

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-1-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) /56 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 1/10, της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία, «», με έδρα στη, οδός αριθ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΜΕΤΑΦΟΡΕΣ-ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΙΒΑΤΩΝ ΚΑΙ ΦΟΡΤΙΟΥ Α.Ε.» και το διακριτικό τίτλο «ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ», που εδρεύει στην Αθήνα, οδός Καρόλου 1-3, και εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με τον διακριτικό τίτλο, που εδρεύει στην,, αριθ....., και

Κατά της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με τον διακριτικό τίτλο, που εδρεύει στην, οδός, αριθ.....

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν: ι) η από 10-1-2018 απόφαση της Επιτροπής Διαγωνισμού με την οποία αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της από την συνέχεια του διαγωνισμού και ιι) «η από 18-1-2018 συμπροσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης με την οποία αποφασίστηκε η πρόκριση των εταιρειών» στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, δηλαδή, στην επόμενη φάση του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαρισμού συρμών και χώρων της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ.

Με τις παρεμβάσεις τους ο μεν πρώτος παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση των προσβαλλόμενων πράξεων και την απόρριψη της προσφυγής

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ο δε δεύτερος παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής κατά το μέρος που θίγει την προσφορά του στον διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.215 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 187075453958 0323 0058, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος της 22-1-2018, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «πληρωμένο» και τη σχετική βεβαίωση της αρμόδιας υπαλλήλου της ΑΕΠΠ περί ελέγχου και δέσμευσής του από την Υπηρεσία).

2. Επειδή, με την από «*Νοέμβριος 2017*» με αριθμό Δ-1774/17/17 Διακήρυξη της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου παροχής καθαρισμού των συρμών Ανατ. Μακεδονίας και Θράκης, καθώς και των χώρων που χρησιμοποιεί η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ στα Δίκαια και στο μηχανοστάσιο Αλεξανδρούπολης, για συνολικό χρονικό διάστημα τριών ετών, με αρχική διάρκεια ενός έτους, δυναμένη να ανανεώνεται ανά έτος για ένα ακόμη έτος και έως τρία έτη, συνολικού προϋπολογισμού έως 243.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 17PROC002256586/16-11-2018, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 50138.

4. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα, και οι παρεμβαίνοντες με τις προσφορές υπ' αριθ. 81968, 84162 και 83319 αντίστοιχα.

5. Επειδή την 10-1-2018 η Επιτροπή Διαγωνισμού της ΤΡΑΙΝΟΣΕ εξέδωσε απόφαση με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης : 163/2018

6. Επειδή την 18-1-2018 η Επιτροπή Διαγωνισμού της ΤΡΑΙΝΟΣΕ εξέδωσε απόφαση με την οποία προκρίθηκαν οι δύο παρεμβαίνοντες *«στην επόμενη φάση του διαγωνισμού που είναι το άνοιγμα των Υποφακέλων των Οικονομικών Προσφορών»*.

7. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή ασκήθηκε με ανάρτηση την 22-1-2018 μέσω της *«Επικοινωνίας»* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή την 23-1-2018 η ΤΡΑΙΝΟΣΕ κοινοποίησε, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016, και στην παρ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, την υπό εξέταση προσφυγή στους λοιπούς συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή την 26-1-2018, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθ. Πρωτ. 6224/18/17/26-1-2018 απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή ομοίως στις 26-01-2018 ο πρώτος παρεμβαίνων ανάρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της *«Επικοινωνίας»* την παρέμβασή του την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ η ΤΡΑΙΝΟΣΕ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και η οποία τιτλοφορείται ως *«Υπόμνημα»*.

11. Επειδή την 1-2-2018 η αναθέτουσα αρχή ανέστειλε την συνέχιση του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, με έγγραφό της που κοινοποίησε αυθημερόν, με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

12. Επειδή στις 2-2-2018 ο δεύτερος παρεμβαίνων ανάρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της *«Επικοινωνίας»* την με αριθμό

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ44 παρέμβαση την οποία απέστειλε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

13. Επειδή περαιτέρω, απεστάλη ι) προς την ΤΡΑΙΝΟΣΕ, σύμφωνα με το άρθ. 12 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017, το με αριθ. 473/22-2-2018 έγγραφο της Εισηγήτριας περί παροχής διευκρινίσεων και ιι) το με αριθ. 62/22-2-2018 έγγραφο αίτημα συνδρομής εκ μέρους ετέρων Αρχών του Προέδρου της ΑΕΠΠ προς το ΤΑΙΠΕΔ και το Υπουργείο Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων.

14. Επειδή, σε απάντηση των ανωτέρω εγγράφων ι) η ΤΡΑΙΝΟΣΕ με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 26-2-2018, τις με αριθ. Πρωτ. 16.016/18/Δ2/26-2-2018 απόψεις με συνημμένα έγγραφα επί της νομικής φύσης της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, και ιι) το ΤΑΙΠΕΔ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου 1-3-2018 απέστειλε στην ΑΕΠΠ, το με αριθ. Πρωτ. 34375/28-2-2018 έγγραφο, και ιιι) το ΥΠΥΜΕΔ διαβίβασε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 26-2-2018, τα έγγραφα που είχε κοινοποιήσει ως άνω υπό ι) η ΤΡΑΙΝΟΣΕ.

15. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή εισήχθη προς κρίση βάσει των με αριθ. Πρωτ. 239/24-1-2018 και 238/24-1-2018 74 Πράξεων της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου περί κλήσης της αναθέτουσας αρχής να καταθέσει τις απόψεις της και περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής αντίστοιχα.

16. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, και ίδια σύμφωνα με το κεφάλαιο «Εισαγωγή», πρώτο bullet, όροι 5.2, 6.1, 3.1 στ) δεύτερο bullet, 3.2 στ) δεύτερο bullet, 3.3, 6.7.1, 6.7.2 δεύτερο bullet, 6.9, 9.3 δ), 11, 12, 15, Τεύχος Τεχνική Συγγραφή Υποχρεώσεων όρος 5 xxv τρίτο bullet, 20, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε ΠΕΡΙΛΗΠΤΙΚΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ πρώτη παράγραφος, ο διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)».

Αριθμός απόφασης : 163/2018

18. Επειδή η ΤΡΑΙΝΟΣΕ είναι ανώνυμη εταιρεία, που διέπεται από τις διατάξεις του Κ.Ν. 2190/1920, ως ισχύουν, το καταστατικό της οποίας είναι καταχωρημένο στο ΓΕΜΗ σύμφωνα με την με αριθ. Πρωτ. 951282/13-10-2017 Ανακοίνωση καταχώρισης του ΕΒΕΑ, Τμήμα Μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ.

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 2 του καταστατικού της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ο σκοπός της είναι η «α. Η παροχή υπηρεσιών έλξης για την σιδηροδρομική μεταφορά εμπορευμάτων και επιβατών β. Η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση αστικών, προαστιακών, περιφερειακών, υπεραστικών και διεθνών επιβατικών και εμπορευματικών σιδηροδρομικών μεταφορών, καθώς και μεταφορών με πάσης φύσεως με συστήματα σταθερής τροχιάς γ. Η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση αστικών, προαστιακών, περιφερειακών, υπεραστικών και διεθνών λεωφορειακών επιβατικών και εμπορευματικών μεταφορών, στη ημεδαπή ή στην αλλοδαπή. δ. Η ίδρυση και λειτουργία γραφείων γενικού τουρισμού της αλλοδαπής ή της ημεδαπής, καθώς και η πρακτόρευση μεταφορικών εταιρειών και γραφείων γενικού τουρισμού. ε. Η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών διαχείρισης εφοδιαστικής αλυσίδας (logistics) , καθώς και κάθε δραστηριότητα σχετιζόμενη με τη διαχείριση εφοδιαστικής αλυσίδας, όπως ενδεικτικώς, η πρακτόρευση, φύλαξη, διαλογή, ποιοτικός έλεγχος, ετικετοκόλληση, παλετοποίηση και κατασκευή, αγορά ή μίσθωση και διατήρηση των απαιτούμενων εγκαταστάσεων (όπως ενδεικτικώς αποθηκών και ειδικών κατασκευών), καθώς και κάθε είδους εξοπλισμού (όπως ενδεικτικώς οχημάτων, μηχανημάτων και λογισμικού) για την παροχή των υπηρεσιών εφοδιαστικής αλυσίδας και των συναφών υπηρεσιών. στ. Η οργάνωση, εκμετάλλευση και παροχή υπηρεσιών κατάκλισης και εστίασης επιβατών. ζ. Η οργάνωση και λειτουργία εργασιών κατασκευής, επισκευής και συντήρησης του τροχαίου υλικού. η. Η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση μεταφορών οι οποίες αποσκοπούν στη βελτίωση της συμπληρωματικότητας του συστήματος μεταφορών της χώρας και στην αρτιότερη εξυπηρέτηση του κοινού. θ. Η ανάπτυξη κάθε άλλης δραστηριότητας που αποσκοπεί στην ανάπτυξη του μεταφορικού έργου και την άρτια εξυπηρέτηση του κοινού, όπως η παροχή υπηρεσιών τουριστικού χαρακτήρα, η εκτέλεση διαμεταφορικού έργου, η θέση

Αριθμός απόφασης : 163/2018

σε λειτουργία και η εκμετάλλευση τηλεπικοινωνιακού δικτύου, η κατασκευή έργων σχετικών με την εκπλήρωση του σκοπού της. ι. Η παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών και η εκπόνηση μελετών σχετικών με τις δραστηριότητες της. ια. Η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών τουριστικών λεωφορείων. ιβ. Η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών οδικών εμπορευματικών μεταφορών. ιγ. Η διενέργεια κάθε άλλης συναφούς εργασίας ή δραστηριότητας άμεσα ή έμμεσα σχετιζόμενης με το σκοπό της Εταιρείας, όπως αυτός οριοθετείται με το παρόν και τη σχετική νομοθεσία, για την οποία ήθελε αποφασίσει νομίμως το Διοικητικό Συμβούλιο.»

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 346 παρ. 1 ν. 4412/2016 «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360.....». Και περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 1 παραγρ. 1 και 2 ν. 4412/2016 «1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών_και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/EK ... 2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338)...»

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 223 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 «1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου....4. Ως οργανισμοί δημοσίου δικαίου νοούνται οργανισμοί που έχουν τα ακόλουθα χαρακτηριστικά : α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα β) έχουν νομική προσωπικότητα και γ) χρηματοδοτούνται κατά το μεγαλύτερο μέρος, από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 222 του ν. 4412/2016 «Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών.... 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. »

Αριθμός απόφασης : 163/2018

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 231 του ν. 4412/2016 « 1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τράμ, τρόλλει, λεωφορεία ή καλώδιο. Όσον αφορά τις υπηρεσίες μεταφορών, θεωρείται ότι υφίσταται δίκτυο όταν η υπηρεσία παρέχεται με όρους που ορίζονται από την αρμόδια εποπτική αρχή, όπως όροι που αφορούν τα δρομολόγια, τη διαθέσιμη μεταφορική ικανότητα ή τη συχνότητα παροχής της υπηρεσίας. 2. Το παρόν Βιβλίο δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις υπηρεσιών για την παροχή δημόσιων επιβατικών μεταφορικών υπηρεσιών με σιδηρόδρομο ή μετρό, η ανάθεση των οποίων διέπεται από τις διατάξεις του Κανονισμού (ΕΚ_ 1370/2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου. »

25. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 224 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234·β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας. 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόμενη επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόμενη επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης. 3. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα»

Αριθμός απόφασης : 163/2018

νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα. Τα δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και στην περίπτωση που η εκχώρηση των εν λόγω δικαιωμάτων βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου. Οι διαδικασίες αυτές περιλαμβάνουν: α) διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221), το ν. 3978/2011, τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ ή το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338)· β) διαδικασίες, σύμφωνα με άλλες νομοθετικές πράξεις της Ένωσης, που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β', οι οποίες διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση αντικειμενικά κριτήρια.» Και περαιτέρω, σύμφωνα με το Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β του ν. 4412/2016 «Τα δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και εφόσον η εκχώρηση βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια δεν συνιστούν «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» κατά την έννοια του άρθρου 224. Ακολουθεί ένας κατάλογος με διαδικασίες που διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση άλλες νομοθετικές πράξεις της 8092 ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ Τεύχος Α 1 47/08.08.2016 Ένωσης που δεν συνιστούν «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» κατά την έννοια του άρθρου 224 της παρούσας Οδηγίας: ε) δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών κατά την έννοια του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1370/2007 για την παροχή υπηρεσιών μεταφοράς επιβατών με λεωφορείο, τραμ, σιδηρόδρομο ή μετρό, οι οποίες έχουν ανατεθεί βάσει διαγωνιστικής διαδικασίας, σύμφωνα προς το άρθρο 5 παρ. 3 αυτού, υπό την προϋπόθεση ότι η χρονική του διάρκεια συνάδει με το άρθρο 4 παρ. 3 ή 4 του ανωτέρω κανονισμού.»

Αριθμός απόφασης : 163/2018

26. Επειδή η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ιδρύθηκε ως θυγατρική εταιρεία, από τον ΟΣΕ με βάση τις διατάξεις του ν.δ. 674/1970, και των καταργηθέντων πδ 324/96, 76/98 και 180/98, και αναδιαρθρώθηκε σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3891/2010 «Αναδιάρθρωση κλπ του ομίλου ΟΣΕ και ΤΡΑΙΝΟΣΕ». Τα μεν πδ 324/96, 76/98 και 180/98 ήδη καταργήθηκαν δυνάμει του άρθ. 48 του πδ 41/2005 «Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με τις οδηγίες 91/440/ΕΟΚ και 95/18/ΕΚ όπως τροποποιήθηκαν με τις οδηγίες 2001/12/ΕΚ και 2001/13/ΕΚ, αντιστοίχως και της οδηγίας 2001/14/ΕΚ για την` ανάπτυξη των Κοινοτικών σιδηροδρόμων, τις άδειες σε σιδηροδρομικές επιχειρήσεις, την κατανομή της χωρητικότητας των σιδηροδρομικών υποδομών και τις χρεώσεις για τη χρήση σιδηροδρομικής υποδομής και την πιστοποίηση ασφάλειας, και κατάργηση των π.δ./των 324/1996, 76/1998 και 180/1998" (ΦΕΚ 60 Α`), Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 2 περ. στ` του ν.δ. 674/1970 «1. Ο Ο.Σ.Ε. τηρουμένων των διατάξεων του παρόντος και της περί ανωνύμων εταιρειών νομοθεσίας, έχει τα εξής δικαιώματα: ... 2. στ.Επίσης, να ιδρύει ή να συμμετέχει σε τουριστικές ή άλλες επιχειρήσεις, εταιρείες ή κοινοπραξίες με αντικείμενο πρόσθετες υπηρεσίες πλέον του βασικού σιδηροδρομικού έργου (υποδομή, έλξη, εκμετάλλευση), που ασκείται από τον Ο.Σ.Ε. Οι ως άνω επιχειρήσεις ή εταιρείες που ιδρύει ο Ο.Σ.Ε. λειτουργούν για χάρη του δημόσιου συμφέροντος ως επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας και εποπτεύονται από τον Υπουργό Μεταφορών και Επικοινωνιών, όπως και ο Ο.Σ.Ε. Διέπονται από τις διατάξεις του κωδικοποιημένου νόμου 2190/1920, όπως κάθε φορά ισχύει, και τις διατάξεις που διέπουν τους Οργανισμούς ή τις επιχειρήσεις του ευρύτερου δημόσιου τομέα.» Ως ad hoc κρίθηκε παλαιότερα με την ΣτΕ 27/2015 « Η εταιρία ιδρύθηκε στις 19.12.2005 από τον Οργανισμό Σιδηροδρόμων Ελλάδος Α.Ε. (ΟΣΕ Α.Ε.) - ο οποίος περιλαμβάνεται μεταξύ των φορέων που μνημονεύονται στο Παράρτημα IV της οδηγίας 2004/17/ΕΚ - με βάση τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ.2 περ. στ` του ν.δ. 674/1970 (Α`192) ως θυγατρική εταιρία του Οργανισμού αυτού σε ποσοστό 100% (βλ. 39492/2005 απόφαση Νομάρχη Αθηνών περί αδείας σύστασης της εταιρίας και έγκρισης του καταστατικού της, ΕτΚ τεύχος Α.Ε. ΚΑΙ Ε.Π.Ε. 12948/20.12.2005). Από την 1.1.2007 η ΤΡΑΙΝΟΣΕ Α.Ε. ανέλαβε τη λειτουργία και εκμετάλλευση όλων των μεταφορών (επιβατικών, εμπορικών

Αριθμός απόφασης : 163/2018

κ.λπ.) με τη χρήση τροχαίου υλικού που της παραχωρούσε ο ΟΣΕ Α.Ε. (βλ. 39360/2006 απόφαση Νομάρχη Αθηνών, ΕτΚ τεύχος ΑΕ και ΕΠΕ 169/9.1.2007), ενώ στις 13.7.2007 η ΤΡΑΙΝΟΣΕ Α.Ε. απορρόφησε με συγχώνευση την ανώνυμη εταιρία ΠΡΟΑΣΤΙΑΚΟΣ Α.Ε. (βλ. 23797/2007 απόφαση Νομάρχη Αθηνών, ΕτΚ τεύχος Α.Ε. και Ε.Π.Ε. 8418/20.7.2007). Περαιτέρω, με την 60201/ΕΓΔΕΚΟ 1964/19.12.2008 κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών, Ανάπτυξης, Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας και Μεταφορών και Επικοινωνιών (Β'2602) εγκρίθηκε η μεταβίβαση από τον ΟΣΕ Α.Ε. προς το Ελληνικό Δημόσιο του συνόλου των μετοχών που ο Οργανισμός αυτός κατείχε στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ Α.Ε. Με την 232/5.4.2013 απόφαση της Διυπουργικής Επιτροπής Αναδιρθρώσεων και Αποκρατικοποιήσεων (Β'803) το σύνολο των μετοχών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ Α.Ε., κυριότητας του Ελληνικού Δημοσίου, μεταβιβάστηκε στο Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (ΤΑΙΠΕΔ), το οποίο, κατά τον ν.3986/2011, είναι νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου που λειτουργεί για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και ανήκει εξ ολοκλήρου στο Κράτος.»

27. Επειδή σύμφωνα με το Παράρτημα V, άρθ. 26 του ν. 4046/2012 Μνημόνιο 2 Σύμβαση PSI : «Για να προχωρήσει η διαδικασία ιδιωτικοποιήσεων το 2012, θα λάβουμε ένα αριθμό μέτρων: Μεταφορά περιουσιακών στοιχείων στο ταμείο αποκρατικοποιήσεων (ΤΑΙΠΔ). Έως το τέλος Μαρτίου 2012, όλα τα περιουσιακά στοιχεία που περιέχονται στο ΜΠΔΣ θα μεταβιβαστούν, πλην των τραπεζικών μετοχών και των περιουσιακών στοιχείων που επιφέρουν απώλεια τα οποία το ΤΑΙΠΔ δεν μπορεί να χρηματοδοτήσει πριν την ιδιωτικοποίησή τους (ΤΡΑΙΝΟΣΕ, ΕΛΒΟ, ΕΑΣ).....Οι μετοχές που έχουν ήδη μεταβιβαστεί ή πρόκειται σύντομα να μεταβιβαστούν στο ΤΑΙΠΔ θα λάβουν πλήρη δικαιώματα ψήφου ώστε το Ταμείο να μπορεί να κάνει όλες τις αναγκαίες αλλαγές για την γρήγορη ιδιωτικοποίηση κάθε περιουσιακού στοιχείου.» Και περαιτέρω, σύμφωνα με την ΥΑ 232/2013 «Μεταφορά μετοχών και δικαιωμάτων ψήφου σε ποσοστό 100% της ΤΡΑΙΝΟΣΕ (ΦΕΚ Β 803/5-4-2013)» : « 1. Μεταβιβάζονται και περιέρχονται κατά πλήρη κυριότητα και χωρίς αντάλλαγμα στην Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία ΤΑΜΕΙΟ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΙΔΙΩΤΙΚΗΣ ΠΕΡΙΟΥΣΙΑΣ

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ δυο εκατομμύρια εκατόν τριάντα χιλιάδες τετρακόσιες τριάντα τέσσερις (2130.434) μετοχές, μετά των δικαιωμάτων ψήφου που αυτές ενσωματώνουν, της εταιρίας ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΜΕΤΑΦΟΡΕΣ ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΙΒΑΤΩΝ ΚΑΙ ΦΟΡΤΙΟΥ ΑΝΩΝΥΜΗ ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, κυριότητας του Δημοσίου, οι οποίες αντιστοιχούν σε ποσοστό 100% επί του μετοχικού της κεφαλαίου και περιλαμβάνονται στο Πρόγραμμα Αποκρατικοποιήσεων του Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2012-2015 (Ν. 3985/2010, ΦΕΚ Α 151), όπως αυτό επικαιροποιήθηκε με το Ν. 4046/2012 (ΦΕΚ Α 28). » Και σύμφωνα με το άρθ. 4.4 «Ιδιωτικοποίηση» της παραγράφου Γ «ΣΥΜΦΩΝΙΑ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΩΝ ΣΤΟΧΩΝ ΚΑΙ ΔΙΑΡΘΡΩΤΙΚΩΝ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΕΩΝ Ελλάδα Μνημόνιο Συνεννόησης για τριετές πρόγραμμα του ΕΜΣ» του άρθ. 3 του ν. 4336/2015 «Μνημόνιο 3 Σύμβαση οικονομικής ενίσχυσης από ΕΜΣ» : « Ως προαπαιτούμενο και για να κινηθεί εκ νέου το πρόγραμμα ιδιωτικοποιήσεων η κυβέρνηση θα λάβει τα εξής μέτρα: ii. Η κυβέρνηση και το ΤΑΙΠΕΔ θα εξαγγείλουν δεσμευτικές ημερομηνίες υποβολής προσφοράς για τους λιμένες Πειραιά και Θεσσαλονίκης το αργότερο έως τα τέλη Οκτωβρίου 2015 και για την ΤΡΑΙΝΟΣΕ ROSCO, χωρίς ουσιώδεις αλλαγές στους όρους του διαγωνισμού. »

28. Επειδή σύμφωνα με το με αριθ. 34375/28-2-2018 έγγραφο του ΤΑΙΠΕΔ, « με την από 18-1-2017 σύμβαση αγοραπωλησίας μετοχών...το ...ΤΑΙΠΕΔ δεσμεύτηκε να μεταβιβάσει στην εταιρεία *Ferrovie dello stato Italiano Spa FSI*, το σύνολο του μετοχικού κεφαλαίου της ΤΡΑΙΝΟΣΕ. Η μεταβίβαση των μετοχών έλαβε χώρα, μετά την λήψη των απαραίτητων ρυθμιστικών εγκρίσεων, την 14-9-2017...» Και σύμφωνα με το με αριθ. Πρωτ. 32388/21-9-2017 έγγραφο του ΤΑΙΠΕΔ, μετά την μεταβίβαση «στις 14-9-2017 ολοκληρώθηκε η πώληση και μεταβίβαση του 100% των μετοχών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ από το ΤΑΙΠΕΔ στην εταιρεία *Ferrovie dello stato Italiano Spa FSI*, και πλέον ο μοναδικός μέτοχος της εταιρείας είναι η *FSI*».

29. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 12 «Ανάθεση Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας (ΥΔΥ)» του ν. 3891/2010, όπως τούτο τροποποιήθηκε ίδια με το άρθ. 17 του ν. 4337/2015 «Μέτρα εφαρμογής Μνημονίου 3», το άρθ. 86 παρ. 4 α' του ν. 4199/2013, το άρθ. 38 παρ. 3 ν. 4053/2012, το άρθ. 86 παρ. 4 β

Αριθμός απόφασης : 163/2018

του ν. 4199/2013, το άρθ. 45 παρ. 4 του ν. 4313/2014 : «Άρθρο 12 Ανάθεση Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας (ΥΔΥ) 1. Σε περίπτωση που δεν υποβάλλονται αιτήματα στον Διαχειριστή Υποδομής από σιδηροδρομικές επιχειρήσεις για τη διενέργεια επιβατικού δρομολογίου ή τα αιτήματα που έχουν υποβληθεί δεν ανταποκρίνονται στις ανάγκες περιφερειακής εξυπηρέτησης των επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών, είναι δυνατή η σύναψη σύμβασης με την οποία ανατίθεται η εκτέλεση σιδηροδρομικού επιβατικού δρομολογίου ως Υποχρέωση Δημόσιας Υπηρεσίας (ΥΔΥ). 2. Η σύναψη συμβάσεων ΥΔΥ στις επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές εγκρίνονται από τη Ρυθμιστική Αρχή Επιβατικών Μεταφορών (Ρ.Α.Ε.Μ.) σύμφωνα με τις διατάξεις του Κανονισμού 1370/2007/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Οκτωβρίου 2007, «για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές και την κατάργηση των Κανονισμών του Συμβουλίου (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 και (ΕΟΚ) αριθ. 1107/70» (ΕΕ L 315/9.12.2007). 3. Με απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως δύναται να εξειδικεύεται η διαδικασία διαγωνισμού, το περιεχόμενο, τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, οι τεχνικοί και οικονομικοί όροι, ο τρόπος υπολογισμού της αντιστάθμισης και κάθε απαραίτητη λεπτομέρεια για τη σύναψη συμβάσεων ΥΔΥ στις επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές. 4. Οι λογαριασμοί που αντιστοιχούν σε καθεμία από τις άνω υποχρεώσεις δημόσιας υπηρεσίας είναι ξεχωριστοί και τα αντίστοιχα στοιχεία του ισολογισμού κατανέμονται σύμφωνα με τους παραδεδεδεγμένους λογιστικούς κανόνες. Οι δαπάνες που αντιστοιχούν σε καθεμία από τις ως άνω ΥΔΥ ισοσκελίζονται από τα έσοδα εκμετάλλευσης και από τις καταβολές δυνάμει της σύμβασης ΥΔΥ, χωρίς να είναι δυνατή η μεταφορά πόρων από ή προς άλλον τομέα της δραστηριότητας της σιδηροδρομικής επιχείρησης. Τα προαναφερόμενα στοιχεία ισολογισμού σχετικά με τις συμβάσεις ΥΔΥ μπορούν να εξειδικεύονται περαιτέρω με απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. 5. Για τους σκοπούς της πρώτης εφαρμογής των διατάξεων της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου, οι αρμόδιες υπηρεσίες προβαίνουν στην κατάλληλη προεργασία ώστε να καταστεί δυνατή η υπογραφή συμβάσεων ανάθεσης ΥΔΥ έως την 31.12.2010. 6. Το συνολικό

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ποσό αποζημιώσεων για ΥΔΥ στις επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές δεν μπορεί να υπερβαίνει το ποσό των πενήντα εκατομμυρίων (50.000.000) ευρώ ετησίως για τα έτη 2011, 2012 και 2013 και προκαταβάλλεται ανά μήνα. Φόροι, εισφορές υπέρ τρίτων και κρατήσεις για οποιαδήποτε αιτία που σχετίζεται με την αποζημίωση του προηγούμενου εδαφίου, πλην του οικείου φόρου εισοδήματος, βαρύνουν το Ελληνικό Δημόσιο. Μετά τη χρονική περίοδο που αναφέρεται στο πρώτο εδάφιο, το επίπεδο του συνολικού ετήσιου ποσού αποζημιώσεων για ΥΔΥ θα συμφωνεί πλήρως με την ελληνική και κοινοτική νομοθεσία για τις κρατικές ενισχύσεις και τον έλεγχο και εκτέλεση των δημοσιονομικών του Κράτους. 7.α. Η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ στις επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές για τα έτη 2015 έως και 2020 ανατίθεται στην εταιρεία ΤΡΑΙΝΟΣΕ Α.Ε. Το συνολικό ποσό αποζημιώσεων της ΤΡΑΙΝΟΣΕ από το Δημόσιο για την εκτέλεση υπηρεσιών ΥΔΥ δεν μπορεί να υπερβεί το ποσό των πενήντα εκατομμυρίων (50.000.000) ευρώ ετησίως για τα έτη 2015 έως 2020. Φόροι, εισφορές υπέρ τρίτων και κρατήσεις για οποιαδήποτε αιτία που σχετίζεται με την αποζημίωση του προηγούμενου εδαφίου, πλην του οικείου φόρου εισοδήματος, βαρύνουν το Ελληνικό Δημόσιο.» β. Εξαιρετικά για το έτος 2014, η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ, διενεργείται, σύμφωνα με τις προβλέψεις της, από 23.7.2012, υπογραφείσας σύμβασης μεταξύ Ελληνικού Δημοσίου και ΤΡΑΙΝΟΣΕ για την παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ τα έτη 2011-2013, η διάρκεια της οποίας παρατείνεται μέχρι τις 31.12.2014 γ. Η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ για τα έτη 2016 έως και 2020, διενεργείται, σύμφωνα με τις προβλέψεις σύμβασης που υπογράφεται μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου εκπροσωπούμενου από τους Υπουργούς Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ με την οποία ορίζεται μεταξύ άλλων το εύρος των παρεχόμενων υπηρεσιών, τα δρομολόγια που καλύπτονται από τη σύμβαση, η μεθοδολογία υπολογισμού της αποζημίωσης της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, ο τρόπος παρακολούθησης της εκτέλεσης της σύμβασης, οι μηχανισμοί ελέγχου και κάθε άλλο σχετικό θέμα. Για την υπογραφή της σύμβασης δεν απαιτείται η έγκριση της παραγράφου 2. δ) Μετά το έτος 2020, η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ στις επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές, ανατίθεται από τη Ρ.Α.Ε.Μ. με διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 του Κανονισμού 1370/2007 μέσω περισσότερων

Αριθμός απόφασης : 163/2018

συμβάσεων ΥΔΥ, οι οποίες περιορίζονται σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιφέρεια ή συγκεκριμένη διαδρομή. Το αντικείμενο των ειδικότερων συμβάσεων ΥΔΥ καθορίζεται από τη Ρ.Α.Ε.Μ., λαμβάνοντας υπόψη τις περιφερειακές ανάγκες μεταφοράς επιβατών και την ανάγκη εξασφάλισης της επιβατικής σιδηροδρομικής μεταφοράς μεταξύ συγκεκριμένων περιοχών. ε) Εξαιρετικά για το έτος 2015, η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ διενεργείται, σύμφωνα με τις προβλέψεις της, από 23.7.2012, υπογραφείσας σύμβασης μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και ΤΡΑΙΝΟΣΕ για την παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ τα έτη 2011-2013, η διάρκεια της οποίας παρατείνεται μέχρι τις 31.12.2015.»

30. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 1, 5, 6 και 12 του ν. 4408/2016 «Δημιουργία ενιαίου ευρωπαϊκού σιδηροδρομικού χώρου (Εναρμόνιση με Οδηγία 2012/34/ΕΕ του ΕΚ και του Συμβουλίου της 21^{ης} Νοεμβρίου 2012)»: «Άρθρο 1 Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (Άρθρο 1 της Οδηγίας 2012/34/ΕΕ).....2. Ο παρών Νόμος εφαρμόζεται για τη χρήση της σιδηροδρομικής υποδομής για εγχώριες (domestic) και διεθνείς σιδηροδρομικές υπηρεσίες (services). 3. Με τον παρόντα νόμο θεσπίζονται: α) Οι κανόνες που διέπουν τη διαχείριση της σιδηροδρομικής υποδομής και τις δραστηριότητες σιδηροδρομικών μεταφορών των σιδηροδρομικών επιχειρήσεων οι οποίες είναι εγκατεστημένες ή πρόκειται να εγκατασταθούν σε κράτος-μέλος, όπως οι κανόνες αυτοί ορίζονται στο Κεφάλαιο II (άρθρα 4 έως 15), γ) οι αρχές και οι διαδικασίες που εφαρμόζονται για τον καθορισμό και την είσπραξη τελών σιδηροδρομικής υποδομής, καθώς και την κατανομή της χωρητικότητας σιδηροδρομικής υποδομής όπως ορίζονται στο Κεφάλαιο IV (άρθρα 26 έως 57)..... Άρθρο 5 Διαχείριση των σιδηροδρομικών επιχειρήσεων βάσει των αρχών της αγοράς (Άρθρο 5 της Οδηγίας 2012/34/ΕΕ) 1. Οι σιδηροδρομικές επιχειρήσεις προσαρμόζουν τις δραστηριότητές τους στην αγορά και τις διαχειρίζονται υπ` ευθύνη των διευθυντικών τους οργάνων, με σκοπό την παροχή αποτελεσματικών και κατάλληλων υπηρεσιών μεταφορών με το χαμηλότερο δυνατό κόστος για την απαιτούμενη ποιότητα εξυπηρέτησης. Η διαχείριση των σιδηροδρομικών επιχειρήσεων πρέπει να γίνεται με βάση τις αρχές που εφαρμόζονται στις εμπορικές εταιρείες ανεξαρτήτως του ιδιοκτησιακού καθεστώτος τους. Αυτό

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ισχύει ακόμη και όσον αφορά τις υποχρεώσεις δημόσιας υπηρεσίας που τους επιβάλλουν οι αρμόδιες αρχές, όπως αυτές ορίζονται από τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 12 του Ν. 3891/2010 (Α` 188), όπως ισχύει, καθώς και τις συμβάσεις δημόσιας υπηρεσίας που συνάπτουν με τις εν λόγω αρχές. 2. Οι σιδηροδρομικές επιχειρήσεις καταρτίζουν τα προγράμματα δραστηριοτήτων τους, συμπεριλαμβανομένων των επενδυτικών και χρηματοδοτικών σχεδίων τους. Τα προγράμματα αυτά καταρτίζονται με στόχο να επιτυγχάνεται η οικονομική ισορροπία των επιχειρήσεων και να υλοποιούνται άλλοι στόχοι τεχνικής, εμπορικής και οικονομικής διαχείρισης. Επιπλέον, στα εν λόγω προγράμματα πρέπει να αναφέρονται τα μέσα επίτευξης αυτών των στόχων.

3. Με βάση τις κατευθυντήριες γραμμές γενικής πολιτικής που καθορίζουν τα αρμόδια Υπουργεία και λαμβανομένων υπόψη των εθνικών σχεδίων ή συμβάσεων (ενδεχομένως πολυετών), συμπεριλαμβανομένων των επενδυτικών και χρηματοδοτικών προγραμμάτων, οι σιδηροδρομικές επιχειρήσεις είναι ελεύθερες ιδίως: α) Να καθορίζουν την εσωτερική τους οργάνωση, με την επιφύλαξη των διατάξεων των άρθρων 7, 29 και 39 του παρόντος Νόμου, β) να ελέγχουν την προσφορά και την εμπορία των υπηρεσιών μεταφορών και να καθορίζουν τις τιμές τους, γ) να λαμβάνουν αποφάσεις σχετικά με το προσωπικό, τα στοιχεία ενεργητικού και τις προμήθειές τους, δ) να αυξάνουν το μερίδιο της αγοράς που τους ανήκει, να αναπτύσσουν νέες τεχνολογίες και νέες υπηρεσίες και να υιοθετούν κάθε τεχνική καινοτομία διαχείρισης, ε) να αναλαμβάνουν νέες δραστηριότητες σε τομείς που συνδέονται με τις σιδηροδρομικές δραστηριότητες..... ΤΜΗΜΑ

2 ΔΙΑΧΩΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΤΗΣ ΥΠΟΔΟΜΗΣ ΑΠΟ ΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΗ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑ ΚΑΙ ΤΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΤΥΠΩΝ ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ Άρθρο 6 Λογιστικός διαχωρισμός (Άρθρο 6 της Οδηγίας 2012/34/ΕΕ)3. Για την παροχή υπηρεσιών σιδηροδρομικής μεταφοράς εμπορευμάτων, αφενός, και, αφετέρου, για τις δραστηριότητες που αφορούν την παροχή υπηρεσιών σιδηροδρομικής μεταφοράς επιβατών τηρούνται και δημοσιεύονται χωριστοί λογαριασμοί αποτελεσμάτων χρήσεως και ισολογισμοί. Τα δημόσια κονδύλια τα οποία καταβάλλονται για δραστηριότητες που αφορούν την παροχή υπηρεσιών μεταφοράς ως κοινωφελούς υπηρεσίας, πρέπει να εμφανίζονται χωριστά

Αριθμός απόφασης : 163/2018

σύμφωνα με το άρθρο 7 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1370/2007 στους σχετικούς λογαριασμούς και δεν μεταφέρονται σε δραστηριότητες που αφορούν την παροχή άλλων υπηρεσιών μεταφορών ή οποιαδήποτε άλλα θέματα. 4. Οι λογαριασμοί που αφορούν τους διαφορετικούς τομείς δραστηριότητας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 3 τηρούνται κατά τρόπον που να επιτρέπει την παρακολούθηση της απαγόρευσης της μεταφοράς δημόσιων κονδυλίων από έναν τομέα δραστηριοτήτων σε άλλον και την παρακολούθηση της χρήσης των εσόδων που προέρχονται από τα τέλη υποδομής και των πλεονασμάτων από λοιπές εμπορικές δραστηριότητες..... Άρθρο 12 Εισφορά που επιβάλλεται σε σιδηροδρομικές επιχειρήσεις μεταφοράς επιβατών (Άρθρο 12 της Οδηγίας 2012/34/ΕΕ) 1. Με την επιφύλαξη του άρθρου 11, παράγραφος 2, με απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, κατόπιν εισήγησης της Ρυθμιστικής Αρχής Επιβατικών Μεταφορών του Ν. 4199/2013 (Α` 216), μπορεί, με βάση τους όρους του παρόντος άρθρου, να επιβάλλεται στις σιδηροδρομικές επιχειρήσεις μεταφοράς επιβατών εισφορά για την εκμετάλλευση συνδέσεων οι οποίες πραγματοποιούνται μεταξύ δύο σταθμών της ελληνικής επικράτειας. Στην περίπτωση αυτή, οι σιδηροδρομικές επιχειρήσεις εθνικών ή διεθνών μεταφορών επιβατών υπόκεινται στην ίδια εισφορά για την εκμετάλλευση των συνδέσεων. 2. Σκοπός της εισφοράς είναι η αντιστάθμιση των υποχρεώσεων για την παροχή δημόσιων υπηρεσιών βάσει συμβάσεων παροχής δημοσίων υπηρεσιών που έχουν συναφθεί σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο. Τα έσοδα από τις εισφορές που καταβάλλονται ως αντιστάθμιση δεν μπορούν να υπερβαίνουν το ποσό, το οποίο απαιτείται για την κάλυψη του συνόλου ή μέρους των δαπανών που συνεπάγονται οι συναφείς υποχρεώσεις παροχής δημοσίων υπηρεσιών, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εισπράξεων (receipts) και ενός εύλογου (reasonable) κέρδους για την εκπλήρωση (discharging) αυτών των υποχρεώσεων. 3. Η εισφορά διέπεται από το δίκαιο της Ένωσης, με τήρηση ιδίως των αρχών της δικαιοσύνης, της διαφάνειας, της μη διακριτικής μεταχείρισης και της αναλογικότητας, ιδίως μεταξύ της μέσης τιμής της υπηρεσίας μεταφοράς και του επιπέδου της εισφοράς. Το σύνολο των επιβληθεισών εισφορών κατά την παρούσα παράγραφο δεν πρέπει να θέτει σε κίνδυνο την οικονομική

Αριθμός απόφασης : 163/2018

βιωσιμότητα της υπηρεσίας σιδηροδρομικής μεταφοράς επιβατών για την οποία επιβάλλονται. 4. Το Υπουργείο Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και η Ρυθμιστική Αρχή Επιβατικών Μεταφορών τηρούν τις αναγκαίες πληροφορίες ώστε να διασφαλίζεται η δυνατότητα εντοπισμού της προέλευσης των εισφορών και της χρήσης τους. Το Υπουργείο Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων παρέχει τις πληροφορίες αυτές στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή.»

31. Επειδή σύμφωνα με το Προοίμιο του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1370/2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Οκτωβρίου 2007, για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές και την κατάργηση των κανονισμών του Συμβουλίου (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 και (ΕΟΚ) αριθ. 1107/70 : «ΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟ ΚΑΙ ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ,Εκτιμώντας τα ακόλουθα:.... (3) Το άρθρο 73 της συνθήκης αποτελεί *lex specialis* σε σχέση με το άρθρο 86 παράγραφος 2. Θεσπίζει τους κανόνες που ισχύουν για τις αποζημιώσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας στον τομέα των χερσαίων μεταφορών. (5)..... Οι μηχανισμοί που μπορούν να χρησιμοποιούνται για να εξασφαλιστεί η παροχή δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών περιλαμβάνουν ιδίως: τη χορήγηση αποκλειστικών δικαιωμάτων στους φορείς δημοσίων υπηρεσιών, τη χορήγηση οικονομικής αποζημίωσης στους φορείς δημοσίων υπηρεσιών και τον καθορισμό γενικών κανόνων για την εκμετάλλευση των δημοσίων μεταφορών, οι οποίοι πρέπει να ισχύουν για όλους τους φορείς..... (6) Πολλά κράτη μέλη έχουν εκδώσει νομοθεσία που προβλέπει τη χορήγηση αποκλειστικών δικαιωμάτων και την ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, τουλάχιστον για ένα τμήμα της οικείας αγοράς δημοσίων μεταφορών, με βάση διαφανείς και δίκαιες διαδικασίες διαγωνισμού. Το αποτέλεσμα ήταν ότι αυξήθηκαν αισθητά οι εμπορικές συναλλαγές μεταξύ των κρατών μελών και ότι πολλοί φορείς δημοσίων υπηρεσιών παρέχουν πλέον δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών σε περισσότερα του ενός κράτη μέλη. Ωστόσο, η εξέλιξη των εθνικών νομοθεσιών οδήγησε σε ανομοιότητες στις εφαρμοζόμενες διαδικασίες και δημιούργησε νομική ανασφάλεια όσον αφορά τα δικαιώματα των φορέων δημοσίων υπηρεσιών και τα καθήκοντα των αρμοδίων αρχών. Ο κανονισμός (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 1969, περί των ενεργειών των κρατών μελών που αφορούν τις

Αριθμός απόφασης : 163/2018

υποχρεώσεις που είναι συνυφασμένες με την έννοια της δημόσιας υπηρεσίας στον τομέα των σιδηροδρομικών, οδικών και εσωτερικών πλωτών μεταφορών (4), δεν πραγματοποιείται ούτε τον τρόπο με τον οποίο πρέπει να ανατίθενται στην Κοινότητα οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας ούτε, ιδίως, τις περιστάσεις υπό τις οποίες θα πρέπει να αποτελούν αντικείμενο διαγωνισμού. Για τον λόγο αυτόν, το κοινοτικό νομικό πλαίσιο οφείλει να εκσυγχρονισθεί. (7) Οι πραγματοποιηθείσες μελέτες και οι εμπειρίες κρατών μελών στα οποία ο ανταγωνισμός στον τομέα των δημοσίων μεταφορών υφίσταται από ετών δείχνουν ότι, με τις κατάλληλες διασφαλίσεις, η καθιέρωση ελεγχόμενου ανταγωνισμού μεταξύ φορέων καθιστά τις υπηρεσίες πιο ελκυστικές και καινοτόμες και λιγότερο ακριβές, χωρίς να παρεμποδίζει την εκτέλεση των συγκεκριμένων καθηκόντων που ανατίθενται στους φορείς δημοσίων υπηρεσιών. Το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο υιοθέτησε την προσέγγιση αυτή, στο πλαίσιο της κοινώς γνωστής διαδικασίας της Λισαβόνας, της 28ης Μαρτίου 2000, καλώντας την Επιτροπή, το Συμβούλιο και τα κράτη μέλη, έκαστο εξ αυτών σύμφωνα με τις αντίστοιχες αρμοδιότητές του, «να επισπεύσουν τη φιλελευθεροποίηση σε τομείς όπως οι μεταφορές»..... (9) Προκειμένου να μπορέσουν να οργανώσουν τις υπηρεσίες τους δημοσίων επιβατικών μεταφορών με τρόπο όσο το δυνατόν περισσότερο προσαρμοσμένο στις ανάγκες του κοινού, όλες οι αρμόδιες αρχές πρέπει να είναι σε θέση να επιλέγουν ελεύθερα τους οικείους φορείς δημοσίων υπηρεσιών, λαμβάνοντας υπόψη τα συμφέροντα των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων και υπό τους όρους που προβλέπει ο παρών κανονισμός. Για να εξασφαλισθεί ότι θα εφαρμόζονται οι αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης μεταχείρισης των ανταγωνιζόμενων φορέων και της αναλογικότητας κατά τη χορήγηση αποζημίωσης ή αποκλειστικών δικαιωμάτων, είναι απαραίτητο να καθορίζονται, με σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας μεταξύ της αρμόδιας αρχής και του επιλεγόμενου φορέα δημόσιας υπηρεσίας, τόσο η φύση των υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας όσο και η συμφωνούμενη αμοιβή. Ο τύπος ή ο τίτλος της σύμβασης μπορεί να ποικίλει ανάλογα με τα νομικά συστήματα των κρατών μελών.....(12) Από την άποψη του κοινοτικού δικαίου, δεν έχει σημασία εάν οι δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών παρέχονται από δημόσιες ή από ιδιωτικές επιχειρήσεις. Ο παρών κανονισμός

Αριθμός απόφασης : 163/2018

βασίζεται στην αρχή της ουδετερότητας όσον αφορά το ιδιοκτησιακό καθεστώς, του άρθρου 295 της συνθήκης, στην αρχή της ελευθερίας των κρατών μελών να ορίζουν τις υπηρεσίες γενικού συμφέροντος, του άρθρου 16 της συνθήκης, και στις αρχές της επικουρικότητας και της αναλογικότητας, του άρθρου 5 της συνθήκης.....(15) Οι μακρόχρονες συμβάσεις μπορούν να οδηγήσουν σε εμπόδια προς την είσοδο στην αγορά επί μεγαλύτερο από το απαιτούμενο χρονικό διάστημα, αποδυναμώνοντας έτσι τα οφέλη που αποφέρει η πίεση του ανταγωνισμού. Για να μειωθεί στο ελάχιστο η στρέβλωση του ανταγωνισμού και να προστατεύεται παράλληλα η ποιότητα των υπηρεσιών, οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας θα πρέπει να είναι περιορισμένου χρόνου.....(20) Όταν μια δημόσια αρχή επιλέγει να αναθέσει υπηρεσία γενικού συμφέροντος σε τρίτους, πρέπει να επιλέγει τον φορέα δημόσιας υπηρεσίας σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και παραχωρήσεων, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 43 έως 49 της συνθήκης, και τηρουμένων των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.....(24) Όταν υπάρχει κίνδυνος να διακοπεί η παροχή των υπηρεσιών, οι αρμόδιες αρχές θα πρέπει να διαθέτουν την εξουσία να λαμβάνουν έκτακτα βραχυπρόθεσμα μέτρα έως ότου ανατεθεί νέα σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας, ευθυγραμμισμένη με όλους τους όρους ανάθεσης κατά τον παρόντα κανονισμό....(25)... Ο σκοπός του παρόντος κανονισμού είναι η θέσπιση νομικού πλαισίου για αποζημιώσεις ή/και αποκλειστικά δικαιώματα για τις συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας και όχι το περαιτέρω άνοιγμα της αγοράς σιδηροδρομικών υπηρεσιών. (26) Όσον αφορά τις δημόσιες υπηρεσίες, ο παρών κανονισμός επιτρέπει σε κάθε αρμόδια αρχή, στο πλαίσιο σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας, να επιλέγει τον φορέα δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών. Δεδομένων των διαφορών όσον αφορά τον τρόπο με τον οποίο τα κράτη μέλη οργανώνουν το έδαφός τους στον τομέα αυτό, επιτρέπεται στις αρμόδιες αρχές να αναθέτουν ευλόγως απευθείας συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας για σιδηροδρομικές μεταφορές. (27) Η αποζημίωση που χορηγούν οι αρμόδιες αρχές για την κάλυψη του κόστους που συνεπάγεται η εκπλήρωση των υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας θα πρέπει να υπολογίζεται έτσι ώστε να αποφεύγεται η υπεραντιστάθμιση. Όταν μια αρμόδια αρχή

Αριθμός απόφασης : 163/2018

προτίθεται να αναθέσει σύμβαση δημόσιας υπηρεσίας χωρίς διαγωνισμό, θα πρέπει επίσης να τηρεί λεπτομερείς κανόνες που θα εξασφαλίζουν την επάρκεια της αποζημίωσης και θα αντικατοπτρίζουν την επιθυμία για αποτελεσματικότητα και ποιότητα των υπηρεσιών.....(31) Επειδή οι αρμόδιες αρχές και οι φορείς δημοσίων υπηρεσιών θα χρειασθούν χρόνο για να προσαρμοσθούν στις διατάξεις του παρόντος κανονισμού, θα πρέπει να προβλεφθούν μεταβατικές ρυθμίσεις.....(33) Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, με τις σκέψεις 87 έως 95 της απόφασης της 24ης Ιουλίου 2003 στην υπόθεση C-280/00 Altmark Trans GmbH (11), έκρινε ότι οι αποζημιώσεις για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας δεν συνιστούν πλεονέκτημα κατά την έννοια του άρθρου 87 της συνθήκης, υπό τον όρο ότι πληρούνται σωρευτικά τέσσερα κριτήρια. Εφόσον δεν πληρούνται τα κριτήρια αυτά, ενώ πληρούνται τα γενικά κριτήρια εφαρμογής του άρθρου 87 παράγραφος 1 της συνθήκης, η αποζημίωση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας συνιστά κρατική ενίσχυση εμπίπτουσα στα άρθρα 73, 86, 87 και 88 της συνθήκης....(34) Η αποζημίωση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας ενδέχεται να αποδειχθεί αναγκαία στον τομέα των εσωτερικών επιβατικών μεταφορών για τη λειτουργία των επιχειρήσεων που είναι υπεύθυνες για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας με βάση αρχές και υπό όρους που τους επιτρέπουν να φέρουν σε πέρας τα καθήκοντά τους. Η αποζημίωση αυτή μπορεί, υπό ορισμένους όρους, να είναι συμβατή με τη συνθήκη σύμφωνα με το άρθρο 73. Πρώτον, πρέπει να χορηγείται για να εξασφαλισθεί η παροχή υπηρεσιών πραγματικά γενικού συμφέροντος κατά την έννοια της συνθήκης. Δεύτερον, για να αποφευχθούν αδικαιολόγητες στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, το ύψος της αποζημίωσης δεν μπορεί να υπερβαίνει τα αναγκαία όρια για την κάλυψη του καθαρού κόστους που συνεπάγεται η εκπλήρωση των υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων και του ευλόγου κέρδους....»

