



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ66 ΕΑΔΗΣΥ/2023

(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, 31 Μαΐου 2023, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής «Αρχή» ή «ΕΑΔΗΣΥ») σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη.

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

Πρόεδρος: Ανδρονίκη Θεοτοκάτου (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Σύμβουλοι: Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Χανής

Μέλη: Αδάμ Καραγλάνης

Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Το Μέλος Χρυσάνθη Ζαράρη απουσίασε δικαιολογημένα.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Εισηγήτρια: Δήμητρα Παπασταματίου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν, η εισηγήτρια, η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της ΕΑΔΗΣΥ, Μαριλένα Σιδέρη, καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχων Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Επιτροπής.

Θέμα Παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (ΕΑΠ) στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης χορήγησης άδειας σχετικά με τη διάθεση τμημάτων έργων του λόγου, για τις ανάγκες των φοιτητών του (ακαδημαϊκού έτος 2022-2023), εκτιμώμενης αξίας 298.003,28 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

1. Με το από 09.05.23 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (εφεξής και ΕΑΠ ή Πανεπιστήμιο), με α.π. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 2200/09.05.2023, και τα συνημμένα στοιχεία, ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, για λόγους που άπτονται αποκλειστικών δικαιωμάτων που κατέχει ο προτεινόμενος ανάδοχος – Οργανισμός Συλλογικής Διαχείρισης έργων του Λόγου (εφεξής και Ο.Σ.Δ.Ε.Λ.), σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, προς τον σκοπό σύναψης δημόσιας σύμβασης χορήγησης άδειας σχετικά με τη διάθεση τμημάτων έργων του λόγου για τις ανάγκες των φοιτητών του, για το ακαδημαϊκό έτος 2022 -2023, εκτιμώμενης αξίας ευρώ 298.003,28, πλέον ΦΠΑ.

Επίσης προσκομίστηκε σχέδιο αποσπάσματος από τα πρακτικά της Επιτροπής Ερευνών και Διαχείρισης του Ε.Λ.Κ.Ε. του ΕΑΠ, περί έγκρισης προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία, με συνημμένο σχέδιο ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ του αυτού και του προτεινόμενου αναδόχου.

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

Το ΕΑΠ προτίθεται να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το εδ. γγ) της περ. β) της παρ.2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης με τον Οργανισμό Συλλογικής Διαχείρισης Έργων του Λόγου (Ο.Σ.Δ.Ε.Λ.), με αντικείμενο τη χορήγηση άδειας διάθεσης τμημάτων έργων του λόγου για τις ανάγκες των φοιτητών του, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 298.003,28 € χωρίς Φ.Π.Α. Ειδικότερα, αναφέρει ότι το *εν λόγω υλικό θα αποτελέσει αναπόσπαστο τμήμα του ακαδημαϊκού υλικού των φοιτητών του. Η σχετική απόφαση ελήφθη στην 333η /16-03-2023) Συνεδρίαση της Επιτροπής Ερευνών του Πανεπιστημίου. Προηγήθηκαν η υπ' αριθμ. πρωτ. 4717/17-02-2023 εισήγηση του Γραφείου Ανάπτυξης Διδακτικού Υλικού του Ε.Α.Π. προς τον Επιστημονικό Υπεύθυνο για προσφυγή στην ως άνω διαδικασία, καθώς και το από 07/03/2023 αίτημα του Επιστημονικού Υπευθύνου, Καθηγητή, [.....], προς την Επιτροπή Ερευνών του Πανεπιστημίου, με το οποίο προωθείται η ως άνω εισήγηση.*

3. Κάθε ακαδημαϊκό έτος ή κατά τη διάρκεια αυτού, το Πανεπιστήμιο συνάπτει σύμβαση με τον Οργανισμό Συλλογικής Διαχείριση Έργων του Λόγου (Ο.Σ.Δ.Ε.Λ.), ο οποίος είναι ο μοναδικός φορέας στην Ελλάδα για την παραχώρηση, με αντάλλαγμα, αδειών χρήσης προστατευόμενων έργων Ελλήνων και αλλοδαπών πνευματικών δημιουργών.

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 δανειοδότηση του οποίου παρέχει στα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα και τους φοιτητές νόμιμη πρόσβαση στον ελληνικό και αλλοδαπό πλούτο των επιστημονικών και εκπαιδευτικών βιβλίων και περιοδικών, ενώ παράλληλα διασφαλίζει μια εύλογη αμοιβή για τους συγγραφείς και τους εκδότες των προστατευόμενων έργων.

