



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 72 ΕΑΔΗΣΥ/2024

(του άρθρου 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 4912/2022)

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 του ν. 4912/2022

Στην Αθήνα σήμερα 12.06.2024, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30 μ.μ., στα επί της οδού Δώρου 7-9 γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη της Επιτροπής.

Τα προσκληθέντα Μέλη της Επιτροπής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση ως εξής:

Προεδρεύουσα: Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Σύμβουλος: Δημήτριος Χανής.

Μέλη: Αδάμ Καραγλάνης,
Χρυσάνθη Ζαράρη (μέσω τηλεδιάσκεψης),
Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης),
Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης),

Η Πρόεδρος κ. Ανδρονίκη Θεοδοκάτου απουσίασε αιτιολογημένα.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης Π.Ε Διοικητικού Οικονομικού.

Εισηγήτρια: Δήμητρα Παπασταματίου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης, παρέστησαν, η εισηγήτρια Δήμητρα Παπασταματίου (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της ΕΑΔΗΣΥ, Μαρία Ελένη Σιδέρη, καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχων Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης

ΘΕΜΑ: Παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης χορήγησης άδειας σχετικά με τη διάθεση τμημάτων έργων του λόγου, για τις ανάγκες των φοιτητών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (ακαδημαϊκό έτος 2023-2024), εκτιμώμενης αξίας 296.414,50 ευρώ, άνευ Φ.Π.Α .

1. Με το με α.π. 11441/31.05.24 έγγραφο του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (εφεξής και ΕΑΠ ή Πανεπιστήμιο), με τα συνημμένα σε αυτό στοιχεία (α.π. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 5759/05.06.2024), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, για λόγους που άπτονται αποκλειστικών δικαιωμάτων που κατέχει ο προτεινόμενος ανάδοχος – Οργανισμός Συλλογικής Διαχείρισης έργων του Λόγου (εφεξής και ΟΣΔΕΛ), σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περιπτ. β, υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, με σκοπό τη σύναψη δημόσιας σύμβασης χορήγησης άδειας σχετικά με τη διάθεση τμημάτων έργων του λόγου για τις ανάγκες των φοιτητών του, για το ακαδημαϊκό έτος 2023-2024 και εκτιμώμενης αξίας ευρώ 296.414,50 ευρώ, άνευ Φ.Π.Α.

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

2. Από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

Το Ε.Α.Π., που ιδρύθηκε με το άρθρο 27 παρ. 1 εδ. α' του ν. 2083/1992, είναι αυτοτελές και πλήρως αυτοδιοικούμενο Ανώτατο Εκπαιδευτικό Ίδρυμα και λειτουργεί με τη μορφή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου. Τελεί υπό την εποπτεία του Κράτους, η οποία ασκείται από τον Υπουργό Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων.