32. Επειδή σύμφωνα με τον Κανονισμό 1370/2007 « Άρθρο 2 Ορισμοί δ) «φορέας δημόσιας υπηρεσίας»: κάθε δημόσια ή ιδιωτική επιχείρηση ή όμιλος επιχειρήσεων που παρέχει δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών ή κάθε άλλος δημόσιος φορέας που παρέχει δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών_ε) «υποχρέωση παροχής δημόσιας υπηρεσίας»: η απαίτηση που

Αριθμός απόφασης : 163/2018

προσδιορίζεται ή καθορίζεται από μια αρμόδια αρχή, προκειμένου να εξασφαλίζονται δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών προς το κοινό συμφέρον, τις οποίες δεν θα αναλάμβανε ένας φορέας που μεριμνά περί των ιδίων εμπορικών συμφερόντων_ή τουλάχιστον δεν θα τις αναλάμβανε στην ίδια έκταση ή υπό τις αυτές προϋποθέσεις χωρίς αμοιβή·στ) «αποκλειστικό δικαίωμα»: δικαίωμα που δίνει τη δυνατότητα σε φορέα δημόσιας_υπηρεσίας να εκμεταλλεύεται ορισμένες δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών σε δεδομένη γραμμή, δίκτυο ή περιοχή, αποκλειομένου κάθε άλλου τέτοιου φορέα·ζ) «αποζημίωση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας»: κάθε πλεονέκτημα, ιδίως οικονομικό, που χορηγείται άμεσα ή έμμεσα από αρμόδια αρχή και από δημόσιους πόρους κατά την περίοδο εφαρμογής της υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας ή σε σχέση με την περίοδο αυτή η) «απευθείας ανάθεση»: ανάθεση σύμβασης δημόσιας υπηρεσίας σε συγκεκριμένο φορέα δημόσιας υπηρεσίας χωρίς να προηγηθεί διαδικασία διαγωνισμού) «σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας»: μια ή περισσότερες νομικά δεσμευτικές πράξεις, οι οποίες δηλώνουν τη συμφωνία μεταξύ αρμόδιας αρχής και φορέα δημόσιας υπηρεσίας για την ανάθεση στον εν λόγω φορέα δημόσιας υπηρεσίας της διαχείρισης και λειτουργίας των υπηρεσιών δημοσίων επιβατικών μεταφορών των υποκειμένων στις υποχρεώσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας· η σύμβαση μπορεί, ανάλογα με το δίκαιο των κρατών μελών, να συνίσταται επίσης σε απόφαση λαμβανόμενη από την αρμόδια αρχή:—υπό μορφή ατομικής νομοθετικής ή κανονιστικής πράξης, ή —περιέχουσα όρους υπό τους οποίους η αρμόδια αρχή παρέχει η ίδια τις υπηρεσίες, ή αναθέτει την παροχή τους σε εγχώριο φορέα· Άρθρο 3 Συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας και γενικοί κανόνες 1. Εφόσον μια αρμόδια αρχή αποφασίζει να χορηγήσει σε φορέα της επιλογής της αποκλειστικό δικαίωμα ή/και αποζημίωση παντός είδους, σε αντιστάθμιση για την εκπλήρωση υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, πρέπει να το πράττει στο πλαίσιο σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας. 2.....Σύμφωνα με τις αρχές που καθορίζονται με τα άρθρα 4 και 6 καθώς και με το παράρτημα, η αρμόδια αρχή αποζημιώνει τους φορείς δημοσίων υπηρεσιών για το καθαρό οικονομικό αποτέλεσμα, θετικό ή αρνητικό, επί του κόστους που προκύπτει και των εσόδων που γεννώνται κατά την τήρηση των τιμολογιακών

Αριθμός απόφασης : 163/2018

υποχρεώσεων που καθορίζονται από γενικούς κανόνες, έτσι ώστε να αποφεύγεται η υπεραντισταθμισή... Άρθρο 4Υποχρεωτικό περιεχόμενο των συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας και των γενικών κανόνων 1. Οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας και οι γενικοί κανόνες: α) καθορίζουν με σαφήνεια τις υποχρεώσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας που πρέπει να εκπληρώνει ο φορέας δημόσιας υπηρεσίας, καθώς και τις καλυπτόμενες γεωγραφικές περιοχές·β) καθορίζουν εκ των προτέρων, με αντικειμενικότητα και διαφάνεια, i) τις παραμέτρους με βάση τις οποίες υπολογίζεται η πληρωμή της αποζημίωσης, εάν υπάρχει, και ii) τη φύση και την έκταση των τυχόν χορηγούμενων αποκλειστικών δικαιωμάτων,.... Στην περίπτωση ανάθεσης συμβάσεων παροχής δημοσίων υπηρεσιών σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφοι 2, 4, 5 και 6, οι εν λόγω παράμετροι καθορίζονται έτσι ώστε καμία πληρωμή αποζημίωσης να μην υπερβαίνει το ποσό που είναι αναγκαίο για να καλύψει το καθαρό οικονομικό αποτέλεσμα επί του κόστους που προκύπτει και των εσόδων που γεννά η εκτέλεση των υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των συναφών εσόδων που αποκομίζει ο φορέας δημόσιας υπηρεσίας, καθώς και ενός εύλογου κέρδους....3. Η διάρκεια των συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας είναι περιορισμένη και δεν υπερβαίνειτα δεκαπέντε έτη για υπηρεσίες μεταφοράς επιβατών με σιδηροδρομικά ή άλλα μέσα σταθερής τροχιάς.....Άρθρο 5 Ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας...2. Εφόσον το εθνικό δίκαιο δεν το απαγορεύει, κάθε αρμόδια τοπική αρχή, είτε είναι μεμονωμένη αρχή είτε ομάδα αρχών που παρέχουν ολοκληρωμένες δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών, μπορεί να αποφασίζει να παρέχει η ίδια δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών ή να αναθέτει συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας απευθείας σε νομικώς ανεξάρτητη οντότητα, επί της οποίας η αρμόδια τοπική αρχή, ή τουλάχιστον μία αρμόδια τοπική αρχή στην περίπτωση ομάδας αρχών, ασκεί έλεγχο ανάλογο εκείνου που ασκεί επί των υπηρεσιακών μονάδων της....3. Κάθε αρμόδια αρχή που προσφεύγει σε τρίτον, άλλον από τον εγχώριο φορέα, αναθέτει τις συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας βάσει διαδικασίας διαγωνισμού, εξαιρουμένων των περιπτώσεων των παραγράφων 4, 5 και 6.....5. Σε περίπτωση διακοπής των υπηρεσιών ή επικείμενου κινδύνου διακοπής τους, η αρμόδια αρχή

Αριθμός απόφασης : 163/2018

μπορεί να λαμβάνει έκτακτο μέτρο. Το έκτακτο αυτό μέτρο έχει τη μορφή απευθείας ανάθεσης ή επίσημης συμφωνίας παράτασης της σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας, ή επιβολής υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας. Ο φορέας παροχής δημόσιας υπηρεσίας έχει το δικαίωμα να προσβάλει την απόφαση για επιβολή ορισμένων υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας. Η ανάθεση ή η παράταση σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας με έκτακτο μέτρο ή η επιβολή τέτοιας σύμβασης δεν υπερβαίνει τα δύο έτη. 6. Εφόσον το εθνικό δίκαιο δεν το απαγορεύει, οι αρμόδιες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέσουν απευθείας συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας όταν πρόκειται για σιδηροδρομικές μεταφορές, με εξαίρεση άλλους τρόπους μεταφορών σταθερής τροχιάς, όπως το μετρό ή το τραμ.....Άρθρο 6 Αποζημίωση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας 1. Κάθε αποζημίωση συνδεόμενη με γενικό κανόνα ή σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας πρέπει να είναι σύμφωνη προς τις διατάξεις του άρθρου 4, ανεξάρτητα από τον τρόπο ανάθεσης της σύμβασης. Κάθε αποζημίωση, ανεξάρτητα από τη φύση της, η οποία συνδέεται με σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας που έχει ανατεθεί απευθείας σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφοι 2, 4, 5 ή 6 ή συνδέεται με γενικό κανόνα, πρέπει επίσης να είναι σύμφωνη με τις διατάξεις του παραρτήματος.....Άρθρο 8 Μεταβατική περίοδος 1. Οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας ανατίθενται σύμφωνα με τους κανόνες που καθορίζονται στον παρόντα κανονισμό.....2. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 3, η ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, σιδηροδρομικώς ή οδικώς, συμμορφώνεται προς το άρθρο 5 από τις 3 Δεκεμβρίου 2019. Κατά τη διάρκεια της μεταβατικής αυτής περιόδου, τα κράτη μέλη λαμβάνουν μέτρα για να συμμορφωθούν σταδιακά προς το άρθρο 5, ούτως ώστε να αποφεύγονται σοβαρά διαρθρωτικά προβλήματα, ιδίως σχετικά με τη μεταφορική ικανότητα.....4. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 3, οι αρμόδιες αρχές μπορούν, κατά το δεύτερο ήμισυ της μεταβατικής περιόδου που προσδιορίζεται στην παράγραφο 2, να αποκλείουν από τη συμμετοχή στην ανάθεση συμβάσεων με πρόσκληση υποβολής προσφορών τους φορείς δημοσίων υπηρεσιών, οι οποίοι δεν μπορούν να αποδείξουν ότι η αξία των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών για τις οποίες εισπράττουν αποζημίωση ή απολαύουν αποκλειστικού δικαιώματος, που χορηγήθηκαν σύμφωνα με τον

Αριθμός απόφασης : 163/2018

παρόντα κανονισμό, αντιπροσωπεύει τουλάχιστον το ήμισυ της αξίας του συνόλου των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών για τις οποίες εισπράττουν αποζημίωση ή απολαύουν αποκλειστικού δικαιώματος....Άρθρο 9 Συμβατότητα με τη συνθήκη 1. Η αποζημίωση δημόσιας υπηρεσίας η οποία καταβάλλεται σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό για την εκτέλεση δημοσίων υπηρεσιών μεταφοράς επιβατών ή για τη συμμόρφωση με τιμολογιακές υποχρεώσεις, που καθορίζονται με γενικές διατάξεις, είναι συμβατή με την κοινή αγορά. Η αποζημίωση αυτή απαλλάσσεται από την υποχρέωση της εκ των προτέρων κοινοποίησης του άρθρου 88 παράγραφος 3 της συνθήκης.....ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ισχύοντες κανόνες αποζημίωσης στις περιπτώσεις του άρθρου 6 παράγραφος 1...2. Η αποζημίωση δεν μπορεί να υπερβαίνει το ποσό που αντιστοιχεί στο καθαρό οικονομικό αποτέλεσμα, το οποίο ισοδυναμεί με το άθροισμα των αποτελεσμάτων, θετικών ή αρνητικών, που επιφέρει η τήρηση της υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας επί του κόστους και των εσόδων του φορέα δημοσίων υπηρεσιών. Τα αποτελέσματα εκτιμώνται με σύγκριση της κατάστασης κατά την οποία εκπληρούται η υποχρέωση παροχής δημόσιας υπηρεσίας με την κατάσταση που θα είχε διαμορφωθεί, εάν η εν λόγω υποχρέωση δεν είχε εκπληρωθεί. Για να υπολογίσει το καθαρό οικονομικό αποτέλεσμα, η αρμόδια αρχή καθοδηγείται από το ακόλουθο σύστημα: κόστος που προκύπτει σε σχέση με υποχρέωση παροχής δημόσιας υπηρεσίας ή δέσμη υποχρεώσεων παροχής δημοσίων υπηρεσιών που επιβάλλει αρμόδια αρχή ή αρχές και οι οποίες περιλαμβάνονται σε σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας ή/και σε γενικό κανόνα, μείον οποιαδήποτε θετικά οικονομικά αποτελέσματα που παράγονται εντός του δικτύου της δραστηριότητας στο πλαίσιο της ή των εν λόγω υποχρεώσεων παροχής δημοσίων υπηρεσιών, μείον οι εισπράξεις από τιμολόγια ή άλλα έσοδα που προκύπτουν κατά την εκπλήρωση της ή των εν λόγω υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, συν εύλογο κέρδος, ίσον καθαρό οικονομικό αποτέλεσμα...»

33. Επειδή ήδη σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2016/2338 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 14ης Δεκεμβρίου 2016, για την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1370/2007 σχετικά με το άνοιγμα της αγοράς εγχώριων επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών,

Αριθμός απόφασης : 163/2018

τροποποιήθηκε –μεταξύ άλλων- το άρθ. 8 του Κανονισμού 1370/2007 ως εξής «Άρθρο 82. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 3:ii) Το άρθρο 5 εφαρμόζεται στις υπηρεσίες δημόσιων επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών από τις 3 Δεκεμβρίου 2019. iii) Το άρθρο 5 παράγραφος 6 και το άρθρο 7 παράγραφος 3 παύουν να ισχύουν από τις 25 Δεκεμβρίου 2023.....3. Κατά την εφαρμογή της παραγράφου 2, δεν λαμβάνονται υπόψη οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας οι οποίες έχουν ανατεθεί σύμφωνα με το εθνικό και το κοινοτικό δίκαιο:..... δ) από τις 26 Ιουλίου 2000 και πριν από τις 24 Δεκεμβρίου 2017, βάσει διαδικασίας άλλης από τη δίκαιη διαδικασία διαγωνισμού..... Οι συμβάσεις περί των οποίων το στοιχείο δ) μπορούν να εξακολουθήσουν να ισχύουν έως τη λήξη τους, υπό τον όρον ότι είναι περιορισμένης διάρκειας, συγκρίσιμης με τις διάρκειες που προσδιορίζονται στο άρθρο 4.» Σύμφωνα δε με το άρθ. 4 παρ. 3 «Κατά παρέκκλιση από το άρθρο 4 παράγραφος 3, η διάρκεια των συμβάσεων που ανατίθενται απευθείας δυνάμει της παρούσας παραγράφου και της παραγράφου 4α του παρόντος άρθρου δεν υπερβαίνει τα 10 έτη....». Τέλος σύμφωνα με το άρθ. 12 « Άρθρο 12 Έναρξη ισχύος Ο παρών κανονισμός αρχίζει να ισχύει στις 3 Δεκεμβρίου 2009.»

34. Επειδή την 17-12-2015 υπεγράφη μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ «σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας αναφορικά με την ανάθεση υποχρεώσεων δημόσιας υπηρεσίας σύμφωνα με τον ν. 3891/2010 και τον ευρωπαϊκό κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 1370/2007», και σύμφωνα επίσης με την παρ. 7 του άρθ. 12 του ν. 3891/2010, όπως τροποποιήθηκε. Η σύμβαση σύμφωνα με το Προίμιο παρ. (Ε) ρυθμίζει «τις σχέσεις των μερών σχετικά με τους εν γένει όρους ανάθεσης της εκτέλεσης σιδηροδρομικού επιβατικού δρομολογίου ως Υποχρέωση Δημόσιας Υπηρεσίας (ΥΔΥ)» Ειδικότερα, σύμφωνα με την σύμβαση «...ΑΡΘΡΟ 1 ΠΑΡΕΧΟΜΕΝΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ 1.1 Το Δημόσιο αναθέτει απ' ευθείας στον Πάροχοτην παροχή των λεπτομερώς περιγραφόμενων και προσδιοριζόμενων στο Παράρτημα Α' της παρούσας σύμβασης Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών (στο εξής «οι Υπηρεσίες») οι οποίες είναι αναγκαίες από άποψη γενικού οικονομικού και κοινωνικού συμφέροντος, αλλά δεν μπορούν να αποτελέσουν

Αριθμός απόφασης : 163/2018

αντικείμενο οικονομικής εκμετάλλευσης...Ο Πάροχος υποχρεούται στην παροχή των Υπηρεσιών στις αναφερόμενες στο Παράρτημα Α' συγκεκριμένες γεωγραφικές περιοχές...ΑΡΘΡΟ 2. ΠΟΙΟΤΗΤΑ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ...ΑΡΘΡΟ 3 ΣΧΕΣΕΙΣ ΜΕ ΤΟ ΕΠΙΒΑΤΙΚΟ ΚΟΙΝΟ...ΑΡΘΡΟ 4. ΣΥΝΕΧΗΣ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ...ΑΡΘΡΟ 5 ΑΣΦΑΛΕΙΑ ΚΑΙ ΠΡΟΛΗΨΗ ΣΤΟΥΣ ΣΥΡΜΟΥΣ ΚΑΙ ΣΤΟΥΣ ΣΤΑΘΜΟΥΣ...ΑΡΘΡΟ 6. ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΣΤΟΥΣ ΣΤΑΘΜΟΥΣ... ΑΡΘΡΟ 7. ΜΕΣΑ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΤΡΟΧΑΙΟ ΥΛΙΚΟ...ΑΡΘΡΟ 8 ΚΟΜΙΣΤΡΟ ΓΙΑ ΤΙΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ-ΚΑΤΑΝΟΜΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ 8.1 Υποχρεώσεις του Δημoσίου 8.1.1 Το Δημόσιο έχει την ευθύνη για τον καθορισμό των εκάστοτε ισχυουσών Υπηρεσιών, της τιμολογιακής πολιτικής και του ύψους του κομίστρου για τις επί μέρους διαδρομές8.1.2 Μεταβολές στο κόμιστρο για επιμέρους διαδρομές και της γενικότερης τιμολογιακής πολιτικής αποφασίζονται από το Δημόσιο και είναι δεσμευτικές για τον Πάροχο. 8.2 Υποχρεώσεις του Παρόχου 8.2.1 Ο Πάροχος θέτει σε εφαρμογή την εκάστοτε ισχύουσα πολιτική κομίστρου....8.2.2...Αυξήσεις στα κόμιστρα σε σχέση με την εγκεκριμένη τιμολογιακή πολιτική απαγορεύονται απολύτως χωρίς την έγκριση του Δημoσίου... ΑΡΘΡΟ 9 ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗ Στο πλαίσιο της επιβολής Υποχρέωσης Δημόσιας Υπηρεσίας, το Δημόσιο αναλαμβάνει την υποχρέωση να αποζημιώσει τον Πάροχο για το αρνητικό αποτέλεσμα που προκαλεί η παροχή των Υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις της παρούσας με ποσό που δεν υπερβαίνειΤο ύψος της αποζημίωσης που το Δημόσιο οφείλει να καταβάλλει στον Πάροχο (πραγματικά οφειλόμενη αποζημίωση) αντιστοιχεί στο οικονομικό αποτέλεσμα που επιτυγχάνει ο Πάροχος από την παροχή των Υπηρεσιών προσαυξημένο έτσι ώστε ο Πάροχος να καλύπτει ζημίες στις οποίες υπόκειται από την παροχή των Υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις της παρούσας και να αποκομίζει πρόσθετα ένα εύλογο κέρδος....ΑΡΘΡΟ 13 ΤΡΟΠΟΣ ΚΑΤΑΒΟΛΗΣ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ-ΕΚΚΑΘΑΡΙΣΗ 13.1 Η καταβολή της αποζημίωσης του Παρόχου για την εκτέλεση των υπηρεσιών διενεργείται στο τέλος κάθε τριμήνου. 13.2 Πριν την υπογραφή της σύμβασης, ο Πάροχος υποχρεούται να προσκομίσει ως εγγύηση καλής εκτέλεσηςεγγυητική επιστολή το ύψος της οποίας καθορίζεται σε ποσοστό13.3 Για την καταβολή των τριών (3) πρώτων τριμηνιαίων δόσεων εκάστου έτους ο

Αριθμός απόφασης : 163/2018

Πάροχος υποβάλλει στο Δημόσιοτις περιοδικές αναφορές που αντιστοιχούν στο συγκεκριμένο χρονικό διάστημα....Το Δημόσιο ελέγχει την πληρότητα και ορθότητα των υποβαλλομένων στοιχείων και καταβάλλει.....13.4 Η καταβολή της τέταρτης δόσης της αποζημίωσης διενεργείται μετά από την υποβολή των απολογιστικών στοιχείων από την εκτέλεση των υπηρεσιών.....ΑΡΘΡΟ 14 ΕΠΙΚΑΙΡΟΠΟΙΗΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ 14.1 Έως τις 20 Οκτωβρίου κάθε έτους, ο Πάροχος προτείνει στον εκπρόσωπο του Δημοσίου για την επικαιροποίηση των Υπηρεσιών τον πίνακα δρομολογίων που θα συμπεριληφθούν στο Παράρτημα Α' του επόμενου έτους και το προτεινόμενο κόμιστρο Ο Πάροχος ενημερώνει και για το προσυπολογιζόμενο κόστος παροχής των Υπηρεσιών ανά κατηγορία.....14.3 Το Δημόσιο εγκρίνει το προτεινόμενο Παράρτημα Α με κάθε επόμενο έτος....14.6 Σε περίπτωση που το Δημόσιο δεν εγκρίνει την πρόταση δρομολογίων του Παρόχου, καθορίζει τις Υπηρεσίες του επόμενου έτους μονομερώς, λαμβάνοντας υπόψη τους αναθεωρημένους οικονομικούς υπολογισμούς του Παρόχου, εφόσον συμφωνεί με το περιεχόμενό του.....14.9 Όταν ο Πάροχος είναι σε θέση, με χρήση των προσηκόντων στοιχείων, να αποδείξει ότι συγκεκριμένη ή συγκεκριμένες διαδρομές που περιλαμβάνονται στις Υπηρεσίες είναι κερδοφόρες κατά τρόπο βιώσιμο και διαρκή και, συνεπώς, καλύπτουν το αντίστοιχο κόστος και το εύλογο κέρδος, μπορεί, με αίτησή του να ζητήσει την αντικατάστασή τους με άλλες διαδρομές που θα ενταχθούν στις Υπηρεσίες....ΑΡΘΡΟ 16. ΜΗΧΑΝΙΣΜΟΣ ΚΥΡΩΣΕΩΝ/ΕΠΙΒΡΑΒΕΥΣΗΣ ...ΑΡΘΡΟ 17 ΠΟΣΑ ΕΠΙΒΡΑΒΕΥΣΗΣ (bonus) ...ΑΡΘΡΟ 18. ΠΟΙΝΕΣ 18.1. Διαθεσιμότητα και ποιότητα 18.1.1 Σε περίπτωση μη προσήκουσας παροχής των Υπηρεσιών ο Πάροχος καταβάλλει στο Δημόσιο ως ποινή ποσό ανάλογο προς την βαρύτητα της απόκλισης, όπως προβλέπεται στην παρούσα....18.1.3 Ο Πάροχος καταβάλλει στο Δημόσιο ως ποινή τα ακόλουθα ποσά για τις ακόλουθες περιπτώσεις αθέτησης όρων της σύμβασης....18.2 Μη εκτέλεση Υπηρεσιών 18.2.1 Για κάθε περίπτωση μη εκτέλεσης ή ακύρωσης προγραμματισμένου μεμονωμένου δρομολογίου για την εξυπηρέτηση Υπηρεσίας, παρακρατείται από την καταβολή της επόμενης δόσης του Παρόχου, το ποσό της αποζημίωσης που αναλογεί στο δρομολόγιο που δεν έχει εκτελεστεί.....18.2.3 Επί πλέον για κάθε υπέρβαση κατά ποσοστό 2,5%

Αριθμός απόφασης : 163/2018

πέραν του επιτρεπομένου ποσοστού παρέκκλισης.....επιβάλλεται ποινή....18.3 Καθυστερήσεις... 18.4 Πλημμέλειες στη λογιστική αποτύπωση....18.5 Συστηματική χρήση άλλου μεταφορικού μέσου18.6 Πλημμελής υποβολή των εγγράφων 18.7 Ο Πάροχος υποχρεούται να καταθέτει έγγραφα που αποδεικνύουν τα έσοδα και έξοδα των εκτελεσθέντων Υπηρεσιών...Η μη υποβολή τους αυτόματα ακυρώνει την αποζημίωση....18.8 Οι ποινές που προβλέπονται στο παρόν άρθρο δεν θίγουν άλλα δικαιώματα του Δημοσίου προβλεπόμενα στο νόμο ή στην παρούσα Σύμβαση, και , ιδίως τυχόν αξιώσεις του Δημοσίου για αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη από την αθέτηση των υποχρεώσεων του Παρόχου ή υποβολής απατηλών οικονομικών στοιχείων....

