη, συνεργάσιμη αλλά και αποδεδειγμένα υψηλής αισθητικής, ώστε να διασφαλιστεί το μοναδικό αποτέλεσμα που η εικαστικός επιθυμεί.

Επισημαίνουμε συνεπώς, υπό το πρίσμα και όλων των ανωτέρω, ότι η υπαγωγή της προμήθειας του THE CARGO PROJECT, το οποίο είναι αδιαμφισβήτητα καλλιτεχνικό έργο στην προβλεφθείσα από το νομοθέτη εξαίρεση της υποπεριόδου αα, της περιόδου β, της παραγράφου 2 του άρθρου 32, του ν. 4412/2016 είναι ο μοναδικός τρόπος υλοποίησής της. Οποιαδήποτε άλλη διαδικασία θα προσέκρουε στην προστασία των πνευματικών δικαιωμάτων της δημιουργού, με αποτέλεσμα τη μη υλοποίηση του έργου».

Εν προκειμένω, κι όσον αφορά στην υπαγωγή του προτεινόμενου έργου στον ορισμό του καλλιτεχνικού έργου, λεκτέα τα κάτωθι:

Κατά την τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής το «The Cargo Project» αποτελεί ένα καλλιτεχνικό έργο, «εικαστικό και πολυμεσικό». Υπέρ της άποψης αυτής συνηγορούν τα προσκομιζόμενα ιδιωτικά συμφωνητικά της προτεινόμενης αναδόχου/καλλιτέχνη με τους συνεργάτες της στην καλλιτεχνική της Ομάδα για τη μεταβίβαση στην καλλιτέχνη του συνόλου των πνευματικών δικαιωμάτων του άρθρου 3 του ν. 2121/1993 επί της επιμέρους συμβολής έκαστου των συνεργατών στον καλλιτεχνικό σχεδιασμό και κατά την υλοποίηση του «έργου», καθώς και η προσκομιζόμενη με αρ. πρωτ. 132/26.11.2020 Βεβαίωση του Οργανισμού Συλλογικής Διαχείρισης Έργων Εικαστικών Τεχνών και Εφαρμογών (ΟΣΔΕΕΤΕ) με την οποία βεβαιώνεται ότι «από το μέλος του ως άνω οργανισμού, κ. [...], (δημιουργός των εικαστικών τεχνών και των εφαρμογών τους και μέλος του ΟΣΔΕΕΤΕ), λάβαμε σειρά επιστολών – φακέλων σχετικών με το έργο της που έχει τίτλο «The Cargo Project». Οι επιστολές περιλαμβάνουν αναλυτικά στοιχεία, κείμενα και εικόνες για το εν λόγω έργο. Η αποστολή αυτών των στοιχείων πραγματοποιείται στα πλαίσια της συγκρότησης του αρχείου των έργων των δημιουργών που εκπροσωπούνται απ' τον ΟΣΔΕΕΤΕ. Αναλυτικότερα και με ημερολογιακή σειρά και με πρώτη την 18/7/2019 αναφέρουμε:

18/7/2019 Πρώτη αναφορά στο έργο «The Cargo Project» και ερωτήσεις σχετικά με τα πνευματικά δικαιώματα που απορρέουν από αυτό.

19/7/2019 Αναλυτική περιγραφή της ιδέας, του σκοπού και της κατασκευής του εν λόγω έργου.

5/8/2019 Πέντε όψεις του έργου σε τρισδιάστατη έγχρωμη απεικόνιση (Το μέρος της κατασκευής)

25/9/2019 Περιγραφή ολοκληρωμένης μορφής του έργου με κείμενο και έγχρωμες τρισδιάστατες εικόνες.

6/6/2020 Παρουσίαση του έργου σε πλήρη μορφή με την προοπτική αναζήτησης χορηγών.

11/11/2020 Αποστολή του έργου «The Cargo» ως πρόταση συνεργασίας με το Δήμο Μαραθώνος. Περιέχει κείμενα και εικόνες.

19/11/2020 Περιγραφή του έργου «The Cargo» ως δημιουργία θεματικού πολυμεσικού περιβάλλοντος μέσω τέχνης. [...]».

Συνεπώς, η υλοποίησή του ως καλλιτεχνικό έργο, δύναται καταρχήν να υπαχθεί στη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, με την επιφύλαξη ότι ειδικότερα νομοθετήματα τα οποία ρυθμίζουν αναθέσεις εικαστικών έργων, μπορούν να εφαρμόζονται παράλληλα με τον ν. 4412/2016, εφόσον δεν έχουν καταργηθεί ρητά από διατάξεις αυτού και δεν έρχονται σε αντίθεση με τις προβλέψεις του ή δεν ρυθμίζουν τα ίδια θέματα με άλλο τρόπο (βλ. Συμβουλή 6/2018 της Αρχής).