«Αποτελεί, δε, το μοναδικό ΑΕΙ της χώρας μας το οποίο προσφέρει σπουδές σε επίπεδο τριτοβάθμιας εκπαίδευσης στην Ελλάδα και όχι μόνον, με τη μεθοδολογία της Ανοικτής εξ αποστάσεως Εκπαίδευσης. Στο πλαίσιο της συγκεκριμένης μεθοδολογίας πρωτεύοντα ρόλο κατέχει το διδακτικό υλικό και ως εκ τούτου είναι επιβεβλημένο να διαφοροποιείται από αυτό των συμβατικών ΑΕΙ και να προσφέρεται, εκτός από εκείνο που έχει αναπτυχθεί από το ΕΑΠ με τη συγκεκριμένη μεθοδολογία που υπηρετεί, και με ποικίλες και εναλλακτικές μορφές (έντυπο – ψηφιακό κλπ), προερχόμενο από πολλαπλές πηγές, διαρκώς εμπλουτιζόμενο και επικαιροποιούμενο ακολουθώντας τις σύγχρονες επιστημονικές εξελίξεις. Ενόψει της ιδιαιτερότητας του ΕΑΠ και του εκπαιδευτικού σκοπού τον οποίο υπηρετεί, εκτός από το πιο πάνω εκπαιδευτικό υλικό, είναι άκρως αναγκαίο, όπως γίνεται συνεχώς και αδιαλείπτως από την ίδρυσή του μέχρι σήμερα, να χρησιμοποιεί και βιβλία (κατά κανόνα συγγράμματα) διαφόρων εκδοτικών οίκων, είτε αυτούσια με την αγορά τους, είτε με τη χρήση μικρών αποσπασμάτων, ως και άρθρα από εφημερίδες και επιστημονικά περιοδικά. Το σύνολο του διδακτικού υλικού, ως ανωτέρω ανελύθη, και ανάλογα με τις εκπαιδευτικές ανάγκες διαρκούντος του ακαδημαϊκού έτους, προτείνεται από το αρμόδιο ακαδημαϊκό προσωπικό σύμφωνα με τις εκπαιδευτικές και ερευνητικές ανάγκες κάθε θεματικής ενότητας (Θ.Ε.) και στη συνέχεια εγκρίνεται από την αρμόδια Κοσμητεία και τη Διοικούσα Επιτροπή του ΕΑΠ. Επισημαίνεται ότι η χρήση των ως άνω αποσπασμάτων αποτελεί έναν εξαιρετικά ευέλικτο τρόπο ανανέωσης και εμπλουτισμού του προσφερόμενου διδακτικού υλικού και αποτελεί σημαντικό διδακτικό υλικό και πολύτιμο χρηστικό εργαλείο. Περαιτέρω, σημειώνεται ότι τα κριτήρια επιλογής του συγκεκριμένου διδακτικού υλικού είναι αμιγώς ακαδημαϊκά και δεν υπόκεινται σε έλεγχο σκοπιμότητας (πρβλ. Πράξη 130/2007 VI Τμ., 79/2006 IV Τμ.) τα δε αποσπάσματα επειδή προέρχονται από προστατευόμενα από το δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας έργα Ελλήνων και αλλοδαπών συγγραφέων, απαιτείται για τη νόμιμη χρήση τους η προηγούμενη άδεια των δικαιούχων (δημιουργών ή κληρονόμων) σύμφωνα με το ν.2121/1993» (βλ. το με α.π ΕΛΚΕ – 12733/16.04.2021 και γνώμη Δ30/2021 της Αρχής).

Στην 371η/25-4-2024 Συνεδρίαση της Επιτροπής Ερευνών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου, σύμφωνα με την α.π 8257/05-04-2024 εισήγηση του Γραφείου Ανάπτυξης Διδακτικού Υλικού του ΕΑΠ προς τον Επιστημονικό Υπεύθυνο και το από 18-04-2024 αίτημα του τελευταίου προς την Επιτροπή Ερευνών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου, ελήφθη απόφαση σχετικά με την «Προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, αναφορικά με την υπογραφή σύμβασης με τον Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. για τη χορήγηση άδειας σχετικά με τη διάθεση τμημάτων έργων του λόγου για τις ανάγκες των φοιτητών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου», υπό την προϋπόθεση παροχής σύμφωνης γνώμης της ΕΑΔΗΣΥ.

Στο αίτημα περιλήφθηκε: το αναρτημένο αμοιβολόγιο στην ιστοσελίδα του ΟΣΔΕΛ, οι βεβαιώσεις των: α) Ισπανικού ΟΣΔ «CEDRO», με ημερομηνία 22/02/2024, β) Αμερικάνικου Copyright Clearance Center, με ημερομηνία 05/01/2024, γ) Αγγλικού Copyright Licensing Agency με ημερομηνία 23/01/2024, δ) Γαλλικού ΟΣΔ Centre Français d'Exploitation du Droit de Copie, καθώς και η από 01/04/2024 βεβαίωση του Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας. Τέλος, περιλήφθηκε το σχέδιο απόφασης της Επιτροπής του Ε.Λ.Κ.Ε ΕΑΠ, για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και το σχέδιο σύμβασης.

3. Ειδικότερα, το ΕΑΠ κάθε ακαδημαϊκό έτος ή κατά τη διάρκεια αυτού, συνάπτει σύμβαση με τον Οργανισμό Συλλογικής Διαχείριση Έργων του Λόγου (ΟΣΔΕΛ), ο οποίος είναι ο μοναδικός φορέας στην Ελλάδα για την παραχώρηση, με αντάλλαγμα, αδειών χρήσης προστατευόμενων έργων Ελλήνων και αλλοδαπών πνευματικών δημιουργών.