ΑΡΘΡΟ 19. ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΩΝ
.....19.2 ο Πάροχος υποχρεούται.....να παρέχει στο Δημόσιο ιδίως όλες τις πληροφορίες που αφορούν :

19.2.1 Την παροχή των Υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που είναι αναγκαίες για την επιβεβαίωση της συμμόρφωσης του Παρόχου με τις απαιτήσεις των Παραρτημάτων. 19.2.2 Τη χρήση των Υπηρεσιών από το επιβατικό κοινό, 19.2.3 Τα οικονομικά μεγέθη σχετικά με την εκτέλεση της Σύμβασης, όπως λ.χ. για τις δαπάνες που πραγματοποιούνται και τα έσοδα που εισπράττονται κατά την παροχή των Υπηρεσιών. 19.2.4 Την τήρηση χωριστών λογαριασμών για τη λογιστική παρακολούθηση των Υπηρεσιών

ΑΡΘΡΟ 20 ΥΠΟΒΟΛΗ ΑΝΑΦΟΡΩΝ ΚΑΙ ΕΚΘΕΣΕΩΝ-ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΑΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗ **ΑΡΘΡΟ 21 ΠΡΟΒΛΕΨΗ ΛΟΓΙΣΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ**....

ΑΡΘΡΟ 22 ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΚΑΙ ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 22.1 Η Σύμβαση έχει διάρκεια 5 ετών, με ημερομηνία έναρξης την 1^η Ιανουαρίου 2018 και ημερομηνία λήξης την 31.12.2020 22.2 Η Σύμβαση επιτρέπεται να λυθεί με καταγγελία

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α' ΕΥΡΟΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ-ΤΕΧΝΙΚΑ ΚΑΙ ΠΟΙΟΤΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ Ως «Υπηρεσίες» ορίζονται τα δρομολόγια που παρέχει ο Πάροχος για την εξυπηρέτηση επιλεγμένων σταθμών επί καθορισμένων γραμμών του ενεργού σιδηροδρομικού δικτύου και με ορισμένες από το Δημόσιο τεχνικές και ποιοτικές υποχρεώσεις απόδοσης....

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ ΤΥΠΟΙ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΥΔΥ....Το κόστος της Υπηρεσίας...Τα έσοδα της Υπηρεσίας....Το εύλογο κέρδος του Παρόχου....Το αυξημένο εύλογο κέρδος που παρέχεται στο Πάροχο για νέες Υπηρεσίες...Ο

Αριθμός απόφασης : 163/2018

αριθμός των Υπηρεσιών....Ο αριθμός τυχόν νέων Υπηρεσιών...Κόστος...Μη αποδεκτά έξοδα... Ποινή λόγω μη εκπλήρωσης Υπηρεσίας...Ποινές βάσει δεικτών ποιότητας/αποκλίσεις από τους ποιοτικούς στόχους...Ποινές σχετικά με την υποχρέωση Υποβολής εγγράφων....Ύψος επιβράβευσης... έσοδα.... αποδεκτά έσοδα....»

35. Επειδή ο υπό εξέταση διαγωνισμός εκκίνησε τον Νοέμβριο 2017 (σκέψη 2), αφού δηλ. είχε ήδη -από τον Σεπτέμβριο 2017- ολοκληρωθεί η πώληση και μεταβίβαση του συνόλου των μετοχών του Ελληνικού Δημοσίου προς την ιταλική εταιρεία Ferrovie dello stato Italiano Spa FSI εξετάζεται η κατά νόμο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ όπως κρίνει επί της προσφυγής, σύμφωνα ιδία με τα άρθ. 346 παρ. 1, 360 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και 1 παραγρ. 1 και 2 και άρθ. 222 και 231 και άρθ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4, και άρθ. 224 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016. .

36. Επειδή, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν εμπίπτει στην έννοια της αναθέτουσας αρχής όπως αυτή ορίζεται στο άρθ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 και στο άρθ. 223 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι δεν ταυτίζεται ούτε με το νομικό πρόσωπο του ελληνικού κράτους ούτε είναι αρχή περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, ή ελληνικός οργανισμός δημοσίου δικαίου. Ειδικότερα η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν είναι οργανισμός δημοσίου δικαίου επειδή : ι) είναι ανώνυμη εταιρεία, που διέπεται από τις διατάξεις του Κ.Ν. 2190/1920, ως ισχύουν, το καταστατικό της οποίας είναι καταχωρημένο στο ΓΕΜΗ σύμφωνα με την με αριθ. Πρωτ. 951282/13-10-2017 Ανακοίνωση καταχώρισης του ΕΒΕΑ, Τμήμα Μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ. Δεν προκύπτει από το άρθ. 2 του καταστατικού της, ούτε από την ισχύουσα νομοθεσία ότι έχει συσταθεί –υπό την παρούσα μορφή της- με σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος, και ιι) έχει εμπορικό εκ του νόμου χαρακτήρα, δεδομένου ότι α) ο καταστατικός της σκοπός και ιδία εκμετάλλευση επιβατικών και εμπορευματικών σιδηροδρομικών μεταφορών αποτελεί τυπικά εμπορική πράξη κατ' άρθ. 1, 101 του Εμπορικού Νόμου (ΒΔ 19/1835), και β) είναι εμπορική εταιρεία λόγω της νομικής της μορφής ως ανώνυμη εταιρεία, κατ' άρθ. 1 του ν. 2190/1920 σύμφωνα με το οποίο «χαρακτηρίζονται ως εμπορικές οι εργασίες των ανωνύμων εταιρειών», και γ) είναι υποχρεωτικά καταχωρημένη ως ανώνυμη εταιρεία δηλ. ως εκ του νόμου εμπορική εταιρεία στο ΓΕΜΗ σύμφωνα με το

Αριθμός απόφασης : 163/2018

άρθ. 1 β) του ν. 3419/2005, και ιιι) δεν χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, καθώς α) δεν προκύπτει τέτοια χρηματοδότηση από την κείμενη νομοθεσία και β) επί πλέον το πραγματικό τούτο γεγονός της μη χρηματοδότησης από το δημόσιο προκύπτει και από το με αριθ. πρωτ. 4764/18/Τ2/26-2-2018 έγγραφο του Προϊσταμένου Δ/νσης Οικονομικών Υπηρεσιών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, το οποίο διαβιβάστηκε τόσο από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ όσο και από το ΥΠΥΜΕ, και ιν) δεν υπόκειται σε εποπτεία ούτε τα μέλη της διοίκησής της διορίζονται από το κράτος τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου. Και ειδικότερα : α) από το άρθ. 2 του καταστατικού της, το ΔΣ της εκλέγεται από την Γενική Συνέλευση της εταιρείας η οποία Γενική Συνέλευση αποτελείται από τους μετόχους της εταιρείας και β) ο μόνος μέτοχος της εταιρείας είναι η εταιρεία Ferrovie dello stato Italiano Spa FSI σύμφωνα με το με αριθ. 34375/28-2-2018 έγγραφο του ΤΑΙΠΕΔ, και γ) δεν προκύπτει από το καταστατικό της ότι η εταιρεία διαθέτει εποπτικό ή διευθυντικό συμβούλιο γ) ούτε προκύπτει από την κείμενη νομοθεσία ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ υπόκειται σε διαχειριστική εποπτεία ούτε ότι διαθέτει εποπτικό ή διευθυντικό συμβούλιο του οποίου τα μέλη ορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και δ) επί πλέον τα πραγματικά τούτα γεγονότα της μη συμμετοχής του δημοσίου στην διοίκηση της εταιρείας βεβαιώνονται και στο με αριθ. πρωτ. 16.016/18/Δ2/26-2-2018 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, και στο με αριθ. πρωτ. 4764/18/Τ2/26-2-2018 έγγραφο του Προϊσταμένου Δ/νσης Οικονομικών Υπηρεσιών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ τα οποία διαβιβάστηκαν τόσο από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ όσο και από το ΥΠΥΜΕ, και στο με αριθ. πρωτ. Α.Π. 34375/28-2-2018 έγγραφο του Εκτελεστικού Προέδρου του ΤΑΙΠΕΔ και ν) Σε κάθε περίπτωση η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ιδρύθηκε την 19-12-2005 ως θυγατρική εταιρεία, από τον ΟΣΕ με βάση τις διατάξεις του ν.δ. 674/1970, και των καταργηθέντων πδ 324/96, 76/98 και 180/98, και αναδιάρθρωθηκε σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3891/2010 «Αναδιάρθρωση κλπ του ομίλου ΟΣΕ και ΤΡΑΙΝΟΣΕ», διεπόμενη κατά το παρελθόν από ειδικές νομοθετικές διατάξεις ως εκτενώς ad hoc εκτίθενται στην παλαιότερη ΣτΕ 27/2015. Τα μεν

Αριθμός απόφασης : 163/2018

πδ 324/96, 76/98 και 180/98 ήδη καταργήθηκαν δυνάμει του άρθ. 48 του πδ 41/2005 «Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με τις οδηγίες 91/440/ΕΟΚ και 95/18/ΕΚ όπως τροποποιήθηκαν με τις οδηγίες 2001/12/ΕΚ και 2001/13/ΕΚ, αντιστοίχως και της οδηγίας 2001/14/ΕΚ για την` ανάπτυξη των Κοινοτικών σιδηροδρόμων, τις άδειες σε σιδηροδρομικές επιχειρήσεις, την κατανομή της χωρητικότητας των σιδηροδρομικών υποδομών και τις χρεώσεις για τη χρήση σιδηροδρομικής υποδομής και την πιστοποίηση ασφάλειας, και κατάργηση των π.δ./των 324/1996, 76/1998 και 180/1998". Εν συνεχεία, εκκίνησε η διαδικασία πώλησης της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Παραρτήματος V, άρθ. 26 του ν. 4046/2012 Μνημόνιο 2 Σύμβαση PSI, την ΥΑ 232/2013 «Μεταφορά μετοχών και δικαιωμάτων ψήφου σε ποσοστό 100% της ΤΡΑΙΝΟΣΕ (ΦΕΚ Β 803/5-4-2013», το άρθ. 4.4 «Ιδιωτικοποίηση» της παραγράφου Γ «ΣΥΜΦΩΝΙΑ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΩΝ ΣΤΟΧΩΝ ΚΑΙ ΔΙΑΡΘΡΩΤΙΚΩΝ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΕΩΝ Ελλάδα Μνημόνιο Συνεννόησης για τριετές πρόγραμμα του ΕΜΣ», το άρθ. 3 του ν. 4336/2015 «Μνημόνιο 3 Σύμβαση οικονομικής ενίσχυσης από ΕΜΣ». Η διαδικασία ολοκληρώθηκε την 14-9-2017 με την πώληση και μεταβίβαση του 100% των μετοχών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, χωρίς να προκύπτει από την κείμενη νομοθεσία ότι το Ελληνικό Δημόσιο ή οργανισμός ελεγχόμενος από αυτό να διακράτησε δικαιώματα διαχειριστικής εποπτείας ή ορισμού μελών στα όργανα Διοίκησης της εταιρείας. Και περαιτέρω, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν είναι αναθέτων φορέας κατά την έννοια των διατάξεων του άρθ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και άρθ. 224 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 διότι δεν είναι αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα αναφερόμενα παραπάνω. Επί πλέον, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν είναι αναθέτων φορέας κατά την έννοια των διατάξεων του άρθ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και άρθ. 224 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 διότι δεν είναι δημόσια επιχείρηση δεδομένου ότι καμία ελληνική αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του νόμου δεν ασκεί, ούτε μπορεί να ασκεί ούτε άμεσα ούτε έμμεσα δεσπύζουσα επιρροή επί της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, καθώς καμία ελληνική αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του ν. 4412/2016 : α) δεν κατέχει ούτε ελέγχει την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου μετοχικού κεφαλαίου της ΤΡΑΙΝΟΣΕ σύμφωνα με το με αριθ. 34375/28-2-2018 έγγραφο του ΤΑΙΠΕΔ, ούτε προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία περίπτωση τέτοιας συμμετοχής

Αριθμός απόφασης : 163/2018

στον έλεγχο ή στο μετοχικό της κεφάλαιο β) ούτε διορίζει ούτε μπορεί να διορίζει τα μέλη της Διοίκησης της εταιρείας, και γ) ούτε ασκεί ούτε μπορεί να ασκεί δεσπόμενη επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που την διέπουν. Και τούτο ίδια επειδή ι) ο νόμος προβλέπει ρητά και υποχρεωτικά ότι η εταιρεία διέπεται από τις αρχές της αγοράς, σύμφωνα με τα άρθ. 1, 5, 6 και 12 του ν. 4408/2016 «Δημιουργία ενιαίου ευρωπαϊκού σιδηροδρομικού χώρου (Εναρμόνιση με Οδηγία 2012/34/ΕΕ του ΕΚ και του Συμβουλίου της 21ης Νοεμβρίου 2012)», ενώ συγχρόνως δεν προκύπτει από την κείμενη νομοθεσία ότι οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του ν. 4412/2016 εμπλέκεται με οποιονδήποτε τρόπο στους κανόνες που διέπουν την ΤΡΑΙΝΟΣΕ. ιι) ούτε προκύπτει δεσπόμενη χρηματοδοτική συμμετοχή οποιασδήποτε αναθέτουσας αρχής στην λειτουργία της ΤΡΑΙΝΟΣΕ. Μάλιστα δε ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η ανταποδοτική απολογιστική αποζημίωση που της καταβάλλεται για την ανατεθείσα Υποχρέωση Δημόσιας Υπηρεσίας, αποτελεί όμως χρηματοδοτική συμμετοχή, όμως και πάλι η συμμετοχή αυτή δεν είναι δεσπόμενη –ως απαιτείται από τον νόμο- καθώς ανέρχεται τρεχόντως σε μόλις το 33,14% των εσόδων της, και συγκεκριμένα σε 40.050.930,30 ευρώ επί συνόλου εσόδων 120.867.340,05 ευρώ, όπως αναφέρεται στο με αριθ. 16.016/18/Δ2/26-2-2018 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου και στο με αριθ. 4764/18/Τ2/26-2-2018 έγγραφο του Προϊσταμένου Διεύθυνσης των Οικονομικών Υπηρεσιών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ. ιιι) Τέλος κατά τα ως άνω δεν προκύπτει από την κείμενη νομοθεσία κυριότητα οποιασδήποτε αναθέτουσας αρχής είτε επί του μετοχικού κεφαλαίου είτε επί στοιχείων της εταιρείας, κατά τρόπο ή υπό συνθήκες από όπου θα μπορούσε να προκύψει δεσπόμενη επιρροή επί της λειτουργίας της εταιρείας. Τέλος, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν λειτουργεί επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας κατά την έννοια των διατάξεων του άρθ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και άρθ. 224 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016. Και τούτο δεδομένου ότι δεν προκύπτει από την κείμενη νομοθεσία ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ απολαύει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων που έχουν χορηγηθεί από αρμόδια αρχή της χώρας ούτε –πολύ λιγότερο- ότι λειτουργεί επί τη βάση τέτοιων δικαιωμάτων. Ειδικότερα στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ έχει μεν επιβληθεί

Αριθμός απόφασης : 163/2018

υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας –εφεξής ΥΔΥ- σύμφωνα με την ελληνική και ευρωπαϊκή νομοθεσία, πλην όμως η ΥΔΥ δεν συνιστά ειδικό ή αποκλειστικό δικαίωμα κατά την έννοια του ν. 4412/2016. Και τούτο επειδή : 1) Σύμφωνα με τον ν. 4408/2016 το άρθ. 1, 5, 6 και 12, και τον Κανονισμό 1370/2007 ΕΚ άρθ. 2 περ. ε), άρθ. 5 παρ. 5 η ΥΔΥ ρητά δεν συνιστά δικαίωμα αλλά χαρακτηρίζεται ρητά από τον νόμο ως υποχρέωση που βαρύνει την σιδηροδρομική εταιρεία, υποχρέωση η οποία επιβάλλεται και όχι δικαίωμα το οποίο εκχωρείται από αρμόδια κρατική αρχή, και 2) Σύμφωνα με τον ν. 4408/2016, άρθ. 6 μία σιδηροδρομική εταιρεία δεν μπορεί να λειτουργεί επί τη βάση της ανατεθείσας σε αυτήν ΥΔΥ, καθώς ρητά τα δημόσια κονδύλια που καταβάλλονται για την ΥΔΥ απαγορεύεται να εμπλέκονται στην λειτουργία της εταιρείας, αλλά υποχρεωτικά εκ του νόμου πρέπει να εμφανίζονται χωριστά στα αποτελέσματα χρήσεως και στους ισολογισμούς της ενώ αποκλείεται ρητά η μεταφορά δημοσίων κονδυλίων από τον ένα τομέα δραστηριότητας της εταιρείας σε άλλον και 3) Σύμφωνα με τον ν. 4408/2016, άρθ. 12 επιβάλλεται εισφορά σε σιδηροδρομικές επιχειρήσεις με σκοπό τα έσοδα από την εισφορά να καταβληθούν προς την βεβαρημένη με την ΥΔΥ εταιρεία προς αντιστάθμιση της ΥΔΥ, και δεν μπορούν να υπερβαίνουν το ποσό το οποίο απαιτείται για την κάλυψη των δαπανών που συνεπάγεται η ΥΔΥ λαμβανομένων υπόψιν των εισπράξεων από την ΥΔΥ και ένα εύλογο κέρδος για την παροχή της ΥΔΥ. Και από την διάταξη αυτή καθίσταται σαφής η νομική φύση της ΥΔΥ ως υποχρέωσης επί της σιδηροδρομικής εταιρείας η οποία, όχι μόνο δεν απολαύει κάποιου δικαιώματος, αλλά μόνον αποζημιώνεται για την υποχρεωτική παροχή της ΥΔΥ και μάλιστα με συγκεκριμένο ποσό ευθυγραμμισμένο στις δαπάνες της και σε ένα εύλογο – κατά την αγορά- κέρδος. Και ευλόγως, καθώς τυχόν παροχή ΥΔΥ χωρίς αποζημίωση δαπανών και επιπρόσθετου ευλόγου κέρδους θα παρουσίαζε τα χαρακτηριστικά απαλλοτρίωσης δήμευσης ή επίταξης, σε βάρος της σιδηροδρομικής εταιρείας, πράγματα που σαφώς αποκλείονται από τον νόμο, και 4) Περαιτέρω η αποζημίωση για την παροχή ΥΔΥ, δεν συνιστά αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα ούτε σύμφωνα με τον Κανονισμό 1370/2007 ΕΚ ο οποίος ρητά διακρίνει μεταξύ της αποζημίωσης για την παροχή ΥΔΥ, και της χορήγησης ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων για την παροχή ΥΔΥ,

Αριθμός απόφασης : 163/2018

και μάλιστα χαρακτηρίζει τα δύο σαφώς διακριτά μεταξύ τους τούτα πράγματα ως τους δύο από τους τρεις μηχανισμούς για την εξασφάλιση της παροχής υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών (προοίμιο παρ. (5), (9), (25) και 5) Σύμφωνα με το προοίμιο παρ. 25, 27, 34, και στα άρθ 6 και 9 και το Παράρτημα του Κανονισμού 1370/2007 ΕΚ επίσης διακρίνεται η αποζημίωση για παροχή ΥΔΥ σε σχέση με την χορήγηση αποκλειστικών δικαιωμάτων για παροχή ΥΔΥ, ως δύο διακριτές μεταξύ τους κατηγορίες, και περιγράφεται και πάλι ο απολύτως κοστοστρεφής υπολογισμός της αποζημίωσης που καταβάλλεται για την υποχρεωτική εκτέλεση της ΥΔΥ, ενώ εξ άλλου 6) Στις παρ. 24, 26 και 27 του προοιμίου και στο άρθ. 5 του Κανονισμού προβλέπεται ρητά η δυνατότητα του Δημοσίου να αναθέτει απ' ευθείας τις συμβάσεις ΥΔΥ ως εξουσία και μονομερές δικαίωμά του, πράγματα τα οποία επιβεβαιώνουν περαιτέρω τον χαρακτήρα της ΥΔΥ ως υποχρέωσης επιβαλλόμενης επί των σιδηροδρομικών εταιρειών και όχι ως εκχωρούμενο δικαίωμα από πλευράς του Δημοσίου, και 6) Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθ. 2 ε) του Κανονισμού 1370/2007 η ΥΔΥ όχι μόνο δεν χαρακτηρίζεται ούτε είναι αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα που εκχωρεί το Δημόσιο προς όφελος σιδηροδρομικής εταιρείας, αλλά τουναντίον αποτελεί ρητά απαίτηση που προσδιορίζεται ή καθορίζεται από αρμόδια αρχή και μάλιστα προκειμένου να εξασφαλιστούν προς το προφανές κοινό συμφέρον υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών τις οποίες –άλλως- δεν θα αναλάμβανε ένας φορέας που ενεργεί κατά τα ίδια εμπορικά του συμφέροντα, και 7) Ο κανονισμός σαφώς διακρίνει στα άρθ. 2 παρ. ε) ορισμός ΥΔΥ, περ. στ) ορισμός αποζημίωσης για παροχή ΥΔΥ, στ) ορισμός αποκλειστικού δικαιώματος για παροχή ΥΔΥ, την χορήγηση αποζημίωσης για την παροχή ΥΔΥ από την χορήγηση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων για την παροχή ΥΔΥ και 8) Ο Κανονισμός περαιτέρω επιβεβαιώνει τον χαρακτήρα της ΥΔΥ ως επιβολή υποχρέωσης στο άρθ. 2, προβλέποντας ότι η οικεία σύμβαση παροχής ΥΔΥ μπορεί να συνίσταται και σε μονομερή απόφαση υπό μορφή ατομικής νομοθετικής ή κανονιστικής πράξης, ενώ 9) Στο άρθ. 3 και πάλι διακρίνεται ότι η ΥΔΥ μπορεί να αντισταθμίζεται με παροχή αποζημίωσης ή με χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος. Τούτο και πάλι περαιτέρω διακρίνεται και στο άρθ. 4 του Κανονισμού το οποίο στο εδ. 1. α) ι) διακρίνει τον τρόπο