**22.** Αναφέεται, ωστόσο, προβληματισμός αναφορικά με τον τεχνικά αδιαίρετο χαρακτήρα της αιτούμενης σύμβασης ως αυτή υποβλήθηκε τόσο στο υπό κρίση αίτημα (βλ. Ιστορικό υπό παρ. 2.1) όσο και στο αίτημά της για χρηματοδότηση στον Άξονα «Παιδεία, Πολιτισμός, Τουρισμός και Αθλητισμός» του Προγράμματος «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ».

Ειδικότερα, για τις αιτούμενες προμήθειες συντάχθηκε η υπ' αριθμ. 6/2021 Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου, η οποία περιλαμβάνει τεχνική έκθεση – περιγραφή της εγκατάστασης με τις τεχνικές προδιαγραφές των αιτούμενων προμηθειών – υπηρεσιών και η οποία

χρησιμοποιήθηκε για τη λήψη οικονομικών προσφορών από οικονομικούς φορείς για την υλοποίηση των εν λόγω συμβάσεων. Αντίθετα, το τμήμα της αιτούμενης σύμβασης που περιλαμβάνει την παραγωγή οπτικού υλικού προβολής και εκπαίδευσης, συμπεριλαμβανομένου της αμοιβής της ιδέας, καλλιτεχνικής επιμέλειας και δικαιωμάτων (copyright), συνολικού προϋπολογισμού 315.000,00€ διαφαίνεται ότι είναι αυτό που μετουσιώνει το καλλιτεχνικό έργο της προτεινόμενης αναδόχου και της ομάδας της.

Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη ότι η μοναδική προϋπόθεση εφαρμογής της εξαιρετικής διάταξης της υποπερ. α' της περ. β της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 είναι «η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης», θα πρέπει να διερευνηθεί κατά πόσο τα εν λόγω τμήματα των προμηθειών αποτελούν απαραίτητα τμήματα του έργου, τα οποία συμβάλλουν στην σύνθετη ολότητα του δημιουργήματος και στην καλλιτεχνική υπόσταση αυτού. Επ' αυτού, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι «το τεχνικό μέρος του έργου, αυτό αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι του έργου και υψηλών προδιαγραφών επιθυμητού τελικού αποτελέσματος» και ότι «το έργο "The Cargo Project" αποτελεί ένα ιδιαίτερα απαιτητικό καλλιτεχνικό εγχείρημα που χρειάζεται στενή συνεργασία όλης της ομάδας δημιουργίας και παραγωγής, η οποία πρέπει να είναι συντονισμένη, συνεργάσιμη αλλά και αποδεδειγμένα υψηλής αισθητικής, ώστε να διασφαλιστεί το μοναδικό αποτέλεσμα που η εικαστικός επιθυμεί», θεμελιώνοντας τοιούτο τρόπο τον χαρακτηρισμό του υπό κρίση έργου ως ενιαίου, συνεκτικού καλλιτεχνικού δημιουργήματος.

Συνεπώς, στο ανωτέρω πλαίσιο διαφαίνεται ότι υφίσταται δυνατότητα υπαγωγής της αιτούμενης σύμβασης στην εξαιρετική διαδικασία της υποπερ. α' της περ. β της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016.

**23.** Όσον αφορά την πλήρωση των προϋποθέσεων εφαρμογής της επικαλούμενης από την αναθέτουσα αρχή επικουρικής βάσης του αιτήματός της, ήτοι της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β υποπερ. γγ' (προστασία πνευματικών δικαιωμάτων), λεκτέα τα ακόλουθα:

Η ως άνω επικαλούμενη διάταξη αφορά σε προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης προκειμένου να ανατεθεί σύμβαση σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για λόγους σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, και μόνο στην περίπτωση που δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.

Στην περίπτωση αυτή, γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αρκεί να είναι απλώς ικανός να προμηθεύει με τον πλέον αποτελεσματικό και οικονομικά συμφέροντα τρόπο τα προϊόντα που πρόκειται να του ανατεθούν, αλλά να είναι και ο μοναδικός, έναντι οιοδήποτε άλλου φορέα, που παρέχει δυνητικά ανάλογα προϊόντα (ΔΕΚ C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ C-296/92, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ C-57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας).

Επιπροσθέτως, η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, λόγω των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, αφορά στις περιπτώσεις κατά τις οποίες για λόγους νομικούς, μπορεί να ανατεθεί η σύμβαση σε έναν και μόνο οικονομικό φορέα, όπως είναι η περίπτωση προστασίας του αντικειμένου της προς ανάθεση σύμβασης από δικαιώματα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, ως είναι και τα δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, ακόμη και τα μη κατοχυρωμένα (ΔΕΕ C-199/85, σκέψη 14, C-57/94 σκέψη 23, ΕΣ Τμ. VI 2055/2010).