Με δεδομένο το ως άνω καθεστώς, το ΕΑΠ απευθύνεται στην Αρχή για την παροχή σύμφωνης γνώμης, προκειμένου να ακολουθήσει την εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β υποπερ. γγ' ν. 4412/2016 (πρβλ. υπ' αριθμ. Δ30/2021, Δ43/2022 και Δ66/2023) σύμφωνες γνώμες της Αρχής για τις αντίστοιχες συμβάσεις προηγούμενων ετών). Όπως αναφέρεται στο αίτημα, «Ο ΟΣΔΕΛ είναι μη κερδοσκοπικός αστικός συνεταιρισμός που λειτουργεί με άδεια του Υπουργείου Πολιτισμού (σύμφωνα με τις διατάξεις των νόμων 2121/1993 και 4481/2018) με μέλη Έλληνες δημιουργούς και εκδότες και έχει ως σκοπό τη συλλογική διαχείριση και προστασία των πνευματικών και συγγενικών δικαιωμάτων των δημιουργών έργων και των εκδοτών του λόγου και των δικαιοδόχων τους. Στο πλαίσιο αυτό συνάπτει συμβάσεις αδειοδότησης με τους χρήστες, με τις οποίες ορίζει και εισπράττει την οφειλόμενη αμοιβή, όπως ειδικότερα προβλέπεται στο άρθρο 2.2. περ. α', β' και ζ' του Καταστατικού του, νομίμως καταχωρισμένου στο ΓΕΜΗ με Κωδικό Αριθμό Καταχώρισης 2230779/15.09.2020.

Μεταξύ των δικαιωμάτων αυτών είναι και το δικαίωμα αναπαραγωγής και ψηφιακής χρήσης αποσπασμάτων βιβλίων, εφημερίδων ή περιοδικών από εκπαιδευτικούς οργανισμούς, η δανειοδότησή του οποίου διευκολύνει τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα και τους φοιτητές για να έχουν νόμιμη πρόσβαση στον ελληνικό και αλλοδαπό πλούτο των επιστημονικών και εκπαιδευτικών βιβλίων και περιοδικών, ενώ παράλληλα διασφαλίζει μια εύλογη αμοιβή τους συγγραφείς και για τους εκδότες των προστατευόμενων έργων.

2. Οι λοιποί ΟΣΔ, είτε δραστηριοποιούνται στα υπόλοιπα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, είτε εκτός αυτής, και έχουν εκχωρήσει στον ΟΣΔΕΛ με αμοιβαίες συμβάσεις τα αντίστοιχα δικαιώματα των μελών τους, όπως ειδικότερα προκύπτει από τις βεβαιώσεις του Φεβρουαρίου 2024:

Α) Γαλλικού ΟΣΔ Centre Francais d' Exploitation du Droit de Copie

Β) του Αμερικάνικου Copyright Clearance Center

Γ) του Αγγλικού Copyright Licensing Agency και

Δ) του Ισπανικού CEDRO

Συνεπώς, ο ΟΣΔΕΛ είναι ο μοναδικός Οργανισμός Συλλογικής Διαχείρισης στην Ευρώπη και στον υπόλοιπο κόσμο που εκπροσωπεί τους ανωτέρω δικαιούχους σε Ελλάδα και Κύπρο για τις ψηφιακές ή αναλογικές αναπαραγωγές και ως εκ τούτου δύναται να χορηγεί άδειες χρήσης στα εκπαιδευτικά ιδρύματα αυτών των χωρών.

Επομένως από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εάν το ΕΑΠ προέβαινε σε διαγωνισμό για την ανωτέρω προμήθεια, αυτός θα καθίστατο άνευ αντικειμένου, καθ' όσον μόνον ο ΟΣΔΕΛ έχει το δικαίωμα να παράσχει την απαιτούμενη άδεια χρήσης προστατευόμενων έργων (βλ. ΕΣ 130/2007).

Επίσης, όπως ομοίως επικαλείται το ΕΑΠ, «[...] Σε κάθε περίπτωση, είναι πασιφανές ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις του νόμου ώστε το ΕΑΠ, ως Αναθέτουσα Αρχή, να προβεί μετά από διαπραγμάτευση, σε απευθείας ανάθεση των ανωτέρω υπό προμήθεια αδειών χρήσης προστατευόμενων πνευματικών έργων, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, με ανάθεση της εκτέλεσης της ως άνω σύμβασης στον ΟΣΔΕΛ, ο οποίος και θα ανταποκριθεί, ως και κατά το παρελθόν, με την τήρηση των συμβατικών όρων, ως ο μοναδικός έναντι οποιουδήποτε άλλου προμηθευτή [...]. Η υπό διαπραγμάτευση σύμβαση θα έχει διάρκεια έως 30.09.2024.»

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

4. Στο άρθρο 32 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 (Α' 147), προβλέπεται:

«1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 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.»

5. Στο ν. 2121/1993 «Πνευματική ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα» (Α' 25), προβλέπεται:

- Άρθρο 1 «Πνευματική ιδιοκτησία», «1. Οι πνευματικοί δημιουργοί με τη δημιουργία του έργου, αποκτούν πάνω σ' αυτό Πνευματική ιδιοκτησία, που περιλαμβάνει, ως αποκλειστικά και απόλυτα δικαιώματα, το δικαίωμα της εκμετάλλευσης του έργου (περιουσιακό δικαίωμα) και το δικαίωμα της προστασίας του προσωπικού τους δεσμού προς αυτό (Ηθικό δικαίωμα) [...]»,

- Άρθρο 2 «Αντικείμενο του δικαιώματος», «1. Ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή, ιδίως τα γραπτά ή προφορικά κείμενα, [...] 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 (και οι βάσεις δεδομένων), 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.»

-Άρθρο 13 «Συμβάσεις και άδειες εκμετάλλευσης», «1. Ο δημιουργός του έργου μπορεί να καταρτίζει συμβάσεις, με τις οποίες αναθέτει στον ανασυμβαλλόμενο και αυτός αναλαμβάνει την υποχρέωση να ασκήσει εξουσίες, που απορρέουν από το περιουσιακό δικαίωμα (συμβάσεις εκμετάλλευσης).

2. Ο δημιουργός του έργου μπορεί να επιτρέπει σε κάποιον άλλον την άσκηση εξουσιών, που απορρέουν από το περιουσιακό του δικαίωμα (άδειες εκμετάλλευσης).

3. Οι συμβάσεις και οι άδειες εκμετάλλευσης μπορεί να είναι αποκλειστικές ή μη αποκλειστικές. Οι αποκλειστικές συμβάσεις και άδειες εκμετάλλευσης παρέχουν στον αντισυμβαλλόμενο το δικαίωμα να ασκεί τις εξουσίες στις οποίες αναφέρεται η σύμβαση ή η άδεια κατ' αποκλεισμό οποιουδήποτε τρίτου. Οι μη αποκλειστικές συμβάσεις και άδειες εκμετάλλευσης παρέχουν στον αντισυμβαλλόμενο το δικαίωμα να ασκεί τις εξουσίες, στις οποίες αναφέρεται η σύμβαση ή η άδεια παράλληλα προς το δημιουργό και άλλους αντισυμβαλλόμενους. Όταν υπάρχει σύμβαση ή άδεια εκμετάλλευσης ο αντισυμβαλλόμενος νομιμοποιείται, εφόσον δεν υπάρχει αντίθετη συμφωνία να ζητεί, στο δικό του όνομα, τη δικαστική προστασία των εξουσιών, που ασκεί από παράνομες προσβολές τρίτων.

4. Σε περίπτωση αμφιβολίας, η σύμβαση και η άδεια εκμετάλλευσης θεωρούνται μη αποκλειστικές.

5. Η σύμβαση ή η άδεια δεν μπορεί ποτέ να περιλαμβάνει το σύνολο των μελλοντικών έργων του δημιουργού και δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αναφέρεται και σε τρόπους εκμετάλλευσης που δεν ήταν γνωστοί κατά το χρόνο της κατάρτισης των σχετικών δικαιιοπραξιών [...]

- Άρθρο 14 «Τύπος των δικαιιοπραξιών», «Δικαιοπραξίες που αφορούν τη Μεταβίβαση εξουσιών από το περιουσιακό δικαίωμα, την ανάθεση ή την άδεια εκμετάλλευσης και την άσκηση του ηθικού δικαιώματος είναι άκυρες αν δεν καταρτισθούν εγγράφως. Την ακυρότητα μπορεί να επικαλεσθεί μόνο ο πνευματικός δημιουργός.»

-Άρθρο 18 «Αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση», «1. Με την επιφύλαξη των επόμενων παραγράφων επιτρέπεται, χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς αμοιβή, η αναπαραγωγή ενός έργου που έχει νομίμως δημοσιευθεί, εφόσον η αναπαραγωγή γίνεται για ιδιωτική χρήση εκείνου που την κάνει. Δεν αποτελεί ιδιωτική χρήση, η χρήση στο πλαίσιο μιας επιχείρησης ή μιας υπηρεσίας ή ενός οργανισμού.»