Αριθμός απόφασης : 163/2018

υπολογισμού της αποζημίωσης επαναλαμβάνοντας την απόλυτη κοστοστέφεια της χορηγούμενης αποζημίωσης ενώ στο εδ.1. α ii) διακρίνει την φύση και την έκταση των αποκλειστικών δικαιωμάτων. Συνεπώς εφόσον ο ίδιος ο νόμος αυθεντικά ερμηνεύει και μάλιστα ορίζει και διακρίνει τις δύο τούτες νομικές κατηγορίες μεταξύ τους, δηλ. την αποζημίωση για παροχή ΥΔΥ και την χορήγηση αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων για την παροχή ΥΔΥ, ως δύο διακεκριμένες νομικές κατηγορίες, αποκλείεται πάσα άλλη τυχόν ερμηνεία η οποία θα κατέληγε στην συλλήβδην ταυτοποίηση των δύο τούτων κατηγοριών. Επίσης, εφόσον ο ίδιος ο νόμος αυθεντικά ορίζει χαρακτηρίζει και οριοθετεί την ΥΔΥ ως υποχρέωση, αποκλείεται τυχόν ερμηνεία του νόμου κατά την έννοια ότι η ανάθεση ΥΔΥ αυτή καθ' εαυτή αποτελεί από μόνη της και άνευ ετέρου χορήγηση αποκλειστικού ή ειδικού δικαιώματος, και 10) Περαιτέρω στο Παράρτημα του Κανονισμού επιβεβαιώνεται πλήρως ο αμιγώς αποζημιωτικός χαρακτήρας της επιβολής της ΥΔΥ καθώς ανευρίσκεται το καθαρό οικονομικό αποτέλεσμα της σιδηροδρομικής εταιρείας συγκρίνοντας ρητά τη κατάσταση όπου εκπληρούται η υποχρέωση παροχής δημόσιας υπηρεσίας με την κατάσταση που θα είχε διαμορφωθεί, εάν η εν λόγω υποχρέωση δεν είχε εκπληρωθεί, και 11) Η αντισταθμιστική, απολογιστική, κοστοστρεφής αποζημίωση για την παροχή ΥΔΥ αποκλείει την τυχόν ερμηνεία αυτής ως χρηματοδότηση της σιδηροδρομικής εταιρείας από το Δημόσιο, καθώς η αποζημίωση ΥΔΥ είναι έσοδο και όχι χρηματοδοτικό μέσο. Τυχόν διαφορετική ερμηνεία, που θα ταύτιζε το έσοδο με την χρηματοδότηση, θα κατέληγε στο άτοπο να θεωρηθούν χρηματοδοτούμενες από το Δημόσιο και να εμπíπτουν στον ν. 4412/2016 και στις διαδικασίες περί δημοσίων προμηθειών, αμιγώς ιδιωτικές εταιρείες των οποίων τα έσοδα προέρχονται εν συνόλω, ή και κατά μέγα, ή κατά όποιο μέρος από συναλλαγές με το Δημόσιο πχ προμηθευτές του Δημοσίου. 12) Πάντα τα ανωτέρω επαναλαμβάνονται και στον Κανονισμό 2338/2016 ο οποίος μάλιστα ρητώς προβλέπει στο άρθ. 8 σε συνδ. με το άρθ. 4 παρ. 3, ότι οι συμβάσεις ΥΔΥ που έχουν ανατεθεί χωρίς διαγωνισμό από τις 26 Ιουλίου 2000 και πριν από τις 24 Δεκεμβρίου 2017 εξακολουθούν να ισχύουν υπό τον όρο να μην υπερβαίνουν τα 10 έτη, ενώ σε κάθε περίπτωση η ανάθεση ΥΔΥ με απ' ευθείας ανάθεση παύει να ισχύει από την 25-12-2023, πλην διακινδύνευσης εκτάκτων καταστάσεων, οπότε και πάλι

Αριθμός απόφασης : 163/2018

μπορεί να ανατίθεται παροχή ΥΔΥ χωρίς διαγωνισμό. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθ. 12 «Ανάθεση Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας (ΥΔΥ)», του ν. 3891/2010 όπως τούτο τροποποιήθηκε ίδια με το άρθ. 17 του ν. 4337/2015 «Μέτρα εφαρμογής Μνημονίου 3», το άρθ. 86 παρ. 4 α' του ν. 4199/2013, το άρθ. 38 παρ. 3 ν. 4053/2012, το άρθ. 86 παρ. 4 β του ν. 4199/2013, το άρθ. 45 παρ. 4 του ν. 4313/2014, ανατέθηκε απ' ευθείας στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ η εκτέλεση ΥΔΥ μέχρι το 2020, έναντι ποσού αποζημίωσης που δεν μπορεί να υπερβεί τα ευρώ 50.000.000 ετησίως και σύμφωνα με τις διατάξεις σύμβασης που θα υπογραφεί με την εταιρεία. Κατόπιν τούτου, υπεγράφη την 17-12-2015 μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ η σχετική σύμβαση ΥΔΥ όροι της οποίας εξειδικεύτηκαν και διευκρινίστηκαν με την από 5-8-2017 τροποποίηση. Από την εν όλω θεώρηση της σύμβασης ι) δεν προέκυψε η εκχώρηση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων αποκλειστικά στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ, για την εκπλήρωση της απ' ευθείας ανατεθείσας από το ελληνικό Δημόσιο ΥΔΥ, ιι) ούτε προέκυψαν στοιχεία που να μπορούν να θέσουν εν αμφιβόλω τον αποζημιωτικό χαρακτήρα των προβλεπομένων προς καταβολή ποσών, στοιχεία δηλαδή, από τα οποία να μπορεί να συνάγεται ότι τα ποσά τούτα συνιστούν κρατική επιχορήγηση ή κρατική χρηματοδότηση άνευ ανταλλάγματος από πλευράς της εταιρείας. Αλλά αντίθετα προκύπτει ότι πρόκειται για μία αμφοτεροβαρή σύμβαση με συγκεκριμένα συναλλάγματα (εκατέρωθεν παροχή και αντιπαροχή) κατά την έννοια του ιδιωτικού δικαίου, με την επισήμανση ότι η παροχή του ελληνικού Δημοσίου για την ανατεθείσα ΥΔΥ έχει αμιγώς αποζημιωτικό ανταποδοτικό και απολύτως απολογιστικό και κοστοστρεφή χαρακτήρα, σε εφαρμογή και των σχετικών ως άνω διατάξεων της ελληνικής και ευρωπαϊκής νομοθεσίας. Σε κάθε περίπτωση, αντίθετη ερμηνεία των ως άνω διατάξεων και ίδια η θεώρηση ότι η αποζημίωση για την παροχή ΥΔΥ συνιστά ειδικό ή αποκλειστικό δικαίωμα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, θα οδηγούσε στο άτοπο (ad absurdum) να μετακινείται εντός και εκτός του πεδίου εφαρμογής του 4412/2016 οποιαδήποτε ιδιωτική επιχείρηση, εν προκειμένω η ΤΡΑΙΝΟΣΕ, και μάλιστα για όσο χρονικό της ανατίθεται ή δεν της ανατίθεται η εκτέλεση ΥΔΥ. Και μάλιστα τούτο είναι τόσο μάλλον άτοπο που η μεν υποχρέωση ΥΔΥ αφορά αποκλειστικά και μόνο σε μεταφορά

Αριθμός απόφασης : 163/2018

προσώπων, και μάλιστα αφορά σε μέρος μόνον της δραστηριότητας μεταφοράς προσώπων, ενώ συγχρόνως, η μεταφορά προσώπων αφορά με την σειρά της μέρος μόνον της μεταφορικής δραστηριότητας των σιδηροδρομικών επιχειρήσεων, και εν προκειμένω της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, η οποία επίσης δραστηριοποιείται –κατά το καταστατικό της- και στην μεταφορά εμπορευμάτων. Συνεπώς, μία τέτοια θεώρηση θα οδηγούσε στο περαιτέρω άτοπο να μετακινείται εντός και εκτός του πεδίου εφαρμογής του 4412/2016 ακόμη και η ίδια επιχείρηση αναλόγως αν η συγκεκριμένη προμήθεια συσχετίζεται ή όχι με την εκπλήρωση της ΥΔΥ, πράγμα που δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016. Άλλως, μία τέτοια θεώρηση θα οδηγούσε στο διαφορετικό άτοπο να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του 4412/2016 μία επιχείρηση της οποίας η καθοριστικά μέγιστη δραστηριότητα (κύκλος εργασιών) δεν συσχετίζεται με την ΥΔΥ, πράγμα που επίσης δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016. Ο ν. 4412/2016 σε κάθε περίπτωση εντάσσει στο πεδίο εφαρμογής του τις επιχειρήσεις των οποίων η λειτουργία αυτή καθ' εαυτή βασίζεται σε ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα και όχι αυτές οι οποίες – μεταξύ άλλων- λαμβάνουν αποζημίωση από το Δημόσιο επειδή μεταξύ άλλων δραστηριοποιούνται –ενδεχομένως και κατά μικρό ποσοστό- στην παροχή ΥΔΥ. Διαφορετική θεώρηση θα σήμαινε την ένταξη στον ν. 4412/2016 και στις διαδικασίες περί δημοσίων προμηθειών αμιγώς ιδιωτικών εταιρειών όπως οι ακτοπλοϊκές εταιρείες, τα ΚΤΕΛ, ο ΟΤΕ κλπ οι οποίες λαμβάνουν επίσης, και σύμφωνα με τους οικείους νόμους, αντισταθμιστικά ποσά για την εξυπηρέτηση του κοινωνικού συνόλου σε δρομολόγια ή υπηρεσίες καθολικού παρόχου, που δεν θα παρείχαν ή δεν θα παρείχαν με τους ίδιους όρους, όπως ακριβώς εν προκειμένω ισχύει με την ΥΔΥ των σιδηροδρομικών μεταφορών προσώπων. Περαιτέρω, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι και παρά τα ανωτέρω, η απ' ευθείας ανάθεση ΥΔΥ από το Δημόσιο στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ συνιστά όμως αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα που απολαύει η ΤΡΑΙΝΟΣΕ, όμως και πάλι η συγκεκριμένη ΥΔΥ δεν εμπίπτει στην έννοια των αποκλειστικών η ειδικών δικαιωμάτων του άρθ. 224 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 του ν. 4412/2016. Και τούτο ίδια επειδή i) Η ανατεθείσα ως άνω ΥΔΥ δεν επηρεάζει και πολύ λιγότερο δεν επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα, δεδομένου ότι ii)

Αριθμός απόφασης : 163/2018

Τόσο κατά την ανάθεση της ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ όσο και κατά τον παρόντα χρόνο δεν ανευρίσκονται στην ελληνική αγορά άλλοι φορείς προκειμένου να ασκήσουν την δραστηριότητα αυτή, και άρα που να μπορούν να επηρεάζονται και δη ουσιωδώς. Η ΤΡΑΙΝΟΣΕ είναι η μόνη σιδηροδρομική επιχείρηση η οποία έχει λάβει άδεια –σύμφωνα με τον νόμο- για την διενέργεια σιδηροδρομικών επιβατικών μεταφορών, σύμφωνα με το με αριθ. 16.016/18/Δ2/26-2-2018 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της. Για τον λόγο αυτό, η ως άνω ανάθεση ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν μπορεί να συνιστά αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, καθώς ανάθεση δικαιωμάτων τα οποία όμως δεν επηρεάζουν ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα, ρητά δεν συνιστά εκχώρηση αποκλειστικού ή ειδικού δικαιώματος σύμφωνα με το άρθ. 224 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Για τον ίδιο λόγο (μοναδικότητα της εταιρείας) τυχόν άλλα χορηγηθέντα κατά πάντα χρόνο –όχι κατ' αποκλειστικότητα- δικαιώματά της δεν συνιστούν αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του νόμου, διότι μπορούν αυτά τούτα τα ίδια να χορηγηθούν και σε οποιαδήποτε άλλη εταιρεία θέλει τυχόν αδειοδοτηθεί, και iii) Η απ' ευθείας ανάθεση ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ είναι χρονικά περιορισμένη μέχρι το 2020 οπότε δεν επηρεάζεται ουσιωδώς ούτε η απλή δυνατότητα τυχόν άλλων φορέων που θέλει τυχόν αδειοδοτηθούν κατά τον νόμο όπως ασκήσουν την δραστηριότητα ΥΔΥ και iv) η απευθείας ανάθεση ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια έλλειψης άλλων επιχειρήσεων όπως αναλάβουν το συγκεκριμένο έργο. Για τον λόγο αυτό, η ως άνω ανάθεση ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν μπορεί να συνιστά αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, καθώς ανάθεση βασιζόμενη σε αντικειμενικά κριτήρια ρητά δεν συνιστά εκχώρηση αποκλειστικού ή ειδικού δικαιώματος σύμφωνα με το άρθ. 224 παρ. 3 του ν. 4412/2016, και v) Ούτε ο ν. 3891/2010 ούτε η σύμβαση μεταξύ του ελληνικού Δημοσίου και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ χορήγησε δικαίωμα παροχής ΥΔΥ μόνον στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ αποκλεισμένου ή περιορισμένου άλλου φορέα από την ανάθεση ΥΔΥ και vi) Εξ άλλου, η απ' ευθείας ανάθεση της ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ και η συνέχιση και λήξη της σχετικής σύμβασης ρητά προβλέπεται ως νόμιμος και ισχυρός τρόπος ανάθεσης ΥΔΥ, ως άνω από το ευρωπαϊκό δίκαιο, ενώ συγχρόνως vii)

Αριθμός απόφασης : 163/2018

Προβλέπεται μεν στο άρθ. 224 παρ. 3 περ. α) ότι η ανάθεση δικαιωμάτων με διαγωνισμό δεν συνιστά εκχώρηση αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων κατά την έννοια του νόμου αυτού, όμως η περίπτωση αυτή αναφέρεται ενδεικτικά μόνον και όχι περιοριστικά ως περίπτωση που κατά νόμο αποκλείει την ύπαρξη αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων. Συνεπώς και εφόσον ως άνω η ανάθεση ΥΔΥ στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ έγινε μεν απ' ευθείας με νόμο και όχι με διαγωνισμό αλλά η ανάθεση αυτή βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια και ουδένά άλλον φορέα επηρέασε ούτε μπορούσε να επηρεάσει και μάλιστα ουσιαδώς στην άσκηση των δραστηριοτήτων ΥΔΥ, η συγκεκριμένη ανάθεση ΥΔΥ δεν συνιστά αποκλειστικό ή ειδικό δικαίωμα κατά την έννοια του ν. 4412/2016. Για όλους τους παραπάνω λόγους, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ, από την 14-9-2017 και μετά δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 ούτε ως αναθέτουσα αρχή ούτε ως αναθέτων φορέας ούτε ως επιχείρηση στην οποία έχουν εκχωρηθεί αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα. Συναφώς και η με αριθ. 51/2018 ΣΤΕ ΕΑ εξετάζοντας προσφυγή επί διαγωνισμού προκηρυχθέντος προ της 14-9-2017 αρκέστηκε όπως διαπιστώσει ότι « ...ο επίμαχος διαγωνισμός προκηρύχθηκε από νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, το οποίο αποτελεί αναθέτοντα φορέα...» εστιάζοντας στην ημερομηνία προκήρυξης της εκεί διαγωνισμού και όχι στην νομική φύση της ΤΡΑΙΝΟΣΕ όπως αυτή μετεξελίχθηκε από την 14-9-2017 και έπειτα. Για τους λόγους αυτούς, ο επίμαχος διαγωνισμός δεν εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, και για τον συνεπώς πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή λόγω αναρμοδιότητας, και τούτο μάλιστα παρότι η επίμαχη διακήρυξη προβλέπει αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, δεδομένου ότι η αρμοδιότητα κρίνεται κατά τον νόμο και δεν ρυθμίζεται από τους όρους της διακήρυξης.

37. Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, κατά την ισχύ της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, είχε κριθεί από την νομολογία ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ αποτελούσε δημόσια επιχείρηση κοινής ωφέλειας, η οποία ιδρύθηκε από τον Οργανισμό Σιδηροδρόμων Ελλάδος (ΟΣΕ) με βάση τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 2 περ. στ' του ν.δ. 674/1970, που ανήκε την περίοδο εκείνη στο Δημόσιο (άρθρο 2 παρ. 1γ' του ν. 3891/2010, Α' 188). Βάσει των δεδομένων εκείνης της περιόδου και στα πλαίσια ανάθεσης σύμβασης καθαρισμού του τροχαίου υλικού των προαστιακών συρμών, η

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ΤΡΑΙΝΟΣΕ είχε χαρακτηριστεί ως «αναθέτουσα αρχή» κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 2 παρ.1 και 2 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 723/2011). Στη συνέχεια, υπό το καθεστώς του Ν.4412/2016 και ενώ το σύνολο μετοχών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ ανήκε στο ΤΑΙΠΕΔ, ΝΠΙΔ που λειτουργεί για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και ανήκει εξ ολοκλήρου στο Κράτος, έχει κριθεί από τη νομολογία ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ αποτελεί αναθέτοντα φορέα στον τομέα των σιδηροδρομικών μεταφορών κατά την έννοια των άρθρων 4 παρ. 1 και 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και ως εκ τούτου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του Ν.4412/2016 (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 51/2018). Ωστόσο, ο επίδικος διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στις 16 Νοεμβρίου 2017, αφού, δηλαδή, είχε ήδη -από τις 14 Σεπτεμβρίου 2017- ολοκληρωθεί η πώληση και μεταβίβαση του συνόλου των μετοχών του Ελληνικού Δημοσίου προς την ιταλική εταιρεία FERROVIE DELLO STATO ITALIANO S.p.A. (FSI). Επομένως, θα πρέπει να εξεταστεί αν η μεταβολή αυτή στο ιδιοκτησιακό καθεστώς της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ήταν ικανή να επηρεάσει τον νομικό χαρακτηρισμό της ως αναθέτοντος φορέα κατά την έννοια της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ειδικά ως προς τον επίδικο διαγωνισμό.

38. Επειδή η ΤΡΑΙΝΟΣΕ στην από 26-02-2018 απάντησή της στα ερωτήματα της Εισηγήτριας ισχυρίζεται ότι: «1. Η ολοκλήρωση της πώλησης και μεταβίβασης των μετοχών του 100% των μετοχών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ από το ΤΑΙΠΕΔ στην εταιρεία *Ferrovie dello stato Italiano Spa (FSI)* έγινε στις 14.9.2017. Το Ελληνικό Δημόσιο ή το ΤΑΙΠΕΔ δεν διακρατούν μετοχές ή άλλα δικαιώματα στην εταιρεία. Συνημμένα υποβάλλεται το με Α.Π. 32388/21.9.2017 έγγραφο ΤΑΙΠΕΔ (σχετ. 1), δεδομένου ότι η εταιρεία δεν έχει στην κατοχή της τη σύμβαση μεταβίβασης των μετοχών, που υπεγράφη μεταξύ του ΤΑΙΠΕΔ και της FSI. 2. Κατόπιν της μεταβίβασης των μετοχών της εταιρείας η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ έχει εξέλθει του δημοσίου τομέα και λειτουργεί με βάση τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου. Στο καταστατικό της εταιρείας δεν υπάρχει πλέον καμία αναφορά σε κοινωφελή σκοπό ή λειτουργία της εταιρείας υπέρ του δημοσίου συμφέροντος. Σύμφωνα δε με το άρθρο 5ο του καταστατικού, το Διοικητικό Συμβούλιο της εταιρείας εκλέγεται στο σύνολό του αποκλειστικά από τη Γενική Συνέλευση του Μετόχου της. Δεν υπάρχει κανενός είδους διαχειριστική εποπτεία ή συμμετοχή στην εκλογή της Διοίκησης της ΤΡΑΙΝΟΣΕ

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ΑΕ από το κράτος ή άλλες αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή Οργανισμούς Δημοσίου Δικαίου. Συνημμένα υποβάλλεται το κωδικοποιημένο καταστατικό της εταιρείας, μετά την τελευταία τροποποίηση αυτού, που εγκρίθηκε με την αριθμό 21120/17 – 10/10/2017 απόφαση της Περιφέρειας Αττικής και καταχωρήθηκε στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο με αριθμό καταχώρισης 1217289/11.10. 2017 (σχετ. 2). Σύμφωνα με τις τελευταίες εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις του οικονομικού έτους 2016, η αποζημίωση που έλαβε η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ στο πλαίσιο εκτέλεσης της σύμβασης ΥΔΥ ανέρχεται σε 40.050.930,30 ευρώ επί συνόλου εσόδων 120.867.340,05 ευρώ (ήτοι ποσοστό 33,14%). Ως εκ τούτου κατά τη γνώμη μας, ακόμη και εάν η καταβολή της αποζημίωσης στο πλαίσιο εκτέλεσης μίας σύμβασης παροχής υπηρεσιών, η οποία είναι ανταποδοτική και καταβάλλεται απολογιστικά, κριθεί ότι αποτελεί «χρηματοδότηση» κατά την έννοια του άρθρου 223 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο κατά τη γνώμη μας δεν ισχύει, με βάση τα ανωτέρω ποσά σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να κριθεί ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος. Συνημμένα υποβάλλεται το με Α.Π. 4764/18/Τ2/ 26.02.2018 έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ (σχετ. 3)». Περαιτέρω, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ αναφέρει ότι για την αποζημίωση που λαμβάνει «θεωρούμε ότι εφαρμογή έχει πλέον η παράγραφος 7 του άρθρου 12 του ν. 3891/2010, ως νεώτερη διάταξη η οποία διέπει ειδικά το καθεστώς Σύμβασης ΥΔΥ από το έτος 2016 έως το 2020» και ισχυρίζεται ότι «3. Με βάση τα ήδη αναφερθέντα ανωτέρω, υπό στοιχείο 2, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ δεν αποτελεί δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 224 παρ. 2 περ. α, β και γ. 4. Αναφορικά με το αν η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ λειτουργεί επί της βάσει ειδικών και αποκλειστικών δικαιωμάτων και το εάν αυτά τα αποκλειστικά δικαιώματα (εφόσον υπάρχουν) έχουν εκχωρηθεί δυνάμει διαδικασίας στην οποία διασφαλίστηκε επαρκής δημοσιότητα ή βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια (προκήρυξη διαγωνισμού του ν. 4412/2016 ή άλλες πράξεις του Προσαρτήματος Β, Παράρτημα ΙΙ, του ν. 4412/ 2016), λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ Α.Ε. αποτελεί σιδηροδρομική επιχείρηση, κατά την έννοια του άρθρου 3 του ν. 4408/2016 «Εναρμόνιση της νομοθεσίας με την Οδηγία 2012/34/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Νοεμβρίου 2012 για τη δημιουργία ενιαίου σιδηροδρομικού χώρου