Τονίζεται δε ότι, δεν αρκεί τα προς ανάθεση αγαθά να προστατεύονται από δικαιώματα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, αλλά απαιτείται επιπλέον να κατασκευάζει/παρασκευάζει/ παρέχει τα εν

λόγω αγαθά ή υπηρεσίες μόνο ο οικονομικός φορέας στον οποίο πρόκειται να ανατεθεί η σύμβαση, απουσία άλλων ανταγωνιστών, ήτοι φορέων οι οποίοι παρέχουν ισοδύναμα ή παρόμοια αγαθά (ΔΕΕ C-328/92, σκέψη 17, ΕΣ Τμ. VI 86, 176, 177/2009, 50, 205/2010).

Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τη θεωρία, η πνευματική ιδιοκτησία προστατεύει την ατομικότητα του έργου στον τομέα του λόγου, της επιστήμης και της τέχνης, όπως εκφράζεται μέσω της μορφής και της πρωτοτυπίας του με την έννοια της μοναδικότητας του τρόπου έκφρασης ορισμένου δημιουργού, αλλά δεν προστατεύει την ιδέα που περιέχεται στο έργο.<sup>3</sup> Γίνεται δεκτό ότι η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, ως προϋπόθεση προσφυγής στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, έχει την έννοια ότι ο ανάδοχος που επιλέχθηκε είναι ο μοναδικός που διαθέτει την ικανότητα εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης λόγω του δικαιώματος αποκλειστικότητας που κατέχει επί του δημιουργήματός του, εφόσον αυτό είναι πρωτότυπο, προσωπικό δηλαδή δημιούργημα του κατασκευαστή του, το οποίο αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, χωρίς να αρκεί για την εφαρμογή της ως άνω ρύθμισης ότι το εν λόγω δημιούργημα προστατεύεται απλώς από τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας, αλλά πρέπει επιπλέον η παροχή των υπηρεσιών να είναι δυνατή μόνο από το συγκεκριμένο ανάδοχο, εφόσον αυτές (υπηρεσίες) δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά<sup>4</sup> (βλ. Γνώμη Δ67/2020 της Αρχής).

Εν προκειμένω, ωστόσο, εκ μιας *prima facie* εξέτασης των πραγματικών περιστατικών του υπό εξέταση αιτήματος προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δε διενέργησε έρευνα ή διαγωνιστική διαδικασία για την εύρεση οικονομικού φορέα που θα μπορούσε να προσφέρει ισοδύναμα ή παρόμοια αγαθά αλλά επέλεξε απευθείας την προτεινόμενη ανάδοχο, με αποτέλεσμα η επιγενόμενη απουσία ανταγωνισμού να είναι απόρροια τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.

Συνεπώς, δεδομένης της μη πλήρωσης μίας εκ των προϋποθέσεων της επικαλούμενης νομικής βάσης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016 και ανεξαρτήτως της υπάρξεως ή μη πνευματικών δικαιωμάτων της προτεινόμενης αναδόχου επί μη υλοποιηθέντος ακόμη έργου<sup>5</sup>, σημειώνεται ότι παρέλκει η εξέταση συνδρομής των λοιπών προϋποθέσεων εφαρμογής της εν λόγω νομικής βάσης.

#### IV. Συμπέρασμα

**24.** Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα αποφασίζει:

**Την παροχή σύμφωνης γνώμης** επί του αιτήματος του Δήμου Μαραθώνα, κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' υποπερ. (δδ) του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την προσφυγή του σε διαδικασία διαπραγμάτευσης κατ' άρθρο 32 παρ. 2, περ. β' υποπερ. α' του ν. 4412/2016 για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας για τη δημιουργία του Έργου «THE CARGO PROJECT», συνολικής

<sup>3</sup> Χατζημιχαήλ, «Δικαιούχος εφεύρεσης και διεκδίκηση διπλώματος ευρεσιτεχνίας» Σάκκουλας, 2015, 64.

<sup>4</sup> Πράξη ΕΣ 33/2010 Τμ. VII, ΔΕΚ C-328/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας.

<sup>5</sup> «Το δικαίωμα της πνευματικής ιδιοκτησίας γεννιέται και συνεπώς προστατεύεται με τη δημιουργία του έργου (άρθρ. 1 παρ. 1 ν. 2121, ουσιαστικό σύστημα) χωρίς άλλη τυπική προϋπόθεση, όπως δημοσιότητα, κατάθεση κ.ά» (Κοτσίρης, «Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας και Κοινωνικό Κεκτημένο», Σάκκουλας, 2017.



προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.024.677,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 29 Δεκεμβρίου 2021**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο προεδρεύων Αντιπρόεδρος**

**Αδάμ Καραγλάνης**