6. Στο ν. 4481/2017 (Α' 100) «Συλλογική διαχείριση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων, χορήγηση πολυεδαφικών αδειών για επιγραμμικές χρήσεις μουσικών έργων και άλλα θέματα», προβλέπεται:

-Άρθρο 3 «Ορισμοί», «Για τους σκοπούς των άρθρων 1 έως 54 εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: α. Ως «οργανισμός συλλογικής διαχείρισης» νοείται κάθε οργανισμός που εξουσιοδοτείται από το νόμο ή μέσω μεταβίβασης, άδειας ή οποιασδήποτε άλλης συμβατικής συμφωνίας, για τη διαχείριση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή συγγενικών δικαιωμάτων εξ ονόματος περισσότερων του ενός δικαιούχων, για το συλλογικό όφελος αυτών, ως αποκλειστικό ή κύριο σκοπό του, και ο οποίος πληροί ένα από ή αμφότερα τα ακόλουθα κριτήρια:

αα) ανήκει στα μέλη του ή ελέγχεται από αυτά, ββ) έχει οργανωθεί σε μη κερδοσκοπική βάση. β. [...]

δ. Ως «δικαιούχος» νοείται οποιοδήποτε πρόσωπο ή οντότητα, εκτός από οργανισμό συλλογικής διαχείρισης, που κατέχει δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας ή συγγενικό δικαίωμα ή το οποίο, δυνάμει συμφωνίας για την εκμετάλλευση των δικαιωμάτων ή εκ του νόμου, δικαιούται μερίδιο των εσόδων που προκύπτουν από τα δικαιώματα.

ε. Ως «μέλος» νοείται δικαιούχος ή οντότητα που εκπροσωπεί τους δικαιούχους, συμπεριλαμβανομένων άλλων οργανισμών συλλογικής διαχείρισης και ενώσεων δικαιούχων, ο οποίος πληροί τους όρους του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης για την εισδοχή και εγγραφή μέλους και γίνεται δεκτός από αυτόν [...]

ιγ. Ως «χρήστης» νοείται κάθε πρόσωπο ή οντότητα που εκτελεί πράξεις που υπόκεινται στην άδεια των δικαιούχων, στην αμοιβή των δικαιούχων ή στην καταβολή αποζημίωσης στους δικαιούχους και το οποίο δεν ενεργεί υπό την ιδιότητα του καταναλωτή [...]

ιζ. Ως «ΟΠΙ» νοείται ο Οργανισμός Πνευματικής Ιδιοκτησίας, ο οποίος είναι ο αρμόδιος φορέας για ζητήματα πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων στην Ελλάδα. Επίσης, ο ΟΠΙ αποτελεί την αρμόδια αρχή γνωστοποίησης των πληροφοριών των άρθρων 36, 37, 38 και 41 της Οδηγίας, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του παρόντος νόμου.»

-Άρθρο 6 «Αρμοδιότητες», «1. Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης έχουν ενδεικτικά τις παρακάτω αρμοδιότητες, καθώς και κάθε άλλη αρμοδιότητα που συνάδει με τη φύση και το σκοπό ενός οργανισμού συλλογικής διαχείρισης της περίπτωσης α του άρθρου 3, εφόσον όμως περιλαμβάνονται στην άδεια λειτουργίας του Υπουργού Πολιτισμού και Αθλητισμού και προβλέπονται στο καταστατικό τους:

α) διαχειρίζονται το περιουσιακό δικαίωμα, τις εξουσίες που απορρέουν από αυτό, κατηγορίες εξουσιών ή είδη έργων ή αντικείμενα προστασίας για τις επικράτειες της επιλογής των δικαιούχων,

β) καταρτίζουν συμβάσεις με τους χρήστες για τους όρους εκμετάλλευσης των έργων καθώς και για την οφειλόμενη, ποσοστιαία ή/και εύλογη, αμοιβή, 10

γ) εξασφαλίζουν στους δικαιούχους ποσοστιαία αμοιβή κατά τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 32 του ν. 2121/1993,

δ) εισπράττουν τις αμοιβές που προβλέπονται στον παρόντα νόμο και στο ν. 2121/1993 και διανέμουν τα εισπραττόμενα ποσά μεταξύ των δικαιούχων, ε) [...]

-Άρθρο 19 «Διανομή των ποσών που οφείλονται στους δικαιούχους», « 1. Η διανομή στους δικαιούχους λαμβάνει χώρα κατ' αναλογία, όσο αυτό είναι δυνατόν, προς την πραγματική χρήση των έργων τους.

2. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του άρθρου 21 και του άρθρου 37, οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης, διανέμουν και καταβάλλουν τα ποσά που οφείλονται στους δικαιούχους τακτικά, επιμελώς, με ακρίβεια και σύμφωνα με τον κανονισμό διανομής. Κάθε οργανισμός συλλογικής διαχείρισης ή τα μέλη του, που είναι οντότητες που εκπροσωπούν δικαιούχους, διανέμουν και καταβάλλουν τα ποσά αυτά στους δικαιούχους το συντομότερο δυνατόν και το αργότερο εννέα (9) μήνες από το τέλος του φορολογικού έτους, εντός του οποίου εισπράχθηκαν τα έσοδα από τα δικαιώματα, εκτός εάν αντικειμενικοί λόγοι [...] δεν επιτρέπουν στον οργανισμό συλλογικής διαχείρισης - ή κατά περίπτωση στα μέλη του -, να τηρήσουν την προθεσμία αυτή. 3.[...]

-Άρθρο 22 «Άδειες χρήσης, καθορισμός ύψους αμοιβής και εύλογης αμοιβής», «1. Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης και οι χρήστες διεξάγουν διαπραγματεύσεις για τη χορήγηση αδειών χρήσης των δικαιωμάτων με καλή πίστη και στο πλαίσιο αυτό ανταλλάσσουν κάθε αναγκαία πληροφορία» [...]

«4. Για τη χορήγηση άδειας οι χρήστες υποβάλλουν σχετικό αίτημα στον οργανισμό συλλογικής διαχείρισης, αναφέροντας μεταξύ άλλων τις πληροφορίες που είναι απαραίτητες για τον σκοπό αυτόν. Μετά τη λήψη όλων των σχετικών πληροφοριών ο οργανισμός συλλογικής διαχείρισης, χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση, χορηγεί την άδεια, εκτός εάν συντρέχει λόγος άρνησης, τον οποίο γνωστοποιεί με ειδική αιτιολογία εγγράφως στον χρήστη και κοινοποιεί στον ΟΠΙ.»

-Άρθρο 23 «Αμοιβολόγια» [...] «2. Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου, καταρτίζουν κατάλογο με τις αμοιβές που απαιτούν από τους χρήστες (αμοιβολόγιο), ο οποίος γνωστοποιείται στο κοινό με ανάρτηση στην ιστοσελίδα τους, όπως και κάθε μεταβολή αυτού και κοινοποιείται στον ΟΠΙ, αμέσως, προκειμένου να αναρτηθεί και στην ιστοσελίδα του τελευταίου σε μηχαναγνώσιμο μορφότυπο, σε σταθερό σημείο απόθεσης και εφόσον είναι δυνατό καθίσταται προσβάσιμο μέσω διασυνδέσεων προγραμματισμού εφαρμογών. Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης καταρτίζουν κατάλογο με τις αμοιβές που απαιτούν από τους χρήστες (αμοιβολόγιο), ο οποίος πρέπει να γνωστοποιείται προς το κοινό με δημοσίευση τους σε τρεις εφημερίδες, από τις οποίες η μία πρέπει να είναι οικονομική. Κατά την κατάστρωση και εφαρμογή των αμοιβολογίων τους, οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης οφείλουν να ενεργούν χωρίς αυθαιρεσία και να μην προβαίνουν σε καταχρηστικές διακρίσεις.»

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

7. Το Ελληνικό Ανοικτό Πανεπιστήμιο, ιδρύθηκε με το ν. 2083/1992, λειτουργεί σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2552/1997, αποτελεί αυτοτελές και αυτοδιοικούμενο Ανώτατο Εκπαιδευτικό Ίδρυμα με τη μορφή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, υπό την εποπτεία του Υπουργείου Παιδείας, Θρησκευμάτων και Αθλητισμού και συνιστά μη κεντρική αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 3 του ν. 4412/2016.

8. Η υπό κρίση περίπτωση αφορά σε σύναψη σύμβασης ορισμένης διάρκειας και δη έως 30.09.2024. Στο υποβληθέν σχέδιο ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ ΕΑΠ ΚΑΙ ΟΣΔΕΛ, («Χορήγηση ειδικής μη αποκλειστικής Αδείας») το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1.5. πρέπει να αντικατασταθεί, ώστε να ρυθμίζει τις υποχρεώσεις του ΟΣΔΕΛ για τη συγκεκριμένη σύμβαση (πρβλ. σχετικώς Δ 66 ΕΑΔΗΣΥ/2023).

9. Όπως προκύπτει από το νομικό πλαίσιο που διέπει τον Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. (πρβλ. υποβληθείσα με Α.Π. 4043/24.04.1997 απόφαση Υπουργού Πολιτισμού, όπως συμπληρώθηκε με την με Α.Π. 107747/29.10.2008 όμοια απόφαση), καθώς και από το υποβληθέν ισχύον καταστατικό του, ο εν λόγω οργανισμός είναι υπεύθυνος για τη συλλογική διαχείριση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή συγγενικών δικαιωμάτων εξ ονόματος περισσοτέρων του ενός δικαιούχων, για το συλλογικό όφελος αυτών, έναντι αμοιβής που καθορίζεται βάσει συγκεκριμένου αμοιβολογίου (άρθρα 18 και 23 ν. 4481/2017). Στα πνευματικά και συγγενικά δικαιώματα συμπεριλαμβάνονται και οι αποκλειστικές ή μη αποκλειστικές άδειες εκμετάλλευσης καθώς και τα δικαιώματα εύλογης αμοιβής (άρθρο 2.1. καταστατικού Ο.Σ.Δ.Ε.Λ.).

10. Η σύναψη σύμβασης με αντικείμενο τη χορήγηση αδείας διάθεσης τμημάτων έργων του λόγου, αποτελεί δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια του άρθρου 2 ν. 4412/2016, ως ισχύει (βλ. ad hoc Γνώμες της Αρχής με αρ. Δ 107/2017, Δ 137/2018, Δ 119/2019, Δ 30/2021, Δ 43/2022 και Δ 66/2023). Ως εκ τούτου, δεδομένης της εκτιμώμενης αξίας της υπό κρίση περίπτωσης, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 296.414,50 ευρώ άνευ Φ.Π.Α, συντρέχει περίπτωση αρμοδιότητας της Αρχής προς έκδοση σύμφωνης γνώμης κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ του ν. 4412/2016.

11. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στον φάκελο του αιτήματος, το Ε.Α.Π. θεμελιώνει ρητώς τη δυνατότητά του να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στη νομική βάση του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β υποπερ. γγ' ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, επικαλείται λόγους ύπαρξης αποκλειστικών δικαιωμάτων του προτεινόμενου αναδόχου.

Η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β. υποπερ. γγ' του ν.4412/2016 έλκεται σε εφαρμογή:

«[...]β) εάν τα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω 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.[...]»

Ειδικότερα, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας, κατ' εξαίρεση, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν για λόγους σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων το αντικείμενο της σύμβασης είναι δυνατόν να ανατεθεί σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις που ρητώς αναφέρονται στην εν λόγω διάταξη, ήτοι όταν δεν υφίσταται σχετικώς εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο, η δε απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.

Συναφώς, 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 δημιουργήματος, 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 τον συγκεκριμένο ανάδοχο, ελλείψει ανταγωνιστικού αγοραστικού πεδίου. Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται ότι, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 50 της Οδηγίας 2013/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να εξετάζουν παρεμφερή από άποψη λειτουργίας έργα, αγαθά και υπηρεσίες ενώ οι λόγοι που τεκμηριώνουν και στοιχειοθετούν τη μοναδικότητα του προτεινόμενου αναδόχου, σύμφωνα με τη νομολογία, πρέπει να αιτιολογούνται πλήρως και ειδικώς και να προκύπτουν από στάθμιση όλων των οικονομοτεχνικών παραμέτρων, που

καθιστούν αναγκαία την προσφυγή σε αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία, διαφορετικά αυτή δεν είναι νόμιμη.¹

12. Εν προκειμένω, ο Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. είναι ο μοναδικός φορέας συλλογικής διαχείρισης στην Ελλάδα και την Κύπρο που διαχειρίζεται περιουσιακά δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας έργων λόγου. Σύμφωνα δε με σχετική αναφορά – δήλωση του Ε.Α.Π. στο έγγραφο παροχής συμπληρωματικών στοιχείων, «ο ΟΣΔΕΛ δραστηριοποιείται και στην Κύπρο, όπου δεν υπάρχει αντίστοιχος ΟΣΔ για τα έργα λόγου».

Ο Οργανισμός Πνευματικής Ιδιοκτησίας (Ο.Π.Ι.), βεβαιώνει ότι: «ο μόνος οργανισμός συλλογικής διαχείρισης ή/και προστασίας των εξουσιών που απορρέουν από το περιουσιακό δικαίωμα των δημιουργών έργου του λόγου ή της επιστήμης καθώς και από το συγγενικών δικαίωμα των εκδοτών εντύπων [...] στον οποίο έχει χορηγηθεί από το Υπουργείο Πολιτισμού η έγκριση ν. 4481/2017, λειτουργίας του (α. 54 παρ. 4 ν. 2121/1993, όπως ίσχυε πριν την κατάργησή του με το α. 54 παρ. 1) είναι ο κάτωθι:

«Οργανισμός Συλλογικής Διαχείρισης και Προστασίας Έργων του Λόγου (Ο.Σ.Δ.Ε.Λ.)»

Επισημαίνεται ότι δεν έχει χορηγηθεί έγκριση λειτουργίας σε άλλον οργανισμό συλλογικής διαχείρισης της ίδιας κατηγορίας δικαιούχων βάσει του ισχύοντος α. 4 του ν. 4481/2017 για τα δικαιώματα που αφορούν στα άρθρα 3, 33 παρ. 4, 18, 47, 49 καθώς και στο συγγενικό δικαίωμα των εκδοτών εντύπων (άρθρο 51) του ν. 2121/1993».

Περαιτέρω, σύμφωνα με το ίδιο ως άνω έγγραφο, οι ΟΣΔ που δραστηριοποιούνται στα υπόλοιπα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως αναλυτικά παρατίθεται στο ιστορικό της παρούσας, «έχουν εκχωρήσει στον ΟΣΔΕΛ με αμοιβαίες συμβάσεις τα αντίστοιχα δικαιώματα των μελών τους». Η διαχείριση των δικαιωμάτων που εκπροσωπεί κάθε ΟΣΔ στην αλλοδαπή ανατίθεται, μέσω συμβάσεων αμοιβαιότητας, σε αντίστοιχο οργανισμό του εξωτερικού, ο οποίος αναλαμβάνει τη διαχείρισή τους με τους ίδιους όρους που εφαρμόζει στη διαχείριση των δικών του. Κατά τον τρόπο αυτό παρέχεται στους χρήστες η δυνατότητα νόμιμης χρήσης του διεθνούς ρεπερτορίου με μια και μόνον αίτηση από έναν ΟΣΔ.

Σημειώνεται ότι η ως άνω αναφορά – δήλωση συνοδεύεται από βεβαιώσεις του Γαλλικού ΟΣΔ, Centre Francais d' Exploitation du Droit de Copie, του Αμερικάνικου Copyright Clearance Center , του Αγγλικού Copyright Licensing Agency, και του Ισπανικού CEDRO, με τις οποίες βεβαιώνεται ότι ο Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. είναι ο μοναδικός οικονομικός φορέας στην Ευρωπαϊκή Ένωση ο οποίος εκπροσωπεί το «ρεπερτόριό» τους στην Ελλάδα και την Κύπρο και δύναται να χορηγεί άδειες για εκπαιδευτικούς σκοπούς ή αναπαραγωγή των έργων λόγου, τα οποία του έχουν μεταβιβασθεί καταπιστευματικά ή με σύμβαση πληρεξουσιότητας, προς τον σκοπό συλλογικής διαχείρισης ή/ και προστασίας.

Με τα δεδομένα αυτά, προκύπτει ότι πληρούνται εν προκειμένω οι προϋποθέσεις εφαρμογής της επικαλούμενης διάταξης, καθόσον υφίσταται αντικειμενική αδυναμία εύρεσης εύλογου υποκατάστατου ή εναλλακτικής λύσης, αναφορικά με τον οικονομικό φορέα ο οποίος δύναται να εκτελέσει το αντικείμενο της σκοπούμενης σύμβασης, η δε απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης (ο.π βλ. Δ107/2017, Δ137/2018, Δ119/2019, Δ30/2021, Δ43/2022 και Δ66/2023 σύμφωνες γνώμες της Αρχής).

¹ Βλ. ΕΛΣυν Τμήμα VI 77/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης χορήγησης άδειας σχετικά με τη διάθεση τμημάτων έργων του λόγου, για τις ανάγκες των φοιτητών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου, για χρονικό διάστημα από την ανάθεσή της έως 30.09.2024, εκτιμώμενης αξίας 296.414,50 ευρώ, άνευ Φ.Π.Α., λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 12 Ιουνίου 2024

Η Προεδρεύουσα Σύμβουλος

Ευαγγελία Κουτούπα