Αριθμός απόφασης : 163/2018

(ΕΕΛ343/32της 14.2.2012) και άλλες διατάξεις», ήτοι έχει λάβει άδεια σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία για την εκτέλεση σιδηροδρομικής μεταφοράς επιβατών και εμπορευμάτων. Επισημαίνεται επίσης, προκειμένου να συνεκτιμηθεί ως προς τον τρόπο της απευθείας ανάθεσης των Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ, ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ είναι η μόνη σιδηροδρομική επιχείρηση η οποία έχει άδεια για την διενέργεια σιδηροδρομικών επιβατικών μεταφορών. Με ειδική διάταξη νόμου, ήτοι με το άρθρο 12 παρ. 7 του ν. 3891/2010, έχει ανατεθεί στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ ως σιδηροδρομική επιχείρηση η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ για τα έτη 2015 έως 2020 (συνημμένα αποστέλλεται η σχετική διάταξη, ως ισχύει μετά των τροποποιήσεών της, σχετ. 4). Το εδάφιο γ της παραγράφου 7 προβλέπει ειδικά: «7. γ. Η παροχή υπηρεσιών ΥΔΥ από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ για τα έτη 2016 έως και 2020, διενεργείται, σύμφωνα με τις προβλέψεις σύμβασης που υπογράφεται μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου εκπροσωπούμενου από τους Υπουργούς Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ με την οποία ορίζεται μεταξύ άλλων το εύρος των παρεχόμενων υπηρεσιών, τα δρομολόγια που καλύπτονται από τη σύμβαση, η μεθοδολογία υπολογισμού της αποζημίωσης της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, ο τρόπος παρακολούθησης της εκτέλεσης της σύμβασης, οι μηχανισμοί ελέγχου και κάθε άλλο σχετικό θέμα. Για την υπογραφή της σύμβασης δεν απαιτείται η έγκριση της παραγράφου 2». Κατ' εξουσιοδότηση της διάταξης αυτής υπεγράφη μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ η από 17.12.2015 Σύμβαση Παροχής Δημόσιας Υπηρεσίας (στο εξής «Σύμβαση ΥΔΥ») για την ανάθεση Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας σύμφωνα με το ν. 3891/2010 και τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό 1370/2007, η οποία τροποποιήθηκε με την από 5.8.2017 Τροποποίηση Συμφωνίας Εκτέλεσης Σύμβασης ΥΔΥ. Στο πλαίσιο της σύμβασης αυτής το Ελληνικό Δημόσιο ανέθεσε στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ, υπό τους όρους της σύμβασης, σύμφωνα με τις προβλέψεις της παραγράφου 7 του άρθρου 12 του ν. 3891/2010, την παροχή των λεπτομερώς περιγραφόμενων και προσδιοριζόμενων στο Παράρτημα Α' της Σύμβασης ΥΔΥ Υπηρεσιών επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών, οι οποίες είναι αναγκαίες από άποψη γενικού οικονομικού και κοινωνικού συμφέροντος. Οι Υπηρεσίες ανατίθενται σύμφωνα με το ν. 3891/2010, όπως ισχύει, και τον

Αριθμός απόφασης : 163/2018

Κανονισμό 1370/2007, έναντι αποζημίωσης, η οποία υπολογίζεται σύμφωνα με τους όρους της Σύμβασης ΥΔΥ. Η σύμβαση ρυθμίζει, μεταξύ άλλων, τα του σχεδιασμού, της διοίκησης, της λειτουργίας και της ποιότητας των Υπηρεσιών, το κόμιστρο, τον υπολογισμό εσόδων από την εκτέλεση των υπηρεσιών και τις αποδεκτές δαπάνες, τον τρόπο υπολογισμού και καταβολής της αποζημίωσης, η οποία σε καμία περίπτωση δεν δύναται να υπερβαίνει το ποσό των 50.000.000 ευρώ ετησίως. Προβλέπει επίσης τον τρόπο παρακολούθησης της σύμβασης από το Ελληνικό Δημόσιο, το μηχανισμό επιβολής ποινικών ρητρών, αλλά και επιβράβευσης του Παρόχου. Πρόκειται λοιπόν για Σύμβαση Παροχής Δημόσιας Υπηρεσίας κατά την έννοια του Κανονισμού 1370/2007, η οποία με βάση το άρθρο 2 εδάφιο (θ) του Κανονισμού μπορεί, ανάλογα με το δίκαιο των κρατών μελών να συνίσταται σε απόφαση λαμβανόμενη από την αρμόδια αρχή υπό την μορφή ατομικής νομοθετικής ή κανονιστικής πράξης. Με βάση τον ίδιο Κανονισμό, άρθρο 2 εδάφιο (στ), «αποκλειστικό δικαίωμα» είναι αυτό που δίνει τη δυνατότητα σε φορέα δημόσιας υπηρεσίας να εκμεταλλεύεται ορισμένες δημόσιες υπηρεσίες επιβατικών μεταφορών σε δεδομένη γραμμή, δίκτυο ή περιοχή, αποκλειόμενου κάθε άλλου τέτοιου φορέα. Η ελληνική νομοθεσία και η Σύμβαση ΥΔΥ δεν περιλαμβάνει τέτοιου είδους ρύθμιση ή ανάληψη υποχρέωσης από την πλευρά του Ελληνικού Δημοσίου. Αντιθέτως, στο άρθρο 10 παρ. 2 του ν. 4408/2016, προβλέπεται η δυνατότητα και άλλων σιδηροδρομικών επιχειρήσεων να παράσχουν επιβατικές υπηρεσίες εντός της ελληνικής επικράτειας, ακόμη και εάν αφορούν σε διαδρομές, που καλύπτονται από σύμβαση δημόσιας υπηρεσίας, ο δε ρυθμιστικός φορέας δύναται να το αρνηθεί μόνο εάν η παροχή των υπηρεσιών αυτών θέτει σε κίνδυνο την οικονομική υπηρεσία της σύμβασης ΥΔΥ και μόνο υπό τους όρους του άρθρου 11 του ίδιου νόμου, ήτοι με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση. 5. α) Συνημμένα σας υποβάλλουμε αντίγραφο της από 17.12.2015 σύμβασης ΥΔΥ και της από 5.8.2017 τροποποίησής της, άνευ κάποιων εκ των παραρτημάτων αυτών, τα οποία περιλαμβάνουν εμπιστευτικά στοιχεία και κατά τη γνώμη μας δεν θα συνδράμουν στο σχηματισμό άποψης για την υπαγωγή ή όχι της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ στο ν. 4412/2016 (σχετ. 5). β) Εξ όσων γνωρίζουμε δεν έχουν τεθεί αιτήματα στο Διαχειριστή Υποδομής από άλλες σιδηροδρομικές επιχειρήσεις για την διενέργεια επιβατικού δρομολογίου, δεδομένου ότι όπως

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ήδη αναφέρθηκε η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ είναι η μοναδική σιδηροδρομική επιχείρηση που παρέχει υπηρεσίες επιβατικών σιδηροδρομικών μεταφορών στην ελληνική επικράτεια. γ) Δεν έχει εκδοθεί η προβλεπόμενη στην παράγραφο 3 του άρθρου 12 του ν. 3891/2010 ΚΥΑ».

39. Επειδή η ΤΡΑΙΝΟΣΕ με την απάντησή της αναφέρει ότι η εταιρεία δεν εμπίπτει στις διατάξεις του άρθρου 224 παρ. 2 περ. α, β και γ του Ν.4412/2016 (στοιχ. 3), δηλαδή, δεν συνιστά αναθέτοντα φορέα για τους σκοπούς του Βιβλίου ΙΙ. Επομένως, η ανάθεση των συμβάσεων της δεν υπάγεται στις διατάξεις του Ν.4412/2016 και, συνακόλουθα, η ΑΕΠΠ δεν είναι καθ' ύλην αρμόδια να κρίνει την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή. Ωστόσο, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν προέβη σε ακύρωση της εκκινούμενης από αυτήν διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία διενεργείται, κατ' επιλογήν της, δυνάμει των διατάξεων του Ν.4412/2016, καίτοι μεταγενέστερη της πωλήσεώς της στην ως άνω ιταλική εταιρεία.

40. Επειδή πέραν των προαναφερόμενων διατάξεων στην μείζονα της παρούσης, κατά την μειοψηφούσα άποψη της Προέδρου του Κλιμακίου, για την απάντηση του υπό σκέψη 37 τεθέντος ερωτήματος και προκειμένου να διαπιστωθεί αν η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια να εξετάσει την υπό κρίση προσφυγή, πρέπει να ληφθούν υπόψη και άλλες διατάξεις του νομικού πλαισίου που τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω.

41. Επειδή, σε ό, τι αφορά στο πεδίο εφαρμογής του νομικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, στο άρθρο 1 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV (άρθρα 345 έως 374). 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.[...] 5. Οι διατάξεις των άρθρων 326 έως 333 εφαρμόζονται αποκλειστικά στις συμβάσεις των περιπτώσεων β' της παραγράφου 2 με εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων του άρθρου 235».

42. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 222 του Ν.4412/2016 (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/17/ΕΕ) ορίζεται, μεταξύ άλλων, και ότι: «3. Το παρόν Βιβλίο δεν θίγει το δικαίωμα ορισμού με διάταξη νόμου ή διοικητική πράξη, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης : 163/2018

το δίκαιο της Ένωσης, υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος, οργάνωσης και χρηματοδότησης αυτών, σύμφωνα με τους κανόνες περί κρατικών ενισχύσεων, καθώς και των ειδικών υποχρεώσεων, στις οποίες θα πρέπει να υπόκεινται κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην κείμενη νομοθεσία και ιδίως στην παρ. Β΄ του ν. 4152/2013 (Α΄ 107). Ομοίως, δεν θίγει την απόφαση των δημόσιων αρχών αν, πώς και σε ποιο βαθμό επιθυμούν να ασκούν δημόσιες λειτουργίες, οι ίδιες, σύμφωνα με το άρθρο 14 της ΣΛΕΕ και το πρωτόκολλο αριθμ. 26. [...] 5. Το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου δεν περιλαμβάνει τις μη οικονομικές υπηρεσίες γενικού συμφέροντος. [...] 6. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και του κατά περίπτωση εποπτεύοντος Υπουργού, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος αναθέτοντος φορέα, είναι δυνατή η παρέκκλιση από διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1. Στο αίτημα του αναθέτοντος φορέα περιλαμβάνονται οι λόγοι που καθιστούν αναγκαία την αιτούμενη παρέκκλιση, λόγω της νομικής φύσης του φορέα ή /και του αντικειμένου των συμβάσεων, καθώς και οι προτεινόμενοι προς εφαρμογή κανόνες».

43. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 240 του Ν.4412/2016 (άρθρο 21 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζεται ότι: «Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες: [...] ζ) δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές ή μεταφορές με το μετρό[...]».

44. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 251 του Ν.4412/2016 (άρθρο 34 της Οδηγίας 2014/17/ΕΕ) προβλέπεται ότι: «1. Οι συμβάσεις που προορίζονται να επιτρέψουν την άσκηση δραστηριότητας οριζομένης στα άρθρα 228 έως 234 δεν υπάγονται στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338), αν καταδεικνύεται, δυνάμει του αιτήματος που προβλέπεται στο άρθρο 252 κατωτέρω, ότι η ασκουμένη στην Ελλάδα δραστηριότητα είναι άμεσα εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό σε αγορές στις οποίες η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη. Ομοίως, οι διαγωνισμοί μελετών που διοργανώνονται για την πραγματοποίηση μιας τέτοιου είδους δραστηριότητας στην εν λόγω γεωγραφική περιοχή δεν υπάγονται στο παρόν Βιβλίο. Η συγκεκριμένη δραστηριότητα μπορεί να αποτελεί μέρος ευρύτερης γεωγραφικής περιοχής ή να ασκείται μόνον σε

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ορισμένες περιοχές. Η αναφερόμενη στο πρώτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου αξιολόγηση περί ύπαρξης ανταγωνισμού, η οποία πραγματοποιείται με βάση τις πληροφορίες που είναι διαθέσιμες στην Επιτροπή και για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου, δε θίγει την εφαρμογή της περί ανταγωνισμού νομοθεσίας. Η ως άνω αξιολόγηση πραγματοποιείται λαμβάνοντας υπ' όψιν την αγορά για τις εν λόγω δραστηριότητες και τη γεωγραφική αγορά αναφοράς κατά την έννοια της παραγράφου 2. 2. Για τους σκοπούς της παραγράφου 1, το κατά πόσον μια δραστηριότητα είναι άμεσα εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό καθορίζεται με βάση κριτήρια, σύμφωνα με τις διατάξεις περί ανταγωνισμού της ΣΛΕΕ. Σε αυτά μπορεί να περιλαμβάνονται τα χαρακτηριστικά των συγκεκριμένων προϊόντων ή υπηρεσιών, η ύπαρξη εναλλακτικών προϊόντων ή υπηρεσιών που θεωρούνται ότι μπορούν να τα υποκαταστήσουν τόσο από την πλευρά της ζήτησης όσο και από την πλευρά της προσφοράς, οι τιμές και η πραγματική ή δυνητική παρουσία περισσότερων του ενός παρόχων των εν λόγω προϊόντων ή υπηρεσιών. Ως γεωγραφική αγορά αναφοράς, με βάση την οποία αξιολογείται η έκθεση στον ανταγωνισμό, νοείται η περιοχή όπου οι σχετικές επιχειρήσεις συμμετέχουν στην προσφορά και τη ζήτηση προϊόντων ή υπηρεσιών, όπου οι συνθήκες ανταγωνισμού είναι επαρκώς ομοιογενείς και η οποία μπορεί να διακριθεί από τις γειτονικές περιοχές επειδή, ιδίως, οι συνθήκες ανταγωνισμού είναι αισθητά διαφορετικές. Η εν λόγω αξιολόγηση λαμβάνει ιδίως υπόψιν τη φύση και τα χαρακτηριστικά των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών, την ύπαρξη εμποδίων για την είσοδο στην αγορά ή ενδεχόμενων προτιμήσεων των καταναλωτών, τις αισθητές διαφορές στα μερίδια αγοράς των επιχειρήσεων μεταξύ της εν λόγω περιοχής και των γειτονικών περιοχών ή τις αισθητές διαφορές στις τιμές. 3. Για τους σκοπούς της παραγράφου 1, η πρόσβαση σε μια αγορά θεωρείται ότι δεν περιορίζεται, εφόσον η σχετική νομοθεσία της Ένωσης, η οποία παρατίθεται στο Παράρτημα III του Προσαρτήματος Β', έχει ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο. Όταν η ελεύθερη πρόσβαση σε συγκεκριμένη αγορά δεν τεκμαίρεται βάσει του πρώτου εδαφίου, πρέπει να καταδεικνύεται ότι η εν λόγω πρόσβαση είναι ελεύθερη εκ του νόμου και εκ των πραγμάτων».

45. Επειδή σύμφωνα με το Παράρτημα III του Προσαρτήματος Β' προβλέπεται ότι: «[...] Δ. Αναθέτοντες φορείς στον τομέα των σιδηροδρομικών

Αριθμός απόφασης : 163/2018

υπηρεσιών: Σιδηροδρομικές εμπορευματικές μεταφορές Οδηγία 2012/34/ΕΕ Υπό ενσωμάτωση Διεθνείς σιδηροδρομικές μεταφορές επιβατών Οδηγία 2012/34/ΕΚ Υπό ενσωμάτωση Εθνικές σιδηροδρομικές μεταφορές επιβατών [Καμία][...].».

46. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 252 του Ν.4412/2016 (άρθρο 35 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπεται ότι: «1. Όταν το αρμόδιο κατά περίπτωση Υπουργείο κρίνει ότι, με βάση τα κριτήρια των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 251, μια δεδομένη δραστηριότητα είναι άμεσα εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό σε αγορές στις οποίες η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη, μπορεί να υποβάλει αίτημα στην Επιτροπή, προκειμένου να βεβαιώσει ότι το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) δεν εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων ή στη διοργάνωση διαγωνισμών μελετών για την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας, συνοδευόμενο, ενδεχομένως, από τη θέση που έλαβε ανεξάρτητη εθνική αρχή η οποία είναι αρμόδια για τη σχετική δραστηριότητα. Τέτοια αιτήματα μπορούν να αφορούν σε δραστηριότητες που αποτελούν μέρος ευρύτερου τομέα ή που ασκούνται μόνον σε ορισμένα τμήματα του συγκεκριμένου κράτους - μέλους. Διά του ως άνω αιτήματος γνωστοποιούνται στην Επιτροπή όλα τα συναφή στοιχεία, και ιδίως κάθε διάταξη νόμου ή διοικητική πράξη ή συμφωνία που αφορά τη συμμόρφωση προς τους όρους που αναφέρονται στην παράγραφος 1 του άρθρου 251. 2. Αν το αίτημα που υποβάλλεται, σύμφωνα με την παράγραφος 1 συνοδεύεται από αιτιολογημένη και τεκμηριωμένη θέση που έλαβε ανεξάρτητη εθνική αρχή αρμόδια για τη σχετική δραστηριότητα, η εν λόγω θέση πρέπει να αναλύει λεπτομερώς τις προϋποθέσεις για τη δυνατότητα εφαρμογής της παραγράφου 1 του άρθρου 251 στη σχετική δραστηριότητα, σύμφωνα με τις παρ. 2 και 3 του εν λόγω άρθρου. Αν το αίτημα δε συνοδεύεται από θέση αρμόδιας ανεξάρτητης αρχής, το αρμόδιο Υπουργείο ενημερώνει την Επιτροπή για όλα τα συναφή στοιχεία, και, ιδίως, για κάθε διάταξη νόμου ή διοικητική πράξη ή συμφωνία που αφορά τη συμμόρφωση προς τους όρους που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 251. 3. Οι συμβάσεις που προορίζονται να καταστήσουν δυνατή την άσκηση της συγκεκριμένης δραστηριότητας και οι διαγωνισμοί μελετών που διοργανώνονται για την πραγματοποίηση μιας τέτοιου είδους δραστηριότητας παύουν να υπόκεινται στο παρόν βιβλίο, εάν εκδώσει η Επιτροπή εκτελεστική

Αριθμός απόφασης : 163/2018

πράξη σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής της παραγράφου 1 του άρθρου 251 εντός της προθεσμίας που προβλέπεται στο Παράρτημα IV του Προσαρτήματος Β΄ του παρόντος βιβλίου ή παρέλθει η εν λόγω προθεσμία χωρίς να εκδοθεί η εκτελεστική πράξη. 4. Μετά την υποβολή του αιτήματος, το αρμόδιο Υπουργείο μπορεί, με τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής, να τροποποιήσει ουσιωδώς το αίτημά του, ιδίως σε ό,τι αφορά τις σχετικές δραστηριότητες ή γεωγραφικές περιοχές. Στην περίπτωση αυτή ισχύει νέα προθεσμία για την έκδοση της εκτελεστικής πράξης, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Β΄ του παρόντος βιβλίου, εκτός αν συμφωνηθεί μικρότερη προθεσμία. 5. Όταν μια δραστηριότητα αποτελεί ήδη αντικείμενο διαδικασίας για την Ελλάδα δυνάμει των παραγράφων 1, 2 και 4, η παραλαβή μεταγενέστερων αιτήσεων για την ίδια δραστηριότητα στην Ελλάδα πριν από το πέρας της προθεσμίας που έχει αρχίσει για την πρώτη αίτηση δεν θεωρείται ως έναρξη νέων διαδικασιών και οι αιτήσεις αυτές εξετάζονται στο πλαίσιο της πρώτης αίτησης».

47. Επειδή στο Προοίμιο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: « (1) Με βάση τα αποτελέσματα της αξιολόγησης του εγγράφου εργασίας της Επιτροπής της 27ης Ιουνίου 2011 με τίτλο «Έκθεση αξιολόγησης: Επιπτώσεις και αποτελεσματικότητα της νομοθεσίας της Ένωσης περί δημοσίων προμηθειών», κρίνεται σκόπιμο να διατηρηθούν κανόνες για τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, καθώς οι εθνικές αρχές εξακολουθούν να έχουν τη δυνατότητα να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εν λόγω φορέων, συμπεριλαμβανομένης της συμμετοχής στο κεφάλαιό τους και της εκπροσώπησής τους στα όργανα διοίκησης, διαχείρισης ή εποπτείας των φορέων. Ένας άλλος λόγος να συνεχιστεί η ρύθμιση των προμηθειών στους εν λόγω τομείς είναι ο κλειστός χαρακτήρας των αγορών στις οποίες δραστηριοποιούνται οι φορείς, λόγω της ύπαρξης ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων που έχουν χορηγηθεί από τα κράτη μέλη όσον αφορά την τροφοδότηση, τη διάθεση ή τη λειτουργία των δικτύων για την παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας.(2) Για να διασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό των προμηθειών φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών

Αριθμός απόφασης : 163/2018

υπηρεσιών, είναι σκόπιμο να θεσπισθούν διατάξεις για τον συντονισμό των διαδικασιών όσον αφορά συμβάσεις που υπερβαίνουν μια συγκεκριμένη αξία. Ο συντονισμός είναι απαραίτητος για να εξασφαλιστεί η εφαρμογή των αρχών της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), ιδίως της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και των αρχών που απορρέουν από αυτές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας. Λόγω της φύσεως των τομέων που καλύπτει, ο συντονισμός των διαδικασιών για τις προμήθειες σε επίπεδο Ένωσης θα πρέπει, διασφαλίζοντας την εφαρμογή των εν λόγω αρχών, να θέσει ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών πρακτικών και να επιτρέψει τη μέγιστη δυνατή ευελιξία [.....]. (8) Είναι επίσης σκόπιμο να υπενθυμιστεί ότι η παρούσα οδηγία δεν θα πρέπει να επηρεάζει τη νομοθεσία των κρατών μελών στον τομέα της κοινωνικής ασφάλισης ούτε θα πρέπει να αφορά την ελευθέρωση των υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος που ανατίθενται αποκλειστικά σε δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς ούτε την ιδιωτικοποίηση δημόσιων φορέων παροχής υπηρεσιών.[...] (12) Η έννοια «αναθέτουσες αρχές» και ειδικότερα ο όρος «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» έχουν εξεταστεί επανειλημμένως στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Προκειμένου να αποσαφηνιστεί ότι το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας πρέπει να παραμείνει αμετάβλητο, είναι σκόπιμο να διατηρηθούν οι ορισμοί επί των οποίων βασίστηκε το Δικαστήριο και να ενσωματωθούν ορισμένες διευκρινίσεις που προσφέρει αυτή η νομολογία για την καλύτερη κατανόηση των ορισμών, χωρίς πρόθεση τροποποίησης της σημασίας τους, ως έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία. Για τον σκοπό αυτόν, θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι ένας οργανισμός ο οποίος λειτουργεί υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, στοχεύει στο κέρδος και υφίσταται τις ζημίες που απορρέουν από την άσκηση της δραστηριότητάς του δεν θα πρέπει να θεωρείται «οργανισμός δημοσίου δικαίου», δεδομένου ότι έχει συσταθεί για να ικανοποιήσει ή του έχει ανατεθεί το καθήκον να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος οι οποίες θεωρούνται ότι έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Ομοίως, η προϋπόθεση σχετικά με την προέλευση της

Αριθμός απόφασης : 163/2018

χρηματοδότησης του υπό εξέταση οργανισμού μελετήθηκε επίσης από τη νομολογία, η οποία διευκρίνισε μεταξύ άλλων ότι χρηματοδότηση «κατά το πλείστον» σημαίνει άνω του μισού και ότι η εν λόγω χρηματοδότηση μπορεί να περιλαμβάνει πληρωμές από χρήστες οι οποίες επιβάλλονται, υπολογίζονται και εισπράττονται σύμφωνα με τους κανόνες του δημόσιου δικαίου».

48. Επειδή, σε ό,τι αφορά στον τομέα των σιδηροδρομικών μεταφορών, ο Κανονισμός 1370/2007 της 23^{ης} Οκτωβρίου 2007, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, προβλέπεται περαιτέρω στο άρθρο 1 ότι: «1. Ο σκοπός του παρόντος κανονισμού είναι να καθορίσει, σύμφωνα με τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου, τον τρόπο με τον οποίον οι αρμόδιες αρχές μπορούν να ενεργούν στον τομέα των δημοσίων επιβατικών μεταφορών για να εξασφαλίζουν την προσφορά υπηρεσιών γενικού συμφέροντος, οι οποίες θα είναι, μεταξύ άλλων, πολυπληθέστερες, ασφαλέστερες, υψηλότερης ποιότητας ή λιγότερο δαπανηρές, από εκείνες που θα μπορούσαν να προσφέρουν από μόνες τους οι δυνάμεις της αγοράς. Προς τον σκοπό αυτόν, ο παρών κανονισμός καθορίζει τους όρους υπό τους οποίους οι αρμόδιες αρχές, όταν επιβάλλουν υποχρεώσεις παροχής δημοσίων υπηρεσιών ή συνάπτουν σχετικές συμβάσεις, αποζημιώνουν τους φορείς δημοσίων υπηρεσιών για το κόστος με το οποίο επιβαρύνονται ή/και χορηγούν αποκλειστικά δικαιώματα ως αντάλλαγμα για την εκτέλεση υποχρεώσεων δημόσιας υπηρεσίας. 2. Ο παρών κανονισμός ισχύει για την εθνική και διεθνή παροχή δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών, με σιδηροδρομικά ή άλλα μέσα σταθερής τροχιάς, καθώς και οδικών μεταφορικών υπηρεσιών, εξαιρουμένων των υπηρεσιών που παρέχονται κυρίως για ιστορικούς ή τουριστικούς λόγους[...]

και στο άρθρο 3 ότι: «1. Εφόσον μια αρμόδια αρχή αποφασίζει να χορηγήσει σε φορέα της επιλογής της αποκλειστικό δικαίωμα ή/και αποζημίωση παντός είδους, σε αντιστάθμιση για την εκπλήρωση υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, πρέπει να το πράττει στο πλαίσιο σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας [...]

49. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν.4408/2016 που ενσωμάτωσε στην ελληνική έννομη τάξη την Οδηγία 2012/34/ΕΕ προβλέπεται ότι: «Για τους σκοπούς του παρόντος Νόμου, νοούνται ως: 1) «Σιδηροδρομική επιχείρηση»: κάθε δημόσια ή ιδιωτική επιχείρηση, η οποία έχει λάβει άδεια

Αριθμός απόφασης : 163/2018

σύμφωνα με τον παρόντα νόμο, η κύρια δραστηριότητα της οποίας είναι η εκτέλεση σιδηροδρομικής μεταφοράς εμπορευμάτων ή/και επιβατών, υπό την προϋπόθεση ότι η επιχείρηση αυτή εξασφαλίζει και την έλξη. Ο ορισμός αυτός περιλαμβάνει επίσης και τις επιχειρήσεις που παρέχουν μόνον έλξη. 2) «Διαχειριστής υποδομής»: η επιχείρηση που ευθύνεται κυρίως για την εγκατάσταση, τη διαχείριση και τη συντήρηση της εθνικής σιδηροδρομικής υποδομής συμπεριλαμβανομένης της διαχείρισης της κυκλοφορίας και του ελέγχου - χειρισμού και της σηματοδότησης. Τα καθήκοντα του διαχειριστή υποδομής δικτύου ή μέρους δικτύου είναι δυνατόν να ανατίθενται σε διαφορετικές επιχειρήσεις. Ως διαχειριστής υποδομής ορίζεται ο ΟΣΕ». Περαιτέρω, στο άρθρο 4 του Ν.4408/2016 ορίζεται ότι: «1. Όσον αφορά τη διαχείριση, τη διοίκηση και τον εσωτερικό έλεγχο των διοικητικών, οικονομικών και λογιστικών θεμάτων, οι σιδηροδρομικές επιχειρήσεις που, άμεσα ή έμμεσα, τελούν υπό την κυριότητα ή τον έλεγχο του κράτους, έχουν ανεξάρτητο καθεστώς σύμφωνα με το οποίο τηρούν, ιδίως, στοιχεία ενεργητικού, προϋπολογισμούς και λογαριασμούς, οι οποίοι είναι χωριστοί από εκείνους του κράτους. 2. Ο διαχειριστής της υποδομής, τηρώντας το πλαίσιο και τους συγκεκριμένους κανόνες χρέωσης τελών και κατανομής, που καθιερώνονται σύμφωνα με τις διατάξεις του Κεφαλαίου IV (άρθρα 26 έως 57), είναι υπεύθυνος για τη δική του διαχείριση, διοίκηση και εσωτερικό έλεγχο». Τέλος, στο άρθρο 58 προβλέπεται ότι: «Οι διατάξεις του παρόντος Νόμου εφαρμόζονται με την επιφύλαξη των διατάξεων του νόμου με τον οποίον ενσωματώνεται η Οδηγία 2014/25/ΕΕ κατά το μέρος που αφορά το πεδίο εφαρμογής της».

50. Επειδή στο Προοίμιο της Οδηγίας 2012/34/ΕΕ προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: «[...] (5) Για να καταστούν οι σιδηροδρομικές μεταφορές αποτελεσματικές και ανταγωνιστικές προς τους άλλους τρόπους μεταφοράς, τα κράτη μέλη θα πρέπει να εξασφαλίσουν στις σιδηροδρομικές επιχειρήσεις καθεστώς ανεξάρτητου επιχειρηματικού φορέα, που θα τους επιτρέπει να συμπεριφέρονται σαν εμπορικοί φορείς και να προσαρμόζονται στις ανάγκες της αγοράς [...] (19) Ο κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1370/2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Οκτωβρίου 2007, για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές, επιτρέπει στα κράτη μέλη και

Αριθμός απόφασης : 163/2018

τις τοπικές αρχές να αναθέτουν συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας, οι οποίες, ενδέχεται να προβλέπουν αποκλειστικά δικαιώματα για την παροχή ορισμένων υπηρεσιών μεταφορών. Είναι, επομένως, αναγκαίο να εξασφαλισθεί η συνοχή μεταξύ των διατάξεων του εν λόγω κανονισμού και της αρχής του ανοίγματος της παροχής υπηρεσιών διεθνών μεταφορών επιβατών στον ανταγωνισμό [...] (57) Οι υπηρεσίες μεταφορών που εκτελούνται βάσει σύμβασης με δημόσια αρχή ενδέχεται να απαιτούν ειδικούς κανόνες ώστε να διασφαλίζεται η ελκυστικότητά τους για τους χρήστες [...]».

51. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 7 του Ν.3891/2010 προβλέπεται ότι: «1.Στις αρμοδιότητες της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, περιλαμβάνονται: α) η παροχή υπηρεσιών έλξης για τη σιδηροδρομική μεταφορά επιβατών και εμπορευμάτων, β) η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση αστικών, προαστιακών, περιφερειακών, υπεραστικών και διεθνών επιβατικών και εμπορευματικών σιδηροδρομικών μεταφορών, καθώς και μεταφορών πάσης φύσεως με συστήματα σταθερής τροχιάς, γ) η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση αστικών, προαστιακών, περιφερειακών, υπεραστικών και διεθνών λεωφορειακών επιβατικών και εμπορευματικών μεταφορών, στην αλλοδαπή ή την ημεδαπή. Οι όροι και προϋποθέσεις ανάπτυξης, οργάνωσης και εκμετάλλευσης του ως άνω μεταφορικού έργου καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. δ) η ίδρυση και λειτουργία γραφείων γενικού τουρισμού της αλλοδαπής ή της ημεδαπής, καθώς και η πρακτόρευση μεταφορικών εταιριών και γραφείων γενικού τουρισμού, ε) η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών διαχείρισης εφοδιαστικής αλυσίδας (logistics), καθώς και κάθε δραστηριότητα σχετιζόμενη με διαχείριση εφοδιαστικής αλυσίδας, όπως ενδεικτικώς, η πρακτόρευση, φύλαξη, διαλογή, ποιοτικός έλεγχος, επικετοκόλληση, παλετοποίηση και κατασκευή, αγορά ή μίσθωση και διατήρηση των απαιτούμενων εγκαταστάσεων (όπως ενδεικτικώς αποθηκών και ειδικών κατασκευών), καθώς και κάθε είδους εξοπλισμού (όπως ενδεικτικώς οχημάτων, μηχανημάτων και λογισμικού) για την παροχή των υπηρεσιών εφοδιαστικής αλυσίδας και των συναφών υπηρεσιών, στ) η οργάνωση, εκμετάλλευση και παροχή υπηρεσιών κατάκλισης και εστίασης επιβατών, ζ) η οργάνωση και λειτουργία εργασιών κατασκευής, επισκευής και συντήρησης τροχαίου υλικού, η) η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση

Αριθμός απόφασης : 163/2018

μεταφορών οι οποίες αποσκοπούν στη βελτίωση της συμπληρωματικότητας του συστήματος μεταφορών της χώρας και στην αρτιότερη εξυπηρέτηση του κοινού, θ) η ανάπτυξη κάθε άλλης δραστηριότητας που αποσκοπεί στην ανάπτυξη του μεταφορικού έργου και την άρτια εξυπηρέτηση του κοινού, όπως η παροχή υπηρεσιών τουριστικού χαρακτήρα, η εκτέλεση διαμεταφορικού έργου, η θέση σε λειτουργία και η εκμετάλλευση τηλεπικοινωνιακού δικτύου, η κατασκευή έργων σχετικών με την εκπλήρωση του σκοπού της, ι) η παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών και η εκπόνηση μελετών σχετικών με τις δραστηριότητες της, ια) η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών τουριστικών λεωφορείων, ιβ) η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών οδικών εμπορευματικών μεταφορών και ιγ) κάθε άλλη δραστηριότητα που προβλέπεται από το καταστατικό της. 2. Για την εκπλήρωση των σκοπών της, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ μπορεί να ιδρύει θυγατρικές εταιρίες οποιασδήποτε μορφής ή να συμμετέχει σε εταιρίες ή σε κοινοπραξίες και να εκχωρεί ορισμένες από τις δραστηριότητες της. 3. Εντός προθεσμίας ενός (1) μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ολοκληρώνονται οι απαραίτητες ενέργειες για την τροποποίηση του καταστατικού της ΤΡΑΙΝΟΣΕ προς το σκοπό της προσαρμογής του στις διατάξεις του παρόντος νόμου. 4. Κατά παρέκκλιση των διατάξεων του άρθρου 6 παρ. 2 περίπτωση στ` του ν.δ. 674/1970, δεν εφαρμόζονται στην ΤΡΑΙΝΟΣΕ οι πάσης φύσεως φορολογικές ή άλλου είδους απαλλαγές, ατέλειες και εν γένει προνόμια που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 5 παράγραφοι 15 και 17 του ν. 2229/1994 και του άρθρου ένατου παράγραφοι 1, 2, 3 και 5 του ν. 1955/1991». Περαιτέρω, στο άρθρο 11 ορίζεται ότι: «1. Μέσα σε ένα (1) μήνα από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ καταρτίζει επιχειρησιακό σχέδιο για το σύνολο της δραστηριότητας της, στο πλαίσιο του οποίου εξετάζονται ιδίως, οι παρεχόμενες υπηρεσίες, τα δρομολόγια τα οποία θα διενεργεί, οι όροι μεταφοράς και η τιμολογιακή της πολιτική με σκοπό την άμεση κερδοφορία της. 2. Στα δρομολόγια που διενεργεί η ΤΡΑΙΝΟΣΕ στο εθνικό ή προαστιακό δίκτυο, καταργούνται από 31.12.2010 κάθε είδους υφιστάμενες τιμολογιακές υποχρεώσεις. Ως τιμολογιακές υποχρεώσεις νοούνται κάθε είδους εκπτώσεις στα κόμιστρα, ειδικές τιμολογήσεις μεταφοράς, καθώς και κάθε άλλη υποχρέωση μεταφοράς επιβατών ή φορτίου

Αριθμός απόφασης : 163/2018

με οικονομικούς όρους που δεν καλύπτουν το κόστος μεταφοράς της ΤΡΑΙΝΟΣΕ και το εύλογο επιχειρηματικό της κέρδος, οι οποίες επιβάλλονται από διατάξεις νόμου ή κανονιστικές διατάξεις. Από την 1.1.2011, προκειμένου να επιβληθεί οποιαδήποτε τιμολογιακή υποχρέωση σε σιδηροδρομική επιχείρηση, αυτή πρέπει είτε να έχει τεθεί στο πλαίσιο σύμβασης ΥΔΥ σε επιβατικές σιδηροδρομικές μεταφορές, που συνάπτεται σύμφωνα με το επόμενο άρθρο, είτε να καλύπτεται το κόστος μεταφοράς και το εύλογο κέρδος της σιδηροδρομικής επιχείρησης με αντισταθμιστική καταβολή, που προβλέπεται από ειδικές διατάξεις σύμφωνα και με τον Κανονισμό 1370/2007/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Οκτωβρίου 2007 "για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές και την κατάργηση των Κανονισμών του Συμβουλίου (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 και (ΕΟΚ) αριθ. 1107/70" (ΕΕ L 315/9.12.2007)». Τέλος, στο άρθρο 40 ορίζεται ότι: «1. Οι επιβάτες που διακινούνται με σιδηροδρομικά οχήματα από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ υποχρεούνται να καταβάλλουν το νόμιμο κατά περίπτωση κόμιστρο της αντίστοιχης διαδρομής, και να φυλάσσουν το αποδεικτικό καταβολής, όταν τούτο εκδίδεται, καθ' όλη τη διάρκεια της διαδρομής και να το επιδεικνύουν όταν τους το ζητήσει ο αρμόδιος ελεγκτής. Ειδικά για τις περιπτώσεις του σιδηροδρομικού δικτύου που οι σιδηροδρομικοί σταθμοί εξυπηρετούνται αποκλειστικά από ακυρωτικά μηχανήματα, οι επιβάτες υποχρεούνται όπως φυλάσσουν και επιδεικνύουν εισιτήριο νόμιμα ακυρωμένο κατά το χρόνο παραμονής τους εντός των σιδηροδρομικών σταθμών στο χώρο μετά τα ακυρωτικά μηχανήματα. 2. Σε όσους δεν επιδεικνύουν το αποδεικτικό καταβολής κομίστρου ή νόμιμα ακυρωμένο εισιτήριο, καθώς και σε όσους παραλείπουν να καταβάλουν το νόμιμο κόμιστρο επιβάλλεται το κατά περίπτωση προβλεπόμενο από τις κείμενες διατάξεις νόμου ή κανονιστικών πράξεων πρόστιμο, το οποίο δεν δύναται να είναι κατώτερο του 50% του εκάστοτε νόμιμου κομίστρου της αντίστοιχης διαδρομής. 3. Αρμόδια για τη διενέργεια του ελέγχου καταβολής κομίστρου και για την επιβολή του προστίμου είναι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ. Η επιβολή των προβλεπόμενων από τις κείμενες διατάξεις προστίμων, καθώς και η βεβαίωση αυτών σε περίπτωση μη καταβολής τους από τον επιβάτη, γίνεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 του ν. 1214/1981 (ΦΕΚ 286 Α'). Λεπτομέρειες σχετικά με τη διαδικασία

Αριθμός απόφασης : 163/2018

επιβολής του προστίμου και βεβαίωσης αυτού δύνανται να ρυθμίζονται με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. 4. Στους διακινούμενους με σιδηροδρομικά οχήματα στο προαστιακό σιδηροδρομικό δίκτυο εντός της περιοχής αρμοδιότητας ΟΑΣΑ, για το ύψος του προστίμου, τη διαδικασία και τα όργανα επιβολής του προστίμου, καθώς και τη βεβαίωση αυτού, εξακολουθούν να ισχύουν τα ήδη προβλεπόμενα στο άρθρο 2 του ν. 1214/1981. 5. Για όσα θέματα δεν ρυθμίζονται με το παρόν άρθρο εξακολουθούν να ισχύουν και εφαρμόζονται οι λοιπές διατάξεις που αφορούν καθορισμό και είσπραξη προστίμων για διακίνηση με σιδηροδρομικά οχήματα».

52. Επειδή σύμφωνα με τον Ν. 1214/1981 προβλέπεται ότι: «Άρθρο 1: 1. Οι επιβάτες των χερσαίων συγκοινωνιακών μέσων δημόσιας χρήσης (οδικών αστικών και υπεραστικών και σιδηροδρομικών επιβατικών μεταφορών) οφείλουν να καταβάλουν το νόμιμο, κατά περίπτωση, κόμιστρο της αντιστοίχου διαδρομής, που ορίζεται από την εκάστοτε τιμολογιακή πολιτική, αμέσως μετά την είσοδό τους επί των συγκοινωνιακών μέσων ή και των χώρων πρόσβασης σε αυτά (προκειμένου για τα υπόγεια μέσα μεταφοράς - ΜΕΤΡΟ, Ηλεκτρικός Σιδηρόδρομος), να φυλάσσουν το αποδεικτικό καταβολής καθ' όλη τη διάρκεια της διαδρομής και να επιδεικνύουν αυτό όταν ζητείται από αρμόδιο, κατά νόμο, Ελεγκτή. 2. Στους επιβάτες που, κατά τη διάρκεια του ελέγχου από αρμόδιο Ελεγκτή, δεν επιδεικνύουν το αποδεικτικό καταβολής του νόμιμου κομίστρου (κανονικού ή μειωμένου που οφείλει να διαθέτει επικυρωμένο κατά τον έλεγχο ο επιβάτης για τη νόμιμη μετακίνησή του), επιβάλλεται πρόστιμο ως εξής: α. Στους διακινούμενους με αστικά συγκοινωνιακά μέσα στις περιοχές Αθηνών και Θεσσαλονίκης, ίσο με το 60πλάσιο του βασικού ή μειωμένου εισιτηρίου. β. Στους διακινούμενους με αστικά συγκοινωνιακά μέσα των λοιπών περιοχών της χώρας, ίσο με το 20πλάσιο του βασικού ή μειωμένου εισιτηρίου. γ. Στους διακινούμενους με υπεραστικά συγκοινωνιακά μέσα, ίσο με το διπλάσιο της τιμής του εισιτηρίου αφετηρίας - τέρματος του δρομολογίου. δ. Στους διακινούμενους με σιδηροδρομικά οχήματα, ίσο με το διπλάσιο του αντιτίμου της διαδρομής την οποία πραγματοποίησε το τρένο, από την αφετηρία αυτού και έως του πρώτου, μετά τη διαπίστωση της παράβασης, σταθμού στον οποίο

Αριθμός απόφασης : 163/2018

προβλέπεται στάση της αμαξοστοιχίας. 3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων τα ως άνω επιβαλλόμενα πρόστιμα μπορεί να μεταβάλλονται. Άρθρο 2: 1. Αρμόδιοι για τη διενέργεια των ελέγχων μετακίνησης με το νόμιμο κόμιστρο και της επιβολής προστίμου στους καταλαμβανόμενους παραβάτες (οι οποίοι μετακινούνται χωρίς το επικυρωμένο νόμιμο κόμιστρο ή δεν το επιδεικνύουν κατά τον έλεγχο) είναι οι εντεταλμένοι Ελεγκτές Κομίστρου, οι οποίοι είναι υπάλληλοι του οικείου συγκοινωνιακού φορέα ή υπάλληλοι τρίτου φορέα (νομικού προσώπου), στον οποίο έχει αναθέσει ο οικείος συγκοινωνιακός φορέας τον έλεγχο κομίστρου, εφόσον οι υπάλληλοι του τρίτου φορέα φέρουν ειδική προς τούτο εξουσιοδότηση του οικείου συγκοινωνιακού φορέα. Ειδικά, για τις αστικές συγκοινωνίες της περιοχής ευθύνης του Οργανισμού Αστικών Συγκοινωνιών Αθηνών (Ο.Α.Σ.Α.), αρμόδιος φορέας για τη διενέργεια του ελέγχου καταβολής κομίστρου είναι ο Ο.Α.Σ.Α., ο οποίος μπορεί να αναθέσει τη δραστηριότητα αυτή στις οικείες Εταιρείες Παροχής Συγκοινωνιακού Έργου (ΕΠΣΕ) του ν. 3920/2011 (Α` 33). 2. Η επιβολή του προστίμου γίνεται με πράξη του ειδικώς εξουσιοδοτημένου για το σκοπό αυτόν Ελεγκτή Κομίστρου, ως ανωτέρω ορίζεται, την οποία συντάσσει κατά τη διαπίστωση της παράβασης. Ειδικά για τους μετακινούμενους με το ΜΕΤΡΟ και τον ηλεκτρικό σιδηρόδρομο το πρόστιμο επιβάλλεται και σε όσους δεν επιδεικνύουν το αποδεικτικό του νόμιμου κομίστρου στις αποβάθρες μετά τα επικυρωτικά (ακυρωτικά) μηχανήματα. 3. Η πράξη βεβαίωσης παράβασης παραδίδεται στον παραβάτη από τον Ελεγκτή Κομίστρου που διαπίστωσε την παράβαση. Στην πράξη βεβαίωσης της παράβασης διατυπώνεται πρόσκληση στον παραβάτη για άμεση πληρωμή του προστίμου στον συντάκτη της πράξης Ελεγκτή Κομίστρου ή για πληρωμή μέσα σε εξήντα (60) ημερολογιακές ημέρες από την επομένη της βεβαίωσης της παράβασης στο ταμείο του οικείου συγκοινωνιακού φορέα ή με άλλον τρόπο που θα καθορίσει ο οικείος συγκοινωνιακός φορέας. 4. Ο καταλαμβανόμενος ως παραβάτης είναι υποχρεωμένος, αν δεν καταβάλει αμέσως το πρόστιμο στον συντάκτη της πράξης επιβολής του, να επιδείξει στον αρμόδιο για τον έλεγχο και την καταβολή του προστίμου Ελεγκτή Κομίστρου, την αστυνομική ταυτότητα ή άλλο δημόσιο έγγραφο από το οποίο αποδεικνύονται τα στοιχεία της

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ταυτότητάς του. Σε περίπτωση άρνησης του παραβάτη να καταβάλει αμέσως το πρόστιμο και να επιδείξει στοιχείο αποδεικτικό της ταυτότητάς του, ο Ελεγκτής Κομίστρου μπορεί να ζητήσει τη συνδρομή αστυνομικού οργάνου, το οποίο (αστυνομικό όργανο) υποχρεούται να συνδράμει τον Ελεγκτή για την καταγραφή στη βεβαίωση παράβασης των στοιχείων του παραβάτη. 5. Αν διαπιστωθεί ότι το επιβληθέν πρόστιμο δεν κατεβλήθη από τον παραβάτη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 3 και 4 του παρόντος άρθρου, τότε το πρόστιμο επιβάλλεται και οφείλεται στο πενταπλάσιο του αρχικά επιβληθέντος. Το πρόστιμο στην περίπτωση αυτή αποστέλλεται στη Δημόσια Οικονομική Υπηρεσία (Δ.Ο.Υ.) φορολογίας εισοδήματος του παραβάτη και εισπράττεται κατά τις διατάξεις του ν.δ. 356/1974 (Α` 6), όπως ισχύει, «Κώδικας Είσπραξης Δημοσίων Εσόδων», ως δημόσιο έσοδο, από το οποίο αποδίδεται στο συγκοινωνιακό φορέα που βεβαίωσε την παράβαση το ποσό του αρχικά επιβληθέντος προστίμου».

53. Επειδή κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, αυτή εφαρμόζεται σε αναθέτοντες φορείς οι οποίοι ασκούν, μεταξύ των άλλων, υπηρεσίες μεταφορών (άρθρο 11), εκτός εάν οι δραστηριότητες αυτές ασκούνται σε συνθήκες ανοιχτού ανταγωνισμού (άρθρο 34).

54. Επειδή το καθοριστικό στοιχείο για την εφαρμογή της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ εκκινείται από τη φύση της δραστηριότητας και όχι από υποκειμενικά κριτήρια (δηλαδή, βάσει της νομικής φύσης ως ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου του προσώπου που εκκινεί τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης) λόγω του γεγονότος ότι, αρχικώς, οι οικείοι τομείς δεν αποτέλεσαν αντικείμενο εναρμονίσεως (αποκαλούμενοι παραδοσιακά εξαιρούμενοι τομείς) λόγω των διαφορών των νομικών καθεστώτων (δημοσίου ή ιδιωτικού) των εμπλεκόμενων οργανισμών μέχρις ότου η Οδηγία 93/38 συντονίσει για πρώτη φορά τις διαδικασίες συνάψεως των συμβάσεων στους τομείς αυτούς και καθόρισε τους αναθέτοντες φορείς ανεξαρτήτως του νομικού τους καθεστώτος (δημοσίου ή ιδιωτικού) (βλ. αιτιολογική σκέψη 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer της 22ας Νοεμβρίου 2007 στην υπόθεση C-393/06, *Aigner*, ιδίως σκ. 32-41, αποφ.

Αριθμός απόφασης : 163/2018

ΔΕΕ C-462/03 και C-463/03, *Strabag AG* και *Kostmann GmbH* της 16^{ης} Ιουνίου 2005, σκ. 37 και 42).

55. Επειδή, εν προκειμένω, από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 11 της Οδηγίας (άρθρο 231 του Ν.4412/2016), στο πεδίο εφαρμογής της εμπίπτουν όχι μόνο συμβάσεις για τη διάθεση των οικείων δικτύων μεταφορών αλλά και η δραστηριότητα της μεταφοράς αυτής καθεαυτής (βλ. και Δ. ΠΑΙΚΟ, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017,σελ. 239).

56. Επειδή υπό την ισχύ της Οδηγίας 2004/17/ΕΕ η οποία εφαρμόζονταν επίσης στους εξαιρούμενους τομείς στους οποίους εφαρμόζεται και η Οδηγία 2014/25/ΕΕ που ενσωμάτωσε στην ελληνική έννομη τάξη ο Ν.4412/2016, είχε κριθεί από τη νομολογία στο πλαίσιο διαγωνισμού που είχε προκηρύξει η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ, ότι το αντικείμενο της παροχής υπηρεσιών καθαρισμού του τροχαίου υλικού που χρησιμοποιεί στις προαστιακές διαδρομές τελεί σε άμεση σχέση με το μεταφορικό έργο που της έχει ανατεθεί (βλ. ΕΑ ΣτΕ 26-27/2015). Εν προκειμένω, το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού είναι η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού των συρμών Ανατολικής Μακεδονίας και Θράκης, καθώς και των χώρων που χρησιμοποιεί η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ στα Δίκαια και στο μηχανοστάσιο Αλεξανδρούπολης. Ως εκ τούτου, κατά τη μειοψηφούσα άποψη της Προέδρου του Κλιμακίου, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ως εκ του αντικειμένου του στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016.

57. Επειδή, σύμφωνα με τον επίσημο και ενημερωμένο ιστότοπο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Ελλάδα δεν έχει υποβάλει το αίτημα κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 35 της Οδηγίας ώστε να καταδείξει ότι η δραστηριότητα των σιδηροδρομικών μεταφορών στη χώρα μας είναι άμεσα εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό σε αγορές στις οποίες η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη, ώστε να βεβαιώσει ότι η Οδηγία δεν εφαρμόζεται παρόλο που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της (βλ. https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets_en).

58. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου αλλά και από τον ιστότοπο της Ρυθμιστικής Αρχής Σιδηροδρόμων (ΡΑΛ), ως προς τις μεταφορές επιβατών, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ αποτελεί τη μοναδική εταιρία παροχής

Αριθμός απόφασης : 163/2018

σιδηροδρομικών μεταφορών στη χώρα μας, προς το παρόν, εκτελώντας προαστιακές, περιφερειακές, εθνικές και διεθνείς μεταφορές (σημειώνεται ότι για το τμήμα Δουκίσσης Πλακεντίας-Αεροδρόμιο Αθηνών, άδεια διαθέτει και η ΣΤΑΣΥ ΑΕ η οποία κάνει χρήση της υποδομής του σιδηροδρομικού δικτύου της γραμμής του προαστιακού). Επιπλέον, κατόπιν ενημερώσεως από την ΡΑΛ, δεν βρίσκεται σε εξέλιξη καμία νέα αδειοδότηση έτερης σιδηροδρομικής επιχείρησης. Ως προς τις μεταφορές εμπορευμάτων, άδεια διαθέτουν, εκτός από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ, οι εταιρείες Rail Cargo Logistics Goldair και η PEARL S.A., οι οποίες, ωστόσο, δεν έχουν ακόμα εκκινήσει ουσιαστικά τη δραστηριότητά τους στην ελληνική αγορά λόγω των προβλημάτων στον τομέα της εκπαίδευσης και πιστοποίησης μηχανοδηγών σιδηροδρομικών συρμών, με αποτέλεσμα η σιδηροδρομική αγορά στη χώρα μας να είναι και να παραμένει ουσιαστικά κλειστή (βλ. <http://www.ras-el.gr/index.php/sxetika-me-tin-sidirodromiki-agora/symmetexontes-stin-agora> και Έκθεση Πεπραγμένων της ΡΑΣ για το έτος 2016).

59. Επειδή, εν προκειμένω, η δραστηριότητα της ΤΡΑΙΝΟΣΕ εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και μάλιστα σε μια αγορά *de facto* περιορισμένη ως προς τον ανταγωνισμό, με αποτέλεσμα οι συνθήκες υπό τις οποίες ασκεί τη δραστηριότητά της να μην είναι εντέλει συνθήκες ανταγωνισμού, ιδίως μάλιστα όταν και κατά την παραδοχή της ίδιας της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, δεν έχουν κατατεθεί άλλα αιτήματα στο Διαχειριστή Υποδομής από άλλες σιδηροδρομικές επιχειρήσεις για τη διενέργεια επιβατικού δρομολογίου. Επομένως, η μη υπαγωγή των συμβάσεων της ΤΡΑΙΝΟΣΕ στο πλαίσιο αυτής της δραστηριότητάς της στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας δεν θα διασφάλιζε το επιδιωκόμενο άνοιγμα στον ανταγωνισμό ούτε θα εξασφάλιζε την εφαρμογή των αρχών της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) στον τομέα των μεταφορών (βλ. αιτιολογική σκέψη 2 του Προοιμίου της Οδηγίας).

60. Επειδή σκοπός των Οδηγιών των δημοσίων συμβάσεων είναι, μεταξύ άλλων, ο αποκλεισμός του ενδεχομένου ένας οργανισμός ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από αναθέτουσες αρχές να καθορίζει τη στάση του με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως (βλ., στο πνεύμα αυτό υπό το καθεστώς των προγενέστερων Οδηγιών, απόφαση της 15ης Ιανουαρίου

Αριθμός απόφασης : 163/2018

1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria* κ.λπ., Συλλογή 1998, σ. I-73, σκέψη 33, απόφαση της 10^{ης} Νοεμβρίου 1998, C-360/96, *BFI Holding*, σκέψεις 42 και 43 και απόφαση της 3^{ης} Οκτωβρίου 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, σκ.17).

61. Επειδή οι διατάξεις της Οδηγίας 2012/34/ΕΕ για τη δημιουργία ενιαίου ευρωπαϊκού σιδηροδρομικού χώρου για τη δημιουργία ενιαίου ευρωπαϊκού σιδηροδρομικού χώρου εφαρμόζονται με την ρητή επιφύλαξη των διατάξεων της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (άρθρο 58), ήτοι δεν αίρουν την εφαρμογή της τελευταίας στο οικείο πεδίο εφαρμογής της.

62. Επειδή, ως προς τα υποκειμενικά όρια εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, προκειμένου η ΤΡΑΙΝΟΣΕ να υπάγεται σ' αυτήν θα πρέπει να συνιστά αναθέτοντα φορέα κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 1, 2 και 3 της Οδηγίας. Ειδικότερα, θα πρέπει να συνιστά είτε δημόσια επιχείρηση είτε να λειτουργεί επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων.

63. Επειδή αφενός μεν στους εξαιρούμενους τομείς η έννοια του αναθέτοντος φορέα είναι ευρύτερη σε σχέση με την έννοια της αναθέτουσας αρχής, καθώς περιλαμβάνει φορείς που είναι περισσότερο ενταγμένοι στη λειτουργία της αγοράς και στο ρόλο των οικονομικών φορέων (βλ. υπό την ισχύ της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ που όμως δεν διαφοροποιείται ως προς την ισχύουσα ρύθμιση της Οδηγίας 2014-25-ΕΕ, Ε. ΠΑΛΙΟΥ, *Η αρχή του ανταγωνισμού στην ενωσιακή ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 253, 255-256). Αφετέρου, η έννοια της δημόσιας επιχείρησης είναι έννοια του ενωσιακού και όχι του εθνικού δικαίου και δεν εξαρτάται από το ιδιοκτησιακό καθεστώς του νομικού προσώπου (βλ. Μ. ΑΛΕΞΟΠΟΥΛΟΥ, *Δημόσιες συμβάσεις, ενωσιακό δίκαιο και Παγκόσμιος Οργανισμός Εμπορίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 31). Επομένως, οι ισχυρισμοί της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ότι κατόπιν της μεταβίβασης των μετοχών της σε ιταλική εταιρεία έχει εξέλθει του δημοσίου τομέα και λειτουργεί με βάση τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου προβάλλονται αλυσιτελώς.

64. Επειδή για να χαρακτηριστεί η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ως δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ θα πρέπει οι αναθέτουσες αρχές να μπορούν διαζευκτικά (και όχι σωρευτικά κατά τη γραμματική διατύπωση της διάταξης) να ασκούν σ' αυτήν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόμενη επιρροή λόγω

Αριθμός απόφασης : 163/2018

κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν (βλ. Ε. ΤΡΟΒΑ και Π. ΣΚΟΥΡΗΣ, *Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2009, σελ.351).

65. Επειδή, ως προς την προϋπόθεση της επιρροής λόγω κυριότητας από αναθέτουσα αρχή, η ιδιαιτερότητα της προκειμένης περίπτωσης οφείλεται στο ότι ενώ, κατά κύριο λόγο, τις συγκεκριμένες δραστηριότητες τις ασκούσαν επιχειρήσεις υπαγόμενες στα κράτη μέλη, οι οποίες ταυτόχρονα αποτελούσαν και μονοπώλια, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν υπάγεται στο Ελληνικό Δημόσιο αλλά ανήκει πλέον σε κρατική εταιρεία άλλου κράτους μέλους (η οποία σημειωτέον υπάγεται για τις ίδιες δραστηριότητες στην Ιταλία στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ, όπως αυτή έχει ενσωματωθεί στο εθνικό της δίκαιο). Η θέσπιση της υποχρέωσης των ως άνω επιχειρήσεων να τηρούν τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου θεωρήθηκε επιβεβλημένη, προκειμένου να εκπληρωθούν και οι βασικοί του σκοποί, μεταξύ των οποίων είναι και το άνοιγμα της αγοράς και η επίτευξη πραγματικού ανταγωνισμού. Τον σκοπό αυτό δεν θα πρέπει να αναιρεί το νέο ιδιοκτησιακό καθεστώς της ΤΡΑΙΝΟΣΕ με το να αποκλείει συλλήβδην ή αυτομάτως τον χαρακτηρισμό της ως αναθέτοντος φορέα σε σχέση με τον επίδικο διαγωνισμό.

66. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου και τις τελευταίες εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ έλαβε αποζημίωση από το Ελληνικό Δημόσιο ύψους 40.050.930,30 ευρώ στο πλαίσιο εκτέλεσης της ήδη ισχύουσας σύμβασης ΥΔΥ επί συνόλου εσόδων 120.867.340,05 ευρώ, ήτοι ποσοστό 33,14% επί του συνόλου εσόδων ή το 1/3 αυτών για το έτος 2016. Εξάλλου, η αποζημίωση αυτή που θα καταβάλλεται ως τις 31.12.2020, αντιστοιχεί σε ποσό το οποίο, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, καλύπτει ως αντιστάθμισμα, εκτός των δαπανών για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας, και το εύλογο κέρδος που θα είχε η εταιρεία υπό κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού.

67. Επειδή κατά το άρθρο 17 της Σύμβασης Παροχής Δημόσιας Υπηρεσίας προβλέπεται ως ποσό επιβράβευσης η καταβολή ενός επιπλέον ποσού (Bonus) με την επίτευξη των οριζόμενων στο Παράρτημα Α στόχων το οποίο προσδιορίζεται σε 2.500 ευρώ ανά 1% υπέρβασης του στόχου, η οποία ενδέχεται να αυξάνει περαιτέρω το ποσοστό της χρηματοδοτικής συμμετοχής

Αριθμός απόφασης : 163/2018

του Ελληνικού Δημοσίου από το 33,14% επί του συνόλου των εσόδων, δεδομένου ότι, σύμφωνα με το ισχύον νομικό πλαίσιο, το ανώτατο επιτρεπτό όριο της αποζημίωσης είναι τα 50.000.000 ευρώ.

68. Επειδή κατά τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου ως «δημόσια χρηματοδότηση» μπορούν να χαρακτηριστούν οι παροχές που χρηματοδοτούν ή υποστηρίζουν, μέσω χρηματοοικονομικής ενισχύσεως, χωρίς συγκεκριμένη αντιπαροχή, τις δραστηριότητες του ενδιαφερομένου οργανισμού δοθέντος ότι αποτελεί αντιπαροχή εκείνη που λαμβάνει χώρα σε συνήθη εμπορική σχέση που αναπτύσσεται στο πλαίσιο ανταλλακτικής σύμβασης και η οποία αποτελεί αντικείμενο ελεύθερων διαπραγματεύσεων μεταξύ των συμβαλλομένων (βλ. απόφαση C-380/98, *University of Cambridge*, σκ.21 και 25, απόφαση C-526/11, *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, σκ. 22). Περαιτέρω, η έννοια της χρηματοδότησης πρέπει να ερμηνεύεται από λειτουργική σκοπιά δεδομένου ότι το ΔΕΕ έχει αποφανθεί ότι το κριτήριο της κατά κύριο λόγο χρηματοδότησης από τις δημόσιες αρχές καλύπτει και τους έμμεσους τρόπους χρηματοδότησης που έχει τα εξής χαρακτηριστικά: πρώτον, προβλέπεται κατ' αρχήν από τον νόμο, ο οποίος καθορίζει και το ποσόν της, δεύτερον, δεν συνιστά αντιπαροχή καταβαλλόμενη από τους υπόχρεους ως αντάλλαγμα για υπηρεσίες που τους παρέχει στην πράξη ο οικείος οργανισμός και, τρίτον, οι λεπτομέρειες της είσπραξης της απορρέουν από προνομίες δημόσιας εξουσίας (βλ., σχετικώς, την απόφαση της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk* κ.λ.π., σκέψεις 41, 42, 44, 45 και 47 έως 49 και απόφαση της 12^{ης} Σεπτεμβρίου 2013, C-526/11, *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, σκ. 23 και 24). Επομένως, η αποζημίωση της ΤΡΑΙΝΟΣΕ στο πλαίσιο παροχής υπηρεσιών δημόσιας υπηρεσίας δύναται να θεωρηθεί ως «χρηματοδοτική συμμετοχή» εφόσον συντελεί στο να εκπληρώσει η εν λόγω εταιρεία έναν από τους ουσιώδης σκοπούς της, όπως αυτοί περιγράφονται στο άρθρο 2 του οικείου καταστατικού της, ήτοι τη σιδηροδρομική μεταφορά επιβατών, η οποία συνιστά και δραστηριότητα γενικότερου οικονομικού συμφέροντος και για την πραγματοποίηση της οποίας το Ελληνικό Δημόσιο δεν έχει οικονομικό συμφέρον.

69. Επειδή, κατά την γραμματική ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας 2024/25/ΕΕ, στην περίπτωση κατοχής της πλειοψηφίας του εγγεγραμμένου

Αριθμός απόφασης : 163/2018

κεφαλαίου της επιχείρησης, η δεσπόζουσα επιρροή τεκμαίρεται εκ του νόμου (εδ. β της παρ. 2 του άρθρου 4). Αντίθετα, για τη διαπίστωση άμεσης ή έμμεσης δεσπόζουσας επιρροής αρκεί απλώς η χρηματοδοτική συμμετοχή αναθέτουσας αρχής χωρίς συγκεκριμένη αναφορά σε ποσοστό αυτής, το οποίο, σε κάθε περίπτωση, είναι μικρότερο του 50% (εδ. α της παρ. 2 του άρθρου 4). Επομένως, θα πρέπει να κρίνεται *ad hoc* η συνδρομή ή μη της εν λόγω προϋπόθεσης και, συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ότι η εταιρεία δεν χρηματοδοτείται από το Κράτος κατά το μεγαλύτερο μέρος, προβάλλονται αλυσιτελώς καθόσον αποκλείουν την εφαρμογή του εδ. β και όχι του εδ. α της παρ. 2 του άρθρου 4.

70. Επειδή, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις, όπως αποτυπώνονται και στα οικεία άρθρα της σύμβασης, οι λογαριασμοί της αποζημίωσης για δαπάνες ΥΔΥ και των λοιπών εξόδων της εταιρείας είναι χωριστοί και αποτυπώνονται λογιστικά με τρόπο τέτοιο ώστε να μπορούν να υπολογιστούν με ακρίβεια οι καλυπτόμενες κατά τη σύμβαση ΥΔΥ δαπάνες του Παρόχου ανά κατηγορία.

71. Επειδή, εν προκειμένω, το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού είναι ο καθαρισμός των συρμών Ανατ. Μακεδονίας και Θράκης, καθώς και των χώρων που χρησιμοποιεί η ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ στα Δίκαια και στο μηχανοστάσιο Αλεξανδρούπολης, ήτοι συνιστά δαπάνη που καλύπτεται συγκεκριμένα και αναμφίβολα από την ως άνω αποζημίωση που καταβάλλει το Ελληνικό Δημόσιο, όπως προκύπτει ρητώς από το άρθρο 11 ΑΠΟΔΕΚΤΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ, 11.2 Κατηγορία Κ1: πάγιες δαπάνες, 11.2.1 II Υποκατηγορία Κ1.2/Συντήρηση του Τροχαίου Υλικού σε συνδυασμό με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α που καθορίζει τα δρομολόγια που παρέχει ο Πάροχος (διαδρομές με Α/Α 2 Αθήνα-Αλεξανδρούπολη και 10 Θεσσαλονίκη-Αλεξανδρούπολη) της Σύμβασης Παροχής Δημόσιας Υπηρεσίας μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Με άλλα λόγια, εν προκειμένω, προκύπτει αβίαστα ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του επίδικου διαγωνισμού καταβάλλεται πλήρως από το Ελληνικό Δημόσιο και όχι από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ.

72. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 22:ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΚΑΙ ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, η ως άνω Σύμβαση έχει διάρκεια πέντε ετών με ημερομηνία

Αριθμός απόφασης : 163/2018

έναρξης την 1^η Ιανουαρίου 2016 και ημερομηνία λήξης την 31.12.2020. Επομένως, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ θα υπάγεται στη σύμβαση ΥΔΥ και θα λαμβάνει την ως άνω αποζημίωση και, συνακόλουθα, θα συντρέχουν τα ως άνω αναφερόμενα, έως την 31.12.2020.

73. Επειδή αλυσιτελώς προβάλλεται από την ΤΡΑΙΝΟΣΕ ότι το Διοικητικό Συμβούλιο της εταιρείας εκλέγεται στο σύνολό του αποκλειστικά από τη Γενική Συνέλευση του Μετόχου της και ότι δεν υπάρχει κανενός είδους διαχειριστική εποπτεία ή συμμετοχή στην εκλογή της Διοίκησης της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ΑΕ από το κράτος ή άλλες αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή Οργανισμούς Δημοσίου Δικαίου, καθώς στην περίπτωση αυτή απλώς θα τεκμαίρονταν εκ του νόμου η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους αναθέτουσας αρχής βάσει του εδ. β της παρ. 2 του άρθρου 4 και όχι η συνδρομή των προϋποθέσεων του εδ. α.

74. Επειδή ο ισχυρισμός της ΤΡΑΙΝΟΣΕ ότι στο καταστατικό της εταιρείας δεν υπάρχει πλέον καμία αναφορά σε κοινωφελή σκοπό ή λειτουργία της εταιρείας υπέρ του δημοσίου συμφέροντος προβάλλεται επίσης αλυσιτελώς, καθώς ο σκοπός αυτός συνιστά προϋπόθεση για τον χαρακτηρισμό της εταιρείας ως «οργανισμού δημοσίου δικαίου» κατά το άρθρο 3 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και όχι για τον χαρακτηρισμό της ως «δημόσιας επιχείρησης» κατά το ενωσιακό δίκαιο, όπως αυτό έχει ενσωματωθεί με τον Ν.4412/2016, καθώς και διότι είναι αναμφισβήτητος ο χαρακτήρας του γενικού συμφέροντος της σιδηροδρομικής μεταφοράς επιβατών.

75. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η σύμβαση ανάθεσης Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας που είχε υπογραφεί μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της ΤΡΑΙΝΟΣΕ πριν από την πώλησή της σε ιταλική κρατική εταιρεία, συνάφθηκε με απευθείας ανάθεση λόγω του ότι ήταν η μοναδική αδειοδοτημένη σιδηροδρομική επιχείρηση για τη διενέργεια σιδηροδρομικών επιβατικών μεταφορών, οι οποίες είναι αναγκαίες από άποψη γενικού οικονομικού και κοινωνικού συμφέροντος, γεγονός που εξακολουθεί να είναι κατ' ουσίαν ακριβές και επί του παρόντος.

76. Επειδή στη σύμβαση ανάθεσης Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας και τα Παραρτήματά της προβλέπονται αναλυτικώς, ο σχεδιασμός,

Αριθμός απόφασης : 163/2018

η διοίκηση, η λειτουργία, η ποιότητα των υπηρεσιών, ο τρόπος κατανομής των δαπανών σε σχέση με αυτές, τα τεχνικά, ποσοτικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά και προδιαγραφές των παρεχόμενων υπηρεσιών, το ύψος του κομίστρου, τα δρομολόγια και ο,τιδήποτε σχετικό με τις επιβατικές μεταφορές. Επομένως, μπορεί να διαπιστωθεί με ασφάλεια η άμεση επιρροή του Ελληνικού Δημοσίου σχετικά με τους κανόνες που διέπουν τη λειτουργία της ΤΡΑΙΝΟΣΕ στις επιβατικές μεταφορές.

77.Επειδή, σύμφωνα με τα όσα προαναφέρθηκαν σχετικά με την έννοια της δεσπίζουσας επιρροής, δύναται να γίνει δεκτό ότι το Ελληνικό Δημόσιο έχει έμμεση επιρροή τόσο ως προς τη χρηματοδοτική του συμμετοχή όσο και ως προς τους κανόνες που διέπουν τη λειτουργία της ΤΡΑΙΝΟΣΕ κατά την άσκηση δραστηριοτήτων της που υπάγονται εξ αντικειμένου στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και, εν προκειμένω, συνιστούν και το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού, δοθέντος ότι η σύμβαση ανάθεσης Υποχρεώσεων Δημόσιας Υπηρεσίας που είχε υπογραφεί με το Ελληνικό Δημόσιο και την ΤΡΑΙΝΟΣΕ πριν από την πώλησή της σε ιταλική κρατική εταιρεία είναι σε ισχύ έως τις 31.12.2020. Επομένως, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, υπό τις παρούσες συνθήκες της αγοράς και σε σχέση με τον επίδικο διαγωνισμό του οποίου το αντικείμενο εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ συνιστά κατά την έννοια των διατάξεων της Οδηγίας αναθέτοντα φορέα και, συνακόλουθα, υπάγεται στο Βιβλίο II και IV του Ν.4412/2016 για όσο διάστημα διαρκεί η σύμβαση ανάθεσης υποχρεώσεων δημόσιας υπηρεσίας.

78. Επειδή, όλως επικουρικός, ακόμα κι αν ήθελε υποτεθεί ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δεν συνιστά αναθέτοντα φορέα κατά τα οριζόμενα στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ, συνιστά επιχείρηση που λειτουργεί επί τη βάση ειδικού δικαιώματος. Αναλυτικότερα, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις των Ν.3891/2010 και 1214/1981 που βρίσκονται ακόμα σε ισχύ, η ΤΡΑΙΝΟΣΕ δύναται να εισπράττει τα πρόστιμα λόγω μη καταβολής κομίστρου κατά τον Κώδικα Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων (ΚΕΔΕ).

79. Επειδή το προνόμιο εισπράξης των προστίμων με τη διαδικασία που εισπράττονται τα δημόσια έσοδα παρόλο που τα πρόστιμα αποτελούν έσοδα της ΤΡΑΙΝΟΣΕ αποτελεί ειδικό δικαίωμα κατά την έννοια των

Αριθμός απόφασης : 163/2018

διατάξεων της Οδηγίας που δύναται να επηρεάσει τη δραστηριότητα άλλων ενδεχόμενων ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων στην εν λόγω αγορά.

80. Επειδή στην πρόσφατη απόφαση υπ' αριθμ. 51/2018, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, αφού επικαλείται το νομικό πλαίσιο λειτουργίας της ΤΡΑΙΝΟΣΕ και ιδίως τα άρθρα 7 και 12 παρ. 7α του Ν.3891/2010, ως ισχύουν μέχρι και σήμερα, αποφαίνεται ότι η ΤΡΑΙΝΟΣΕ αποτελεί αναθέτοντα φορέα όχι μόνο δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αλλά και της παρ. 3 που αφορά στα ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα που παραχωρεί αρμόδια αρχή κράτους μέλους μέσω οιασδήποτε νομοθετικής, κανονιστικής ή διοικητικής διάταξης. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις παραπάνω σκέψεις, κατά τη μειοψηφούσα άποψη της Προέδρου του Κλιμακίου, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια να εξετάσει την υπό κρίση προσφυγή.

81. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

82. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

83. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 του Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1η Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε στις 21 Μαρτίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Η Γραμματέας
Βασιλική Μπάκου