Ο ΟΣΔΕΛ είναι ο μοναδικός φορέας συλλογικής διαχείρισης στην Ελλάδα και Κύπρο που διαχειρίζεται περιουσιακά δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας έργων λόγου, όπως προκύπτει και από τη σχετική ενημέρωση του Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας (βεβαίωση με απ 4582/16.02.23). Σύμφωνα δε με το κανονιστικό πλαίσιο των συμβάσεων αμοιβαιότητας που συνάπτει ο ΟΣΔΕΛ με τους αλλοδαπούς ΟΣΔ ανταλλάσσει με αυτούς τον ως άνω κατάλογο τίτλων και δημιουργών (ρεπερτόριο) με το αντίστοιχο αλλοδαπό και ταυτόχρονα καταβάλλει τα δικαιώματα για τα αλλοδαπά έργα στους αντίστοιχους αλλοδαπούς οργανισμούς και εισπράττει από αυτούς τα δικαιώματα των Ελλήνων και Κυπρίων συγγραφέων που χρησιμοποιούνται στην αλλοδαπή.

2. Οι λοιποί ΟΣΔ, είτε δραστηριοποιούνται στα υπόλοιπα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, είτε εκτός αυτής, έχουν εκχωρήσει στον ΟΣΔΕΛ με αμοιβαίες συμβάσεις τα αντίστοιχα δικαιώματα των μελών τους, όπως ειδικότερα προκύπτει από τις βεβαιώσεις του Φεβρουαρίου 2023:

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

B) του Αμερικάνικου Copyright Clearance Center

Γ) του Αγγλικού Copyright Licensing Agency και

Δ) του Ισπανικού CEDRO

Συμπεπώς, 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.

Ως εκ τούτου, εάν το ΕΑΠ προέβαινε σε διαγωνισμό για την ανωτέρω προμήθεια, αυτός θα καθίστατο άνευ αντικειμένου, καθόσον μόνον ο ΟΣΔΕΛ έχει το δικαίωμα να παράσχει την απαιτούμενη άδεια χρήσης προστατευόμενων έργων (βλ. ΕΣ 130/2007).

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

4. Το άρθρο 32 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

«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. Τα προβλεπόμενα στον ν. 2121/1993 και ιδίως :

- Άρθρο 1 (Πνευματική ιδιοκτησία), σύμφωνα με το οποίο « 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 αντισυμβαλλόμενο 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 ζητήσει, 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 δικαιιοπρασιών [...]»

- Άρθρο 14 (Τύπος των δικαιιοπρασιών):

«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. Τα οριζόμενα στον ν. 4481/ 2017 (ΦΕΚ Α' 100) περί συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων και ιδίως:

στο άρθρο 3:

«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.»

στο άρθρο 6: «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,

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) [...]» στο άρθρο 19: (Διανομή των ποσών που οφείλονται στους δικαιούχους) του ν. 4481/2017 ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: « 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.[...]»

Το άρθρο 22 (Άδειες χρήσης, καθορισμός ύψους αμοιβής και εύλογης αμοιβής) και ιδίως τις παρ. 1:

«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»

και «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.»

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 23 (Αμοιβολόγια) του ιδίου ως άνω νόμου 4481/2017:

«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 δημοσίευσή του 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.».

7. Στην παράγραφο 1 του άρθρου 1 του ν. 2552/1997 (ΦΕΚ Α' 266/24.12.97) προβλέπεται ότι: «1.Το Ε.Α.Π., που ιδρύθηκε από 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».

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

8.Το υπό εξέταση αίτημα αφορά σε προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για λόγους που άπτονται αποκλειστικών δικαιωμάτων που διαθέτει ο προτεινόμενος ανάδοχος, Ο.Σ.Δ.Ε.Λ., προκειμένου να συναφθεί δημόσια σύμβαση χορήγησης άδειας διάθεσης έργων ή τμημάτων έργων του λόγου, για τις ανάγκες των φοιτητών του ΕΑΠ

9. Σύμφωνα με το άρθρο 1 του υποβληθέντος σχεδίου ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ ΕΑΠ και Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. («Χορήγηση ειδικής μη αποκλειστικής Αδειας»):

«1.1 Ο Οργανισμός δια του παρόντος χορηγεί στο Ε.Α.Π. τις ακόλουθες ειδικές άδειες και δικαιώματα, οι οποίες υπόκεινται στους όρους και τις διατάξεις της παρούσας σύμβασης.

1.2 Συγκεκριμένα, χορηγεί την μη αποκλειστική άδεια για την αναπαραγωγή με φωτοτυπίες, τμημάτων έργων του λόγου, ή συντόμων έργων του λόγου (κεφάλαια βιβλίων ή άρθρα) Ελλήνων ή αλλοδαπών δημιουργών, από ελληνικά ή ξένα βιβλία, τις οποίες φωτοτυπίες, το Ε.Α.Π. θα διανέμει στους φοιτητές του και το διδακτικό προσωπικό. Ρητά συμφωνείται ότι η υλοποίηση των ως άνω μορφών αναπαραγωγής δύναται να ανατίθεται από το Ε.Α.Π. σε τρίτους, ενεργούντες για λογαριασμό του. Το Ε.Α.Π. στην τελευταία αυτή περίπτωση ευθύνεται εις από κοινού και εις ολόκληρον με τους τρίτους, ως προς την υποχρέωση της πιστής τήρησης των όρων της παρούσας.

1.3 Επίσης, ο Οργανισμός δια του παρόντος χορηγεί στο Ε.Α.Π. την μη αποκλειστική άδεια για ψηφιοποίηση, αποθήκευση και προβολή μέσω κλειστού ηλεκτρονικού δικτύου προς όλους τους εγγεγραμμένους φοιτητές του και το διδακτικό προσωπικό, με χρήση προσωπικού κωδικού, ως και για εκτύπωση τμημάτων έργων του λόγου/επιστήμης, ή συντόμων έργων του λόγου/επιστήμης (άρθρα) Ελλήνων ή αλλοδαπών δημιουργών, από Ελληνικά ή ξένα βιβλία. Εξυπακούεται ότι, υπό τους

αυτούς όρους και προϋποθέσεις, επιτρέπεται στο Ε.Α.Π. να μετατρέπει το εκάστοτε ως άνω αναπαραγόμενο έργο και σε μορφή κατάλληλη προς χρήση και μελέτη από φοιτητές του Ιδρύματος με προβλήματα όρασης, ακοής και δυσλεξίας.

1.4 Ρητά απαγορεύεται η μεταφορά και αποθήκευση του συμφωνημένου με το παρόν περιεχομένου σε άλλο δίκτυο από αυτό για το οποίο χορηγείται με το παρόν η άδεια αναπαραγωγής. Επιτρέπεται η καταφόρτωση σε συσκευές που χρησιμοποιούν οι ίδιοι οι φοιτητές και το διδακτικό προσωπικό, καθώς και η εκτύπωση του υλικού για ιδιωτική χρήση από αυτούς, με την προϋπόθεση ότι στα σχετικά αρχικά αρχεία, που θα αποθηκευθούν, θα υπάρχει υδατογράφημα (αράχνη). Το Ε.Α.Π. υποχρεούται να επισημαίνει στους φοιτητές του, ως και στα τυχόν μέλη ΔΕΠ και ΣΕΠ, που κάνουν χρήση τούτων στο πλαίσιο του εκπαιδευτικού τους έργου, ότι τα κείμενα που διανέμονται ηλεκτρονικά, υπόκεινται σε πνευματικά δικαιώματα και δεν επιτρέπεται η διανομή τους σε οιονδήποτε τρίτο.

1.5. Η χορηγούμενη με το παρόν άδεια καλύπτει τα έργα και εκδότες, τα δικαιώματα των οποίων διαχειρίζεται ο ΟΣΔΕΛ. Ο Οργανισμός οφείλει να παραδίδει στο Ε.Α.Π. κατάλογο των εκάστοτε εκπροσωπούμενων δικαιούχων τουλάχιστον μία (1) φορά ετησίως και συγκεκριμένα μέχρι το τέλος Ιουλίου κάθε ημερολογιακού έτους. Συμφωνείται επίσης ότι ο Οργανισμός υποχρεούται να γνωστοποιεί πάραυτα στο Ε.Α.Π. την εκάστοτε λύση των συμβάσεων ανάθεσης με δικαιούχους, ή την τυχόν σύναψη νέων συμβάσεων ανάθεσης και να αποστέλλει υπογεγραμμένο τον καθ' οιονδήποτε τρόπο τροποποιημένο εν ισχύ κατάλογο.»

Σημειώνεται, ότι εφόσον η υπό κρίση περίπτωση αφορά σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού ορισμένης διάρκειας και δη έως 30.09.2023, το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1.5. πρέπει να αντικατασταθεί, ώστε να ρυθμίζει τις υποχρεώσεις του Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. για τη συγκεκριμένη σύμβαση.

10. Όπως προκύπτει από το νομικό πλαίσιο που διέπει τον Ο.Σ.Δ.Ε.Λ. (υποβληθείσα με Α.Π. 4043/24.04.1997 απόφαση Υπουργού Πολιτισμού, όπως συμπληρώθηκε με την με Α.Π. 107747/29.10.2008 όμοια), 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 περισσότερων 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.).

11. Η σύναψη σύμβασης, με αντικείμενο τη χορήγηση άδειας διάθεσης τμημάτων έργων του λόγου, αποτελεί δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια του άρθρου 2 ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

Ως εκ τούτου, δεδομένης της εκτιμώμενης αξίας αυτής, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 298.003,28 € χωρίς Φ.Π.Α., συντρέχει αρμοδιότητα της Αρχής προς έκδοση σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ του ν. 4412/2016.

12. Το υπό εξέταση αίτημα στηρίζεται στις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β υποπερ. γγ' ν. 4412/2016, καθόσον η αναθέτουσα επικαλείται λόγους ύπαρξης αποκλειστικών δικαιωμάτων του προτεινόμενου αναδόχου.

Η διάταξη 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 εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο, η δε απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης. 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 πρέπει να αιτιολογούνται πλήρως και ειδικώς και να προκύπτουν από στάθμιση όλων των οικονομοτεχνικών παραμέτρων, που καθιστούν αναγκαία την προσφυγή στην οικεία εξαιρετική διαδικασία, διαφορετικά αυτή δεν είναι νόμιμη.¹

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. Για την εφαρμογή, δηλαδή, της ως άνω ρύθμισης δεν αρκεί ότι το

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

εν λόγω δημιουργήματα 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.²

Σύμφωνα δε με την αιτιολογική σκέψη 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η αποκλειστικότητα μπορεί να οφείλεται και σε άλλους λόγους, όμως μόνο καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή με στόχο μελλοντική διαδικασία σύναψης σύμβασης.

14. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και τις σχετικές με τους ΟΣΔ διατάξεις (άρθρο 7 ν. 4481/2017): «1. Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης και οι οργανισμοί συλλογικής προστασίας τεκμαίρεται ότι έχουν την αρμοδιότητα διαχείρισης ή προστασίας των δικαιωμάτων επί όλων των έργων ή των αντικειμένων προστασίας ή όλων των δικαιούχων για τα οποία ή για τους οποίους δηλώνουν εγγράφως ότι έχουν μεταβιβαστεί σε αυτούς οι σχετικές εξουσίες ή τα δικαιώματα εύλογης αμοιβής ή ότι καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα ή μέσω οποιασδήποτε άλλης συμβατικής συμφωνίας.

Εφόσον οργανισμός συλλογικής διαχείρισης που λειτουργεί με άδεια του Υπουργού Πολιτισμού και Αθλητισμού, ασκεί δικαιώματα ή αξιώσεις στο πλαίσιο του ν. 2121/1993, τα οποία υπόκεινται σε υποχρεωτική συλλογική διαχείριση, τεκμαίρεται ότι εκπροσωπεί όλους ανεξαιρέτως τους δικαιούχους, ημεδαπούς και αλλοδαπούς και όλα ανεξαιρέτως τα έργα τους. Εάν στην περίπτωση του προηγούμενου εδαφίου, υφίστανται περισσότεροι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης για μία συγκεκριμένη κατηγορία δικαιούχων, το τεκμήριο ισχύει, εφόσον τα δικαιώματα ασκούνται από κοινού από όλους τους αρμόδιους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του ν. 2121/1993.

Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης [...] νομιμοποιούνται να ασκούν όλα τα δικαιώματα που έχουν μεταβιβαστεί σε αυτούς από τον δικαιούχο ή που καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα ή από οποιαδήποτε άλλη συμβατική συμφωνία.»

15. Όπως αναφέρεται αναλυτικά και στο ιστορικό της παρούσας, 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 ΕΑΠ στο έγγραφο παροχής συμπληρωματικών στοιχείων, «ο ΟΣΔΕΛ δραστηριοποιείται και στην Κύπρο, όπου δεν υπάρχει αντίστοιχος ΟΣΔ για τα έργα λόγου».

² Απόφ. Ελ.Συν. 33/2010 Τμ. VII, ΔΕΚ C-328/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας.

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 συγγενικό δικαίωμα των εκδοτών εντύπων [...] στον οποίο έχει χορηγηθεί από το Υπουργείο Πολιτισμού η έγκριση ν. 4481/2017, λειτουργίας του (...) 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».

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 που 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 μεταβιβαστεί καταπιστευματικά ή με σύμβαση πληρεξουσιότητας, προς τον σκοπό συλλογικής διαχείρισης ή/ και προστασίας.

Με τα δεδομένα αυτά, 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.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει των προεκτεθέντων, η Επιτροπή **ομόφωνα** αποφασίζει:

Την Παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' υποπερ. γγ' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης χορήγησης άδειας διάθεσης τμημάτων έργων του λόγου, για τις ανάγκες των φοιτητών του (ακαδημαϊκού έτους 2022-2023), εκτιμώμενης αξίας 298.003,28 ευρώ πλέον ΦΠΑ, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 31.05.2023

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκάτου