

EL



ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ

Βρυξέλλες, 12.4.2000

ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο

ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο

Στις 24 Φεβρουαρίου 1999 η Επιτροπή εξέδωσε και δημοσίευσε ένα *Σχέδιο ερμηνευτικής ανακοίνωσης σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων*¹, το οποίο υπέβαλε σε ευρείες διαβουλεύσεις. Λαμβάνοντας υπόψη τις πολυάριθμες συνεισφορές² που της υποβλήθηκαν μετά τη δημοσίευση του αρχικού σχεδίου στην Επίσημη Εφημερίδα, η Επιτροπή εξέδωσε την παρούσα ερμηνευτική ανακοίνωση.

¹ ΕΕ C/94 της 7ης Απριλίου 1999, σ. 4.

² Η Επιτροπή εκφράζει τις ευχαριστίες της στους οικονομικούς φορείς, τους εκπροσώπους συλλογικών φορέων, τις δημόσιες αρχές και τους ιδιώτες που, με τις συνεισφορές τους, της έδωσαν τη δυνατότητα να εμπλουτίσει την παρούσα ανακοίνωση.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο.....	1
ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ.....	2
1. Εισαγωγή.....	5
2. Ορισμός και γενική προβληματική των συμβάσεων παραχώρησης.....	7
2.1. Η σύμβαση παραχώρησης έργων.....	7
2.1.1. Ο ορισμός της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ.....	7
2.1.2. Οριοθέτηση των εννοιών «συμβάσεις δημοσίων έργων» και «συμβάσεις παραχώρησης έργων».....	8
2.2. Η σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών.....	10
2.3. Οριοθέτηση των εννοιών «συμβάσεις παραχώρησης έργων» και «συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών».....	12
2.4. Το πεδίο εφαρμογής της παρούσας ερμηνευτικής ανακοίνωσης.....	13
3. Καθεστώς που διέπει τις συμβάσεις παραχώρησης.....	15
3.1. Οι κανόνες και οι αρχές που προβλέπονται από τη Συνθήκη ή απορρέουν από τη νομολογία του Δικαστηρίου.....	17
3.1.1. Η ίση μεταχείριση.....	17
3.1.2. Η διαφάνεια.....	19
3.1.3. Η αναλογικότητα.....	20
3.1.4. Η αμοιβαία αναγνώριση.....	21
3.1.5. Οι εξαιρέσεις που προβλέπονται από τη Συνθήκη.....	22
3.1.6. Η προστασία των δικαιωμάτων των ιδιωτών.....	23
3.2. Το ειδικό καθεστώς της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων.....	23

3.2.1.	Η πρώτη φάση: η επιλογή του αναδόχου της σύμβασης παραχώρησης	24
3.2.1.1	Οι κανόνες δημοσιότητας και διαφάνειας	25
3.2.1.2	Η επιλογή του είδους της διαδικασίας.....	25
3.2.2.	Η επόμενη φάση: οι συμβάσεις που συνάπτονται από τον ανάδοχο της σύμβασης.....	25
3.2.3.	Οι κανόνες που διέπουν τις διαδικασίες έννομης προστασίας.....	25
3.3.	Οι συμβάσεις παραχώρησης στους ειδικούς τομείς.....	26

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Οι συμβάσεις παραχώρησης αποτελούν μέσο που χρησιμοποιείται από πολύ παλιά σε ορισμένα κράτη μέλη, ιδίως για την εκτέλεση και τη χρηματοδότηση μεγάλων έργων υποδομής, όπως των σιδηροδρομικών συνδέσεων ή σημαντικού μέρους του οδικού δικτύου. Η συμμετοχή του ιδιωτικού τομέα μειώθηκε από το πρώτο τέταρτο του 20ού αιώνα και μετά, στο μέτρο που τα κράτη εκδήλωσαν την προτίμησή τους για την απευθείας κατασκευή και διαχείριση των εξοπλισμών και των υπηρεσιών που παρέχονται στο κοινό.
2. Με τους δημοσιονομικούς περιορισμούς, τη βούληση περιορισμού της παρέμβασης των δημόσιων αρχών και την επιθυμία να επωφεληθεί ο δημόσιος τομέας από την πείρα και τις μεθόδους λειτουργίας του ιδιωτικού τομέα, το ενδιαφέρον για το σύστημα της παραχώρησης αναζωπυρώθηκε κατά τα τελευταία χρόνια.
3. Είναι χρήσιμο να υπομνησθεί εξ αρχής ότι η Κοινότητα δεν εκδηλώνει καμία προτίμηση ως προς το καθεστώς της ιδιοκτησίας, είτε δημόσιο είτε ιδιωτικό· πράγματι, το άρθρο 295 (πρώην 222) της Συνθήκης εγγυάται την ουδετερότητα της ως προς το δημόσιο ή ιδιωτικό καθεστώς των επιχειρήσεων.
4. Με δεδομένη την όλο και συχνότερη προσφυγή σ' αυτό το είδος συνεργασίας με τους επιχειρηματικούς φορείς, κυρίως για τα μεγάλα έργα υποδομής καθώς και για ορισμένες υπηρεσίες, η Επιτροπή θεωρεί απαραίτητο να ενημερώσει, με την παρούσα ερμηνευτική ανακοίνωση, τους ενδιαφερόμενους φορείς και τις δημόσιες αρχές όσον αφορά τις διατάξεις που, κατά την άποψή της, διέπουν τις συμβάσεις παραχώρησης, στην παρούσα φάση εξέλιξης του κοινοτικού δικαίου. Πράγματι, η Επιτροπή καλείται επανειλημμένα να εξετάσει καταγγελίες για μη τήρηση του κοινοτικού δικαίου όσον αφορά το φαινόμενο των συμβάσεων παραχώρησης, στα πλαίσια σύνθετων διαδικασιών κατά τις οποίες οι δημόσιες αρχές προσφεύγουν στη τεχνογνωσία και τα κεφάλαια των οικονομικών φορέων. Έτσι, χρειάστηκε να οριοθετηθεί την έννοια του όρου «σύμβαση παραχώρησης» και να χαράξει κατευθυντήριες γραμμές τις οποίες ακολούθησε μέχρι σήμερα κατά την εξέταση των υποθέσεων αυτών. Συνεπώς, η παρούσα ερμηνευτική ανακοίνωση είναι μια απαραίτητη πράξη διαφάνειας, σκοπός της οποίας είναι να αποσαφηνίσει το ισχύον νομικό πλαίσιο, με βάση την πείρα που έχει αποκτηθεί από τη διερεύνηση των περιπτώσεων που εξετάστηκαν μέχρι σήμερα.
5. Στο σχέδιο της παρούσας ερμηνευτικής ανακοίνωσης³, η Επιτροπή είχε εκδηλώσει την πρόθεσή της να εξετάσει και τις άλλες μορφές σύμπραξης που χρησιμοποιούνται προκειμένου να εξασφαλιστεί η ιδιωτική χρηματοδότηση και τεχνογνωσία. Η Επιτροπή αποφάσισε τελικά να μην ασχοληθεί με τις μορφές συμπράξεων που δεν παρουσιάζουν χαρακτηριστικά ανάλογα προς εκείνα των συμβάσεων παραχώρησης, κατά την έννοια της παρούσας ερμηνευτικής ανακοίνωσης. Άλλωστε, και οι συνεισφορές που έλαβε τάχθηκαν υπέρ της προσέγγισης αυτής. Πράγματι, η μεγάλη ποικιλία των πιθανών περιπτώσεων και η συνεχής εξέλιξή τους, όπως προέκυψε από τις απαντήσεις που ελήφθησαν για το σχέδιο ερμηνευτικής ανακοίνωσης, επιβάλλουν

³ Βλ. επίσης το σημείο 2.1.2.4 της *Ανακοίνωσης της Επιτροπής για τις δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση*, COM(98) 143, που εκδόθηκε στις 11 Μαρτίου 1998.

μια διεξοδική μελέτη των κοινών χαρακτηριστικών των φαινομένων αυτών. Ως εκ τούτου, η συζήτηση που ξεκίνησε με τη δημοσίευση του σχεδίου ερμηνευτικής ανακοίνωσης πρέπει να συνεχιστεί όσον αφορά το θέμα αυτό.

6. Οι συνεισφορές που έλαβε σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης επέτρεψαν στην Επιτροπή να εμβαθύνει στην ανάλυσή της και να προσδιορίσει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των συμβάσεων παραχώρησης, πράγμα που καθιστά δυνατή τη διάκρισή τους από τις συμβάσεις δημοσίων έργων, κυρίως λόγω της εκχώρησης υπηρεσιών γενικού συμφέροντος που γίνεται στα πλαίσια αυτού του είδους μορφών συνεργασίας.
7. Η Επιτροπή επιθυμεί να υπενθυμίσει ότι το παρόν κείμενο δεν έχει ως σκοπό να ερμηνεύσει τα ειδικά καθεστάτα που απορρέουν από τις οδηγίες που έχουν εκδοθεί σε ορισμένους τομείς, όπως, π.χ., η ενέργεια και οι μεταφορές.

Η παρούσα ερμηνευτική ανακοίνωση (στο εξής «ανακοίνωση») θα διευκρινίσει, αφενός, τους κανόνες και τις αρχές της Συνθήκης που διέπουν όλες τις μορφές συμβάσεων παραχώρησης και, αφετέρου, τους ιδιαίτερους κανόνες τους οποίους προβλέπει για τις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων η οδηγία 93/37/ΕΟΚ για τις συμβάσεις δημοσίων έργων⁴ (στο εξής «οδηγία περί δημοσίων έργων»).

⁴ Οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων, ΕΕ L 199/54 της 9ης Αυγούστου 1993.

2. ΟΡΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΓΕΝΙΚΗ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

Οι συμβάσεις παραχώρησης δεν ορίζονται στη Συνθήκη. Ο μόνος σχετικός ορισμός που υπάρχει στο παράγωγο κοινοτικό δίκαιο είναι εκείνος της οδηγίας περί δημοσίων έργων, που προβλέπει ένα ειδικό καθεστώς για τις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων⁵. Αντιθέτως, οι άλλες μορφές συμβάσεων παραχώρησης δεν προβλέπονται ρητά στις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων⁶.

Ωστόσο, αυτό δεν σημαίνει ότι οι συμβάσεις παραχώρησης δεν υπόκεινται στους κανόνες και τις αρχές της Συνθήκης. Πράγματι, εφόσον οι εν λόγω συμβάσεις παραχώρησης απορρέουν από κρατικές πράξεις που έχουν ως αντικείμενο την άσκηση δραστηριοτήτων οικονομικού χαρακτήρα ή την προμήθεια αγαθών, υπόκεινται στις σχετικές διατάξεις της Συνθήκης, καθώς και στις αρχές που προκύπτουν από τη νομολογία του Δικαστηρίου στον τομέα αυτό.

Προκειμένου να οριοθετηθεί το πεδίο εφαρμογής της παρούσας ανακοίνωσης, και πριν προσδιοριστεί το καθεστώς που διέπει το φαινόμενο των συμβάσεων παραχώρησης, πρέπει κατ' αρχάς να σκιαγραφηθούν τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά τους. Για το σκοπό αυτό, είναι χρήσιμο να υπομνησθεί η έννοια της σύμβασης παραχώρησης έργων, όπως προκύπτει από την οδηγία περί δημοσίων έργων.

2.1. Η σύμβαση παραχώρησης έργων

2.1.1. Ο ορισμός της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ

Ο κοινοτικός νομοθέτης επέλεξε να ορίσει την έννοια της σύμβασης παραχώρησης έργων με βάση την έννοια της σύμβασης δημοσίων έργων.

Το κείμενο της οδηγίας περί δημοσίων έργων έργα προβλέπει, πράγματι, ότι οι συμβάσεις δημοσίων έργων «είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ, αφενός, ενός εργολήπτη και, αφετέρου, μιας αναθέτουσας αρχής (...) και οι οποίες έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση είτε τόσο την εκτέλεση όσο και τη μελέτη έργων που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα II ή ενός έργου (...) είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες» [άρθρο 1, στοιχείο α)].

Το άρθρο 1, στοιχείο δ) της ίδιας οδηγίας ορίζει την παραχώρηση δημοσίων έργων ως «μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με τις συμβάσεις δημοσίων έργων, εκτός του ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου, είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.»

⁵ Προαναφερθείσα οδηγία 93/37/ΕΟΚ.

⁶ Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18 Ιουνίου 1992 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, ΕΕ L 209/1 της 24ης Ιουλίου 1992· οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών, ΕΕ L 199/1 της 9ης Αυγούστου· οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, ΕΕ L 199/84 της 9ης Αυγούστου 1993.

Από τον ορισμό αυτόν προκύπτει ότι το κύριο χαρακτηριστικό που διακρίνει την έννοια της σύμβασης παραχώρησης έργων έγκειται στην παραχώρηση του δικαιώματος εκμετάλλευσης του έργου ως αντάλλαγμα για την κατασκευή του· το εν λόγω δικαίωμα εκμετάλλευσης μπορεί επίσης να συνοδεύεται από καταβολή αμοιβής.

2.1.2. Οριοθέτηση των εννοιών «συμβάσεις δημοσίων έργων» και «συμβάσεις παραχώρησης έργων»

Η Επιτροπή είναι της γνώμης ότι το κριτήριο του δικαιώματος εκμετάλλευσης επιτρέπει την εξαγωγή ορισμένων ενδείξεων για τη διάκριση μεταξύ μιας σύμβασης παραχώρησης έργων και μιας σύμβασης δημοσίων έργων.

Έτσι, το δικαίωμα εκμετάλλευσης επιτρέπει στον ανάδοχο της σύμβασης παραχώρησης να εισπράττει τέλη από τους χρήστες του έργου (π.χ., μέσω διοδίων ή τελών άλλου είδους) επί ορισμένο χρονικό διάστημα. Ως εκ τούτου, η διάρκεια της σύμβασης παραχώρησης αποτελεί σημαντικό στοιχείο της αμοιβής του αναδόχου. Συνεπώς, ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης δεν αμείβεται απευθείας από την αναθέτουσα αρχή, αλλά του παρέχεται απ' αυτήν το δικαίωμα να εισπράττει τα έσοδα που προκύπτουν από τη χρήση του έργου που εκτελέστηκε⁷.

Το δικαίωμα εκμετάλλευσης συνεπάγεται επίσης τη μεταβίβαση της ευθύνης εκμετάλλευσης. Η ευθύνη αυτή καλύπτει τόσο τις τεχνικές και χρηματοοικονομικές πτυχές όσο και τις πτυχές διαχείρισης του έργου. Έτσι, παραδείγματος χάριν, ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης είναι εκείνος τον οποίο βαρύνει η ευθύνη να πραγματοποιήσει τις απαραίτητες επενδύσεις ώστε το έργο του να μπορεί να χρησιμοποιηθεί επωφελώς από τους χρήστες. Αυτός είναι επίσης εκείνος ο οποίος επωμίζεται το βάρος της απόσβεσης του έργου. Εξάλλου, ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης αναλαμβάνει όχι μόνο τους κινδύνους που σχετίζονται με κάθε κατασκευή, αλλά και τους κινδύνους που συνδέονται με τη διαχείριση και τη χρήση του έργου⁸.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι, σε μια σύμβαση παραχώρησης έργων, οι αστάθμητοι κίνδυνοι που είναι συνυφασμένοι με την εκμετάλλευση μεταβιβάζονται στον ανάδοχο της σύμβασης παραχώρησης⁹.

⁷ Το πιο γνωστό παράδειγμα σύμβασης παραχώρησης δημοσίων έργων είναι η σύμβαση με την οποία ένα κράτος αναθέτει σε μια εταιρεία το δικαίωμα κατασκευής και εκμετάλλευσης ενός αυτοκινητοδρόμου, επιτρέποντας στην εταιρεία αυτή να εισπράττει, ως αμοιβή της, διόδια από τους χρήστες του αυτοκινητοδρόμου.

⁸ Η επαλήθευση πρέπει να γίνεται για κάθε περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψη διάφορα στοιχεία, όπως ο σκοπός, η διάρκεια και η αξία της σύμβασης, η χρηματοοικονομική ικανότητα του αναδόχου, όπως και άλλο χρήσιμο στοιχείο το οποίο να επιτρέπει την εξαγωγή του συμπεράσματος ότι ο ανάδοχος αναλαμβάνει πράγματι ένα κίνδυνο.

⁹ Αν η αποπληρωμή της χρηματοδότησης του έργου εξασφαλιζόταν από την αναθέτουσα αρχή χωρίς να υπάρχει κανένας αστάθμητος παράγοντας που να συνδέεται με τη διαχείριση του έργου, θα απουσίαζε το στοιχείο του κινδύνου και η σύμβαση θα έπρεπε να χαρακτηριστεί «σύμβαση δημοσίων έργων» και όχι «σύμβαση παραχώρησης». Επί πλέον, εάν ο ανάδοχος δέχεται, με άμεσο ή έμμεσο τρόπο, κατά την διάρκεια της σύμβασης, ή και κατά την λήξη της, αμοιβή (υπό τον μανδύα αποπληρωμής, κάλυψης ζημιών κλπ) άλλη από εκείνη που συνδέεται με την διαχείριση, η σύμβαση δεν θα μπορούσε πλέον να

Η Επιτροπή διαπιστώνει ότι υπάρχουν όλο και περισσότερες περιπτώσεις συμβάσεων δημοσίων έργων που αποτελούν αντικείμενο περίπλοκων νομικών κατασκευών¹⁰. Ως εκ τούτου, το διαχωριστικό όριο μεταξύ αυτών των νομικών κατασκευών και των συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων έργων μπορεί ενίοτε να είναι δυσδιάκριτο.

Κατά την άποψη της Επιτροπής, υπάρχει σύμβαση δημοσίων έργων, κατά την έννοια του κοινοτικού δικαίου, όταν το κόστος του έργου βαρύνει κατά το μεγαλύτερο μέρος του την αναθέτουσα αρχή, ο δε ανάδοχος δεν αμείβεται μέσω τελών τα οποία εισπράττει απευθείας από τους χρήστες του έργου.

Το γεγονός ότι η οδηγία επιτρέπει το συνδυασμό του δικαιώματος εκμετάλλευσης με την καταβολή αμοιβής δεν αλλάζει την παραπάνω ανάλυση. Πρόκειται για μια περίπτωση που εμφανίζεται όντως στην πράξη. Έτσι, μερικές φορές, το κράτος αναλαμβάνει εν μέρει το κόστος εκμετάλλευσης της παραχώρησης, προκειμένου η τιμή των παρεχομένων υπηρεσιών να μειωθεί για τον χρήστη (πρακτική «τιμών κοινωνικού χαρακτήρα»)¹¹. Η παρέμβαση αυτή μπορεί να γίνει με διάφορες μορφές (εγγυημένο κατ' αποκοπή ποσό, πάγιο ποσό το οποίο, όμως, καταβάλλεται σε συνάρτηση με τον αριθμό των χρηστών κ.λπ.). Οι εν λόγω παρεμβάσεις δεν μεταβάλλουν κατ' ανάγκη τη φύση της σύμβασης, αν η καταβαλλόμενη αμοιβή καλύπτει μέρος μόνο του κόστους του έργου και της εκμετάλλευσής του.

Πράγματι, εμπίπτουν πάντοτε στον ορισμό της σύμβασης παραχώρησης οι περιπτώσεις στις οποίες το κράτος καταβάλλει αμοιβή ως αντάλλαγμα για τις πραγματοποιηθείσες εργασίες, εφόσον η εν λόγω αμοιβή δεν εξαφανίζει τον κίνδυνο εκμετάλλευσης. Διευκρινίζοντας ότι το δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου μπορεί να συνδυαστεί με καταβολή αμοιβής, η οδηγία περί δημοσίων έργων επισημαίνει ότι η αμοιβή του αναδόχου πρέπει να προέρχεται από την εκμετάλλευση του έργου.

Έστω και αν στις περισσότερες περιπτώσεις η προέλευση των εσόδων - που εισπράττονται απευθείας από τους χρήστες του έργου - αποτελεί σημαντικό στοιχείο, ωστόσο, αποφασιστικός παράγοντας εξακολουθεί να είναι η παρουσία του κινδύνου εκμετάλλευσης, που συνδέεται με την επένδυση που πραγματοποιείται ή με τα κεφάλαια που επενδύονται, ιδίως όταν η παραχωρούσα αρχή καταβάλλει κάποια αμοιβή.

10 χαρακτηριστεί ως σύμβαση παραχώρησης. Στην περίπτωση αυτή η εκ των υστέρων χρηματοδότηση θα πρέπει να εξετασθεί σε σχέση με όλες τις σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου.

10 Έτσι, **παραδείγματος χάριν**, η Επιτροπή αντιμετώπισε ήδη περιπτώσεις στις οποίες μια κοινοπραξία αποτελούμενη από εργολήπτες και τράπεζες αναλάμβανε την υποχρέωση να εκτελέσει ένα έργο προοριζόμενο να ικανοποιήσει τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, με αντάλλαγμα την εξόφληση, από την αναθέτουσα αρχή, του δανείου που είχαν λάβει οι εργολήπτες από τις τράπεζες, σε συνδυασμό με ένα κέρδος για τους ιδιώτες επενδυτές. Η Επιτροπή χαρακτήρισε αυτήν την περίπτωση ως σύμβαση δημοσίων έργων, διότι η κοινοπραξία δεν αναλάμβανε κανενός είδους εκμετάλλευση και, ως εκ τούτου, δεν επωμιζόταν κανένα σχετικό κίνδυνο.

Η Επιτροπή κατέληξε στο ίδιο συμπέρασμα και σε μια άλλη περίπτωση στην οποία, παρά τη φαινομενική εκμετάλλευση του έργου από τον ιδιώτη εταίρο ο οποίος το εκτέλεσε, ο εταίρος αυτός είχε εξασφαλίσει στην πράξη από το κράτος εγγύηση αποζημίωσης, υπό όρους που σήμαιναν στην πραγματικότητα ότι τους κινδύνους τους σχετικούς με την εκμετάλλευση τούς αναλάμβανε ουσιαστικά το κράτος.

11 **Παραδείγματος χάριν**, όταν τα διόδια ενός αυτοκινητοδρόμου καθορίζονται από το κράτος σε επίπεδο που δεν καλύπτει το κόστος της εκμετάλλευσης.

Είναι αλήθεια ότι, ακόμη και στο πλαίσιο των συμβάσεων δημοσίων έργων, είναι δυνατόν μέρος του κινδύνου να βαρύνει, ενδεχομένως, τον ανάδοχο της σύμβασης¹². Αντίθετα, οι αστάθμητοι κίνδυνοι που οφείλονται στην χρηματοοικονομική «φυσιογνωμία» του εγχειρήματος, οι οποίοι θα ήταν δυνατόν να χαρακτηριστούν ως «οικονομικός κίνδυνος», προσιδιάζουν στο φαινόμενο των συμβάσεων παραχώρησης. Πράγματι, αυτό το είδος κινδύνου, το οποίο εξαρτάται άμεσα από τα έσοδα τα οποία θα μπορέσει να αποκομίσει ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης από τη χρήση του έργου¹³, αποτελεί σημαντικό στοιχείο που διακρίνει τις συμβάσεις παραχώρησης από τις συμβάσεις δημοσίων έργων.

Εν κατακλείδι, το δικαίωμα εκμετάλλευσης συνοδεύεται από τη μεταβίβαση των αστάθμητων κινδύνων που προκύπτουν από την εν λόγω εκμετάλλευση στον ανάδοχο της σύμβασης παραχώρησης· ο επιμερισμός των κινδύνων μεταξύ παραχωρούσας αρχής και αναδόχου γίνεται κατά περίπτωση, ανάλογα με τις αντίστοιχες ικανότητές τους να διαχειριστούν με τον καλύτερο τρόπο τους εν λόγω κινδύνους.

Αν οι δημόσιες αρχές επωμίζονται οι ίδιες τους αστάθμητους κινδύνους που συνδέονται με τη διαχείριση του έργου, αναλαμβάνοντας, π.χ., την αποπληρωμή των χρηματοδοτήσεων, το στοιχείο του κινδύνου δεν υπάρχει. Στην περίπτωση αυτή, η Επιτροπή πιστεύει ότι πρόκειται για σύμβαση δημοσίων έργων και όχι για σύμβαση παραχώρησης¹⁴.

2.2. Η σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών

Όπως ορίζει το άρθρο 1 της, η οδηγία 92/50/ΕΟΚ για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών (που θα καλείται παρακάτω «οδηγία περί υπηρεσιών») εφαρμόζεται «στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών», που ορίζονται ως «*συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής, με εξαίρεση (...)*».

Αντίθετα με την οδηγία περί δημοσίων έργων, η οδηγία περί υπηρεσιών δεν περιλαμβάνει κανέναν ορισμό της έννοιας «παραχώρηση υπηρεσιών»¹⁵.

¹² Παραδείγματος χάριν, ο κίνδυνος που προκύπτει από τροποποιήσεις του κανονιστικού πλαισίου κατά τη διάρκεια της εκτέλεσης της σύμβασης (π.χ., απαιτήσεις προστασίας του περιβάλλοντος, που επιβάλλουν τροποποιήσεις του έργου, ή φορολογικές απαιτήσεις που ανατρέπουν τη χρηματοοικονομική ισορροπία της σύμβασης) ή ο κίνδυνος τεχνικής «απαρχαίωσης». Αυτό το είδος κινδύνων είναι πιθανότερο να επέλθει στα πλαίσια σύμβασης παραχώρησης, δεδομένου ότι αυτή εκτείνεται συνήθως σε σχετικά μεγάλη χρονική περίοδο (σχετικά με την διάρκεια της παραχώρησης, βλέπε τμήμα 3.1.3).

¹³ Πρέπει να σημειωθεί ότι ακόμη και στην υποθετική περίπτωση της πρόβλεψης εικονικών διοδίων, δηλαδή διοδίων τα οποία καλύπτει η παραχωρούσα αρχή, ο οικονομικός κίνδυνος παραμένει, αν η αμοιβή εξαρτάται από τη συχνότητα χρήσης του έργου.

¹⁴ Σε μια υπόθεση που ερευνήθηκε από την Επιτροπή, παρά τη φαινομενική ύπαρξη του στοιχείου της εκμετάλλευσης, ο ιδιώτης εταίρος είχε λάβει εγγύηση από τις δημόσιες αρχές ότι θα αποζημιωθεί υπό τέτοιους όρους ώστε, στην πραγματικότητα, οι δημόσιες αρχές αναλάμβαναν τους κινδύνους εκμετάλλευσης.

¹⁵ Η έλλειψη αναφοράς στην έννοια της παραχώρησης υπηρεσιών στην οδηγία περί υπηρεσιών επιβάλλει τη διατύπωση κάποιων παρατηρήσεων. Ενώ η Επιτροπή, κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες κατάρτισης αυτής της οδηγίας, είχε προτείνει να προβλεφθεί για το εν λόγω είδος παραχώρησης ένα καθεστώς ανάλογο προς εκείνο που προβλέπεται για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, το Συμβούλιο δεν αποδέχθηκε την πρόταση αυτή. Ως εκ τούτου, τέθηκε το ερώτημα μήπως η σύναψη συμβάσεων

Ωστόσο, προς τον αποκλειστικό σκοπό να διακριθεί το οικονομικό φαινόμενο της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών από την έννοια της δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, και, συνεπώς, να οριοθετηθεί το πεδίο εφαρμογής της ανακοίνωσης, επιβάλλεται να προσδιοριστούν τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του εν λόγω φαινομένου.

Για το σκοπό αυτό, κρίνεται σκόπιμο να ληφθούν ως βάση στοιχεία τα οποία στηρίζονται στην προαναφερόμενη έννοια της σύμβασης παραχώρησης έργων και τα οποία λαμβάνουν υπόψη τους τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου¹⁶, καθώς και την *opinio juris*¹⁷.

Το αντικείμενο των συμβάσεων παραχώρησης έργων είναι εξ υποθέσεως διαφορετικό από το αντικείμενο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών. Το γεγονός αυτό μπορεί να οδηγήσει σε διαφορές από την άποψη των επενδύσεων που πραγματοποιούνται και τη διάρκεια που μπορούν να έχουν αυτά τα δύο είδη συμβάσεων παραχώρησης. Ωστόσο, λαμβανομένων υπόψη των προαναφερθέντων κριτηρίων, μια σύμβαση παραχώρησης έχει, γενικά, τα ίδια χαρακτηριστικά, ανεξαρτήτως του αντικειμένου της.

Πράγματι, όπως συμβαίνει και με τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, το κριτήριο της εκμετάλλευσης αποτελεί ουσιώδες χαρακτηριστικό προκειμένου να κριθεί αν η εκάστοτε εξεταζόμενη σύμβαση είναι σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών¹⁸. Βάσει του κριτηρίου αυτού, σύμβαση παραχώρησης υπάρχει όταν ο ανάδοχος αναλαμβάνει τους κινδύνους που συνδέονται με την σχετική υπηρεσία (δημιουργία της υπηρεσίας και εκμετάλλευσή της), αμειβόμενος από το χρήστη, κυρίως μέσω της είσπραξης τελών, υπό οποιαδήποτε μορφή. Ο τρόπος αμοιβής του αναδόχου είναι, όπως συμβαίνει και με τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, στοιχείο που επιτρέπει να καθοριστεί η ανάληψη του κινδύνου εκμετάλλευσης.

Όπως συμβαίνει και με τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών χαρακτηρίζονται από μεταβίβαση της ευθύνης εκμετάλλευσης.

παραχώρησης υπηρεσιών υπόκειται εξ ολοκλήρου στο καθεστώς που θεσπίζεται από την οδηγία περί υπηρεσιών, η οποία, όπως διευκρινίζεται παραπάνω, εφαρμόζεται «σε κάθε σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας, συναπτόμενη εγγράφως μεταξύ ενός φορέα παροχής υπηρεσιών και μιας αναθέτουσας αρχής», πλην μερικών εξαιρέσεων που αναφέρονται στην οδηγία, αλλά μεταξύ των οποίων δεν περιλαμβάνεται η σύμβαση παραχώρησης.

Η γραμματική ερμηνεία αυτού του ορισμού, την οποία υιοθετούν ορισμένοι συγγραφείς, θα μπορούσε να οδηγήσει στην ένταξη των συμβάσεων παραχώρησης στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περί υπηρεσιών, δεδομένου ότι οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται εξ επαχθούς αιτίας και εγγράφως. Μια τέτοια προσέγγιση θα σήμαινε ότι η ανάθεση μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών θα πρέπει να τηρεί τους κανόνες της εν λόγω οδηγίας και θα υπαγόταν, επομένως, σε μια διαδικασία περισσότερο πολύπλοκη από εκείνη των συμβάσεων παραχώρησης έργων.

Ωστόσο, ελλείψει νομολογίας του Δικαστηρίου για το θέμα αυτό, η Επιτροπή δεν ακολούθησε μια τέτοια ερμηνεία στις συγκεκριμένες περιπτώσεις που κλήθηκε να αντιμετωπίσει. Μια προδικαστική υπόθεση που εκκρεμεί ενώπιον του Δικαστηρίου αφορά το πρόβλημα του ορισμού και του νομικού καθεστώτος που διέπει τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών [υπόθεση C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft m.b.H. κατά Post & Telekom Austria (Telaustria)*].

¹⁶ Απόφαση του Δικαστηρίου της 26ης Απριλίου 1994, υπόθεση C272/91 *Επιτροπή κατά Ιταλίας (Lottomatica)*, Συλλογή I-1409.

¹⁷ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα La Pergola στην υπόθεση C-360/96, *Arnhem*.

Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Alber στην υπόθεση C-108/98, *RI. SAN Srl κατά Comune d'Ischia*.

¹⁸ Στην απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 1998 στην υπόθεση C-360/96, *Arnhem*, αιτιολογική σκέψη 25, το Δικαστήριο απέρριψε το χαρακτηρισμό της επίδικης σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών με το επιχείρημα ότι η καταβαλλόμενη αμοιβή συνίστατο αποκλειστικά στο τίμημα που κατέβαλλε η δημόσια αρχή και όχι στην παροχή του δικαιώματος εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας.

Τέλος, η σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών αφορά κατά κανόνα δραστηριότητες οι οποίες, από τη φύση τους, το αντικείμενό τους και τους κανόνες στους οποίους υπόκεινται, τείνουν να υπάγονται στην ευθύνη του κράτους και να μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων¹⁹.

Πρέπει, εξάλλου, να υπομνησθεί ότι στην προαναφερθείσα απόφαση *Lottomatica*, το Δικαστήριο προέβη σε σαφή διάκριση μεταξύ της μεταβίβασης της ευθύνης στον ανάδοχο όσον αφορά τις δραστηριότητες του λόττο, που είναι δυνατόν να χαρακτηριστούν ως δραστηριότητες υπαγόμενες στην ευθύνη του κράτους κατά την προαναφερθείσα έννοια, και τις απλής προμήθειας συστημάτων πληροφορικής στη διοίκηση. Κατέληξε, εν προκειμένω, στο συμπέρασμα ότι, εφόσον δεν υπήρχε μια τέτοια μεταβίβαση ευθύνης, η σύμβαση ήταν δημόσια σύμβαση υπηρεσιών.

2.3. Οριοθέτηση των εννοιών «συμβάσεις παραχώρησης έργων» και «συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών»

Δεδομένου ότι μόνο η οδηγία 93/37/ΕΟΚ προβλέπει ένα ειδικό καθεστώς για τις διαδικασίες που πρέπει να ακολουθούνται κατά την ανάθεση μιας σύμβασης παραχώρησης έργων, είναι χρήσιμο να προσδιοριστούν οι περιπτώσεις στις οποίες εμφανίζεται αυτό το είδος παραχώρησης, ιδίως όταν πρόκειται για μεικτή σύμβαση, που εμπεριέχει επίσης και μια πτυχή παροχής υπηρεσιών. Άλλωστε, η περίπτωση αυτή είναι εκείνη η οποία σχεδόν πάντοτε εμφανίζεται στην πράξη, δεδομένου ότι ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης δημοσίων έργων παρέχει συχνά μια υπηρεσία στο χρήστη βάσει του έργου που εκτέλεσε.

Σε ό,τι αφορά την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής των διατάξεων των οδηγιών για τα έργα και τις υπηρεσίες, η αιτιολογική σκέψη 16 της δεύτερης οδηγίας ορίζει ότι, εφόσον τα έργα γίνονται επικουρικός και δεν αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορούν να δικαιολογήσουν τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης δημοσίων έργων. Οι διατάξεις αυτές ερμηνεύθηκαν από το Δικαστήριο στην υπόθεση *Gestión Hotelera Internacional*, στην οποία το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «*όταν οι εργασίες έχουν παρεπόμενο μόνο χαρακτήρα σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασεως, το σύνολο του διαγωνισμού αυτού δεν μπορεί να χαρακτηριστεί σύμβαση δημοσίων έργων.*»²⁰. Το πρόβλημα των μεικτών συμβάσεων εξετάστηκε επίσης από το Δικαστήριο και σε μια άλλη υπόθεση²¹, από την οποία προκύπτει ότι όταν μία σύμβαση έχει δύο αντικείμενα τα οποία μπορούν να διαχωριστούν (π.χ., παροχή προμηθειών και παροχή υπηρεσιών), πρέπει να εφαρμοστούν σε καθένα από τα εν λόγω αντικείμενα οι ειδικοί κανόνες που προβλέπονται γι' αυτά.

Παρά το γεγονός ότι οι αρχές αυτές αναπτύχθηκαν σε σχέση με τις δημόσιες συμβάσεις, η Επιτροπή θεωρεί ότι πρέπει να υιοθετηθεί μια ανάλογη προσέγγιση και για τον προσδιορισμό του αν μια σύμβαση παραχώρησης υπόκειται ή όχι στην οδηγία περί δημοσίων έργων.

¹⁹ Προαναφερθείσες προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση *Arnhem*· προαναφερθείσες προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση *RI. SAN Srl*.

²⁰ Απόφαση του Δικαστηρίου της 19ης Απριλίου 1994 στην υπόθεση C-331/92, *Gestion Hotelière*, Συλλογή I-1329.

²¹ Απόφαση του Δικαστηρίου της 5ης Δεκεμβρίου 1989 στην υπόθεση 3/88, *Data Processing*, Συλλογή σ. 4035.

Πράγματι, το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής είναι το ίδιο, είτε πρόκειται για σύμβαση δημοσίων έργων είτε για σύμβαση παραχώρησης έργων²².

Ως εκ τούτου, κατά τη γνώμη της Επιτροπής, πρέπει πρωτίστως να προσδιορίζεται αν το κύριο αντικείμενο της σύμβασης αφορά την κατασκευή ενός έργου ή την εκτέλεση και την πραγματοποίηση εργασιών για λογαριασμό της παραχωρούσας αρχής ή, αντιθέτως, αν οι εργασίες αυτές ή η κατασκευή του εν λόγω έργου έχουν επικουρικό απλώς χαρακτήρα σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης.

Αν η σύμβαση αφορά κατά κύριο λόγο την κατασκευή ενός έργου για το λογαριασμό της παραχωρούσας αρχής, πρόκειται, κατά την άποψη της Επιτροπής, για σύμβαση παραχώρησης έργων.

Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να εφαρμόζεται το καθεστώς που προβλέπεται από την οδηγία περί δημοσίων έργων, εφόσον καλύπτεται το κατώτατο όριο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας (5.000.000 ευρώ), έστω και αν υπάρχουν πτυχές που συνδέονται με την παροχή υπηρεσιών. Το γεγονός ότι οι εργασίες ή τα έργα εκτελούνται στην πραγματικότητα από τρίτους δεν μεταβάλλει τη φύση της βασικής σύμβασης. Το αντικείμενο της σύμβασης παραμένει το ίδιο.

Αντιθέτως, μια σύμβαση παραχώρησης που δεν περιλαμβάνει την εκτέλεση έργων παρά μόνο επικουρικώς ή η οποία αφορά αποκλειστικά και μόνο την εκμετάλλευση ενός υπάρχοντος έργου, θεωρείται σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών.

Εξάλλου, είναι επίσης δυνατόν να εμφανιστούν στην πράξη περιπτώσεις που περιλαμβάνουν συγχρόνως την εκτέλεση ενός έργου ή έργων και την παροχή υπηρεσιών. Έτσι, στο περιθώριο μιας σύμβασης παραχώρησης έργων, είναι δυνατόν να συναφθούν συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών για συμπληρωματικές δραστηριότητες, που είναι όμως ανεξάρτητες από την εκμετάλλευση της παραχώρησης του έργου. Παραδείγματος χάριν, οι υπηρεσίες εστιατορίου σε έναν αυτοκινητόδρομο μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας, διαφορετικής από τη σύμβαση παραχώρησης της κατασκευής ή της διαχείρισης του αυτοκινητοδρόμου. Κατά την άποψη της Επιτροπής, εφόσον τα αντικείμενα των συμβάσεων αυτών μπορούν να διαχωριστούν το ένα από το άλλο, εφαρμόζονται αντιστοίχως οι κανόνες οι σχετικοί με καθένα από τα εν λόγω είδη συμβάσεων.

2.4. Το πεδίο εφαρμογής της παρούσας ερμηνευτικής ανακοίνωσης

Όπως προαναφέρθηκε, οι συμβάσεις παραχώρησης, ακόμα και εάν δεν καλύπτονται από τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, υπόκεινται στους κανόνες και τις αρχές της Συνθήκης, εφόσον απορρέουν από πράξεις που μπορούν να καταλογιστούν στο κράτος και που έχουν ως αντικείμενο την άσκηση δραστηριοτήτων οικονομικού χαρακτήρα.

²² Το Δικαστήριο εφάρμοσε, εξάλλου, την ίδια αρχή για να οριοθετήσει τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών στην απόφασή του της 18ης Νοεμβρίου 1999 στην υπόθεση C-107/98, *Teckal Srl κατά Commune di Viano και AGAC di Reggio Emilia (Teckal)*.

Πράγματι, είτε έχει συμβατικό είτε μονομερή χαρακτήρα, κάθε κρατική πράξη²³ που καθορίζει τις προϋποθέσεις στις οποίες υπόκειται η άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας πρέπει να αντιμετωπίζεται βάσει των κανόνων και των αρχών της Συνθήκης, και ειδικότερα βάσει των κανόνων και των αρχών που θεσπίζονται στα άρθρα 43 έως 55 (πρώην 52 έως 66)²⁴.

Κατά συνέπεια, η παρούσα ανακοίνωση καλύπτει τις καταλογιστέες στο κράτος πράξεις με τις οποίες μια δημόσια αρχή αναθέτει σε τρίτον - είτε πρόκειται για συμβατική πράξη είτε για μονομερή πράξη η οποία έτυχε της συναίνεσης του εν λόγω τρίτου - την πλήρη ή μερική διαχείριση υπηρεσιών οι οποίες εμπίπτουν κανονικά στο χώρο ευθύνης της και για τις οποίες αυτός ο τρίτος αναλαμβάνει τους κινδύνους εκμετάλλευσης. Οι υπηρεσίες αυτές καλύπτονται από την παρούσα ανακοίνωση μόνο εφόσον αποτελούν άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, κατά την έννοια των άρθρων 43 έως 55 (πρώην 52 έως 66) της Συνθήκης.

Οι εν λόγω κρατικές πράξεις θα ονομάζονται στη συνέχεια «συμβάσεις παραχώρησης», ανεξάρτητα από το νομικό χαρακτηρισμό τους στο εθνικό δίκαιο.

Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, και με την επιφύλαξη των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου που θα μπορούσαν να τύχουν εφαρμογής, η παρούσα ανακοίνωση δεν αφορά:

- τις πράξεις με τις οποίες μια δημόσια αρχή παρέχει εξουσιοδότηση ή χορηγεί άδεια για την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, παρά το γεγονός ότι οι ίδιες αυτές πράξεις θα χαρακτηρίζονταν ως συμβάσεις παραχώρησης σε ορισμένα κράτη μέλη²⁵.

- τις πράξεις που αφορούν δραστηριότητες μη οικονομικού χαρακτήρα, όπως η υποχρεωτική σχολική φοίτηση ή η κοινωνική ασφάλιση.

Αντιθέτως, πρέπει να επισημανθεί ότι όταν η διάρκεια μιας σύμβασης παραχώρησης λήγει, η ανανέωσή της εξομοιώνεται με νέα σύμβαση παραχώρησης και, ως εκ τούτου, καλύπτεται από την ανακοίνωση.

Ένα ιδιαίτερο πρόβλημα εμφανίζεται όταν υπάρχει, μεταξύ του αναδόχου της σύμβασης παραχώρησης και της παραχωρούσας αρχής, ένα είδος ενδοοργανικής ανάθεσης που δεν εξέρχεται από τη διοικητική σφαίρα της αναθέτουσας αρχής²⁶. Το ζήτημα του εάν και σε ποιο

²³ Με την ευρύτερη έννοια του όρου, δηλαδή πράξεις του συνόλου των δημοσίων αρχών οι οποίες ανήκουν στην οργανωτική δομή του κράτους (οργανισμοί τοπικής διοίκησης, περιφέρειες, διαμερίσματα, αυτόνομες κοινότητες, κοινότητες) καθώς και πράξεις οι οποίες εκδίδονται από κάθε άλλο φορέα ο οποίος, αν και έχει αυτόνομη νομική υπόσταση, συνδέεται με το κράτος με τόσο στενούς δεσμούς, ώστε να πρέπει να θεωρηθεί ότι αποτελεί μέρος της οργανωτικής δομής του. Περιλαμβάνονται επίσης στην έννοια των κρατικών πράξεων οι πράξεις που καταλογίζονται στο κράτος, δηλαδή οι πράξεις οι οποίες, παρότι δεν έχουν εκδοθεί από δημόσιες αρχές, ωστόσο τους καταλογίζονται δεδομένων των δυνατοτήτων παρέμβασης που έχουν οι εν λόγω αρχές για να εμποδίσουν την έκδοσή τους ή να επιβάλουν την τροποποίησή τους.

²⁴ Ανάλογη συλλογιστική πρέπει να ακολουθηθεί όσον αφορά τις συμβάσεις παραχώρησης προμηθειών, που πρέπει να αξιολογούνται με βάση τα άρθρα 28 έως 30 (πρώην 30 έως 36) της Συνθήκης.

²⁵ **Παραδείγματος χάριν**, τις παραχωρήσεις αδειών ταξί ή τις άδειες χρήσης δημοσίων χώρων (περίπτερα, καφεενεία), τις άδειες για φαρμακεία ή τις άδειες για πρατήρια βενζίνης.

²⁶ Σχέσεις που συγγενεύουν με το φαινόμενο το οποίο ενίοτε χαρακτηρίζεται ως «in-house». Βλέπε, σχετικά με το θέμα αυτό, τις προαναφερθείσες προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα La Pergola στην υπόθεση *Arnhem*, τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Κοσμά στην υπόθεση *Teckal* και τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Alber στην υπόθεση *RI.SAN*.

βαθμό το κοινοτικό δίκαιο εφαρμόζεται σ' αυτό το είδος σχέσεων αντιμετωπίστηκε από το Δικαστήριο²⁷. Όμως, άλλες εκκρεμείς υποθέσεις ενώπιον του Δικαστηρίου θα προσφέρουν ενδεχομένως διευκρινίσεις στο θέμα αυτό²⁸.

Αντίθετα, οι σχέσεις μεταξύ του δημοσίου και των δημοσίων επιχειρήσεων που είναι επιφορτισμένες με οικονομική αποστολή γενικού συμφέροντος καλύπτονται, κατ' αρχήν, από την ανακοίνωση²⁹. Είναι αλήθεια ότι, σύμφωνα με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου³⁰, τίποτε στη συνθήκη δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να εξαιρούν, για λόγους δημοσίου συμφέροντος μη οικονομικής φύσεως, ορισμένες υπηρεσίες γενικού συμφέροντος από τον ελεύθερο ανταγωνισμό, παραχωρώντας αποκλειστικά δικαιώματα³¹. Το Δικαστήριο προσθέτει, ωστόσο, ότι ο τρόπος οργάνωσης και λειτουργίας ενός τέτοιου μονοπωλίου δεν πρέπει να αντιβαίνει προς τις διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών, ούτε προς τους κανόνες ανταγωνισμού³². Ομοίως, ο τρόπος και οι όροι υπό τους οποίους χορηγούνται αυτά τα αποκλειστικά δικαιώματα υπόκεινται στους κανόνες της Συνθήκης και, ως εκ τούτου, είναι δυνατόν να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας ανακοίνωσης.

3. ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΠΟΥ ΔΙΕΠΕΙ ΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

Όπως έχει ήδη προαναφερθεί, αντικείμενο ειδικού καθεστώτος αποτελούν μόνο οι συμβάσεις παραχώρησης έργων η αξία των οποίων ανέρχεται τουλάχιστον στο κατώτατο όριο που ορίζεται από την οδηγία 93/37/ΕΟΚ (5.000.000 ευρώ).

Ωστόσο, όπως κάθε κρατική πράξη που καθορίζει τους όρους στους οποίους υπόκειται η άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας, οι συμβάσεις παραχώρησης υπόκεινται στις διατάξεις των άρθρων 28 έως 30 (πρώην 30 έως 36) και 43 έως 55 (πρώην 52 έως 66) της Συνθήκης και στις αρχές που προκύπτουν από τη νομολογία

²⁷ Στην προπαρατεθείσα υπόθεση *Teckal*, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι, για να τύχει εφαρμογής η οδηγία 93/36/ΕΟΚ, «αρκεί, κατ' αρχήν, η σύμβαση να έχει συναφθεί μεταξύ, αφενός, μιας αρχής τοπικής διοίκησης και, αφετέρου, ενός προσώπου νομικά διακριτού από την εν λόγω αρχή», προσθέτοντας ότι «δεν είναι δυνατόν να συμβεί διαφορετικά παρά μόνο στην περίπτωση κατά την οποία, συγχρόνως, η αρχή τοπικής διοίκησης ασκεί στο εν λόγω πρόσωπο έλεγχο ανάλογο προς εκείνο τον οποίο ασκεί στις δικές της υπηρεσίες, το δε εν λόγω πρόσωπο πραγματοποιεί το ουσιώδες μέρος της δραστηριότητάς του με την ή τις αρχές τοπικής διοίκησης που έχουν τον έλεγχό του.» (αιτιολογική σκέψη 50).

²⁸ Υποθέσεις C-94/99 (*ARGE*) και C-324/98 (*Telaustria*), που προαναφέρθηκαν.

²⁹ Στον οπτικοακουστικό τομέα, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη το Πρωτόκολλο για το σύστημα δημόσιας ραδιοτηλεόρασης στα κράτη μέλη, το οποίο επισυνάπτεται στην Συνθήκη του Άμστερνταμ, η οποία τροποποίησε την Συνθήκη της Ρώμης (θέση σε ισχύ την 1 Μαρτίου 1999).

³⁰ Αποφάσεις *Sacchi* της 30ής Απριλίου 1974 στην υπόθεση 155/73 και *Ελληνική Ραδιοφωνία* της 18ης Ιουνίου 1991 στην υπόθεση C-260/89.

³¹ Προπαρατεθείσα απόφαση *Ελληνική Ραδιοφωνία*, αιτιολογική σκέψη 10.

³² Προπαρατεθείσα απόφαση *Ελληνική Ραδιοφωνία*, αιτιολογική σκέψη 12.

³³ Όσον αφορά τον τομέα των μεταφορών, οι διατάξεις που διέπουν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών είναι, μέσω παραπομπής από το άρθρο 51 (πρώην 61), τα άρθρα 70-80 (πρώην 74-84) της Συνθήκης. Ωστόσο, σύμφωνα με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, εφαρμόζονται στον τομέα αυτόν οι γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου (βλ. αποφάσεις της 4ης Απριλίου 1974, υπόθεση C-167/73, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, της 30ής Απριλίου 1986, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 209/84 και 213/84, *Ministère Public/ASJES κ.λπ.*, της 17ης Μαΐου 1994, υπόθεση C-18/93, *Corsica ferries*, της 1ης Οκτωβρίου 1998, υπόθεση C-38/97, *Autotrasporti Librandi snc/Cuttica*).

Οι υπηρεσίες των σιδηροδρομικών, των οδικών και των εσωτερικών πλωτών μεταφορών καλύπτονται, εξάλλου, από τον κανονισμό 1191/69, όπως τροποποιήθηκε από τον κανονισμό 1893/91, ο οποίος

του Δικαστηρίου³³. Πρόκειται, ειδικότερα, για τις αρχές της μη εισαγωγής διακρίσεων, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αμοιβαίας αναγνώρισης και της αναλογικότητας³⁴.

Η Συνθήκη δεν περιορίζει την ελευθερία ενός κράτους μέλους να συνάπτει συμβάσεις παραχώρησης, με την προϋπόθεση ότι οι όροι της ανάθεσης συνάδουν με το κοινοτικό δίκαιο.

Όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, παρά το γεγονός ότι, δυνάμει της Συνθήκης, τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να θεσπίζουν κανόνες ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, ωστόσο οφείλουν να τηρούν όλες τις σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου και ιδίως τις απαγορεύσεις που απορρέουν από τις αρχές τις οποίες καθιερώνει η Συνθήκη όσον αφορά το δικαίωμα εγκατάστασης και το δικαίωμα ελεύθερης παροχής υπηρεσιών³⁵. Εξάλλου, το Δικαστήριο υπογράμμισε τη σημασία των αρχών και των κανόνων που απορρέουν από τη Συνθήκη διευκρινίζοντας ειδικότερα ότι οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων έχουν ως σκοπό, αφενός μεν, «να διευκολύνουν την πραγματική υλοποίηση, μέσα στην Κοινότητα, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών» και, αφετέρου, «να διευκολύνουν την πραγμάτωση των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και κρατικών προμηθειών»³⁶.

Ορισμένα κράτη μέλη θεώρησαν μερικές φορές ότι η ανάθεση μιας σύμβασης παραχώρησης δεν εμπίπτει στους κανόνες της Συνθήκης, διότι πρόκειται για εκχώρηση υπηρεσίας παρεχόμενης προς το κοινό, η οποία δεν είναι δυνατόν να πραγματοποιηθεί παρά μόνον με βάση την αμοιβαία εμπιστοσύνη (*intuitu personae*). Όπως προκύπτει από τη Συνθήκη και από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, οι μόνοι λόγοι οι οποίοι επιτρέπουν στις κρατικές πράξεις που παραβιάζουν τα άρθρα 43 και 49 (πρώην 52 και 59) της Συνθήκης να αποφύγουν την απαγόρευση των άρθρων αυτών είναι εκείνοι οι οποίοι αναφέρονται στα άρθρα 45 και 55 (πρώην 55 και 66), οι ιδιαίτερα περιοριστικοί όροι εφαρμογής των οποίων, όπως τους καθορίζει το Δικαστήριο, θα αποσαφηνιστούν παρακάτω³⁷. Τίποτε στη Συνθήκη ή στη νομολογία του Δικαστηρίου δεν επιτρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι τα πράγματα έχουν διαφορετικά για τις συμβάσεις παραχώρησης.

Η Επιτροπή υπενθυμίζει στη συνέχεια τους κανόνες της Συνθήκης και τις αρχές που απορρέουν από τη νομολογία του Δικαστηρίου, κανόνες και αρχές που ισχύουν για τις συμβάσεις παραχώρησης που καλύπτονται από την παρούσα ανακοίνωση.

προβλέπει μηχανισμούς και διαδικασίες τις οποίες μπορούν να χρησιμοποιούν οι δημόσιες αρχές για να εξασφαλίσουν την επίτευξη των στόχων τους για τις δημόσιες μεταφορές.

³⁴ Είναι προφανές ότι οι πράξεις και η συμπεριφορά του αναδόχου υπόκεινται στους προαναφερθέντες κανόνες και αρχές, στο μέτρο που μπορούν να καταλογιστούν στο κράτος κατά την έννοια της νομολογίας του Δικαστηρίου.

³⁵ Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-27/86, 28/86 και 29/86, *Bellini*.

³⁶ Αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, υπόθεση C-199/85, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, και της 17ης Νοεμβρίου 1993, υπόθεση C-71/92, *Επιτροπή κατά Ισπανίας*.

³⁷ Προπαρατεθείσα απόφαση *Lottomatica*. Στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο έκρινε ότι, ενόψει των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης υπόθεσης, τα καθήκοντα του αναδόχου της σύμβασης παραχώρησης περιορίζονταν σε δραστηριότητες τεχνικού χαρακτήρα και ως τέτοια υπόκεινταν στη Συνθήκη.

3.1. Οι κανόνες και οι αρχές που προβλέπονται από τη Συνθήκη ή απορρέουν από τη νομολογία του Δικαστηρίου

Όπως έχει ήδη αναφερθεί, η Συνθήκη δεν αναφέρεται ρητά ούτε στις δημόσιες συμβάσεις ούτε στις συμβάσεις παραχώρησης. Ωστόσο, πολλές από τις διατάξεις της είναι σχετικές με τα θέματα αυτά. Πρόκειται για τους κανόνες της Συνθήκης οι οποίοι θεσπίζουν και κατοχυρώνουν την εύρυθμη λειτουργία της ενιαίας αγοράς, και συγκεκριμένα:

- τους κανόνες που απαγορεύουν κάθε διάκριση λόγω ιθαγένειας (άρθρο 12, παράγραφος 1, πρώην άρθρο 6, παράγραφος 1).
- τους κανόνες που αφορούν την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων (άρθρα 28, πρώην 30, και επόμενα), την ελευθερία εγκατάστασης (άρθρα 43, πρώην 52, και επόμενα) και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (άρθρα 49, πρώην 59, και επόμενα) καθώς και τις εξαιρέσεις από τους κανόνες αυτούς, οι οποίες προβλέπονται στα άρθρα 30, 45 και 46 (πρώην 36, 55 και 56)³⁸.
- τις διατάξεις του άρθρου 86 (πρώην 90) της Συνθήκης, οι οποίες μπορούν να χρησιμεύσουν και ως οδηγός προκειμένου να κριθεί η νομιμότητα της παροχής των δικαιωμάτων αυτών.

Οι κανόνες αυτοί, καθώς και οι αρχές τις οποίες έχει διατυπώσει σχετικά το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, αναλύονται παρακάτω.

Είναι αλήθεια ότι η παρατιθέμενη νομολογία αφορά εν μέρει τις δημόσιες συμβάσεις. Ωστόσο, οι αρχές που προκύπτουν απ' αυτήν έχουν συχνά εμβέλεια η οποία υπερβαίνει το πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, εφαρμόζονται και σε άλλες καταστάσεις, όπως είναι οι συμβάσεις παραχώρησης.

3.1.1. Η ίση μεταχείριση

Σύμφωνα με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, «η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης, ιδιαίτερη έκφραση της οποίας αποτελεί η απαγόρευση των διακρίσεων με βάση την ιθαγένεια, είναι μία από τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, ανάλογες καταστάσεις δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται με διαφορετικό τρόπο, εκτός αν η διαφορετική αντιμετώπιση δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους»³⁹.

Εξάλλου, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της οποίας τα άρθρα 43 (πρώην 52) και 49 (πρώην 59) της Συνθήκης συνιστούν συγκεκριμένη έκφραση, «απαγορεύει όχι μόνο την πρόδηλη διάκριση λόγω ιθαγένειας,(...) αλλά και οποιαδήποτε συγκεκριμένη μορφή διακρίσεως η οποία, κατ' εφαρμογή άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πραγματικότητα στο ίδιο αποτέλεσμα»⁴⁰.

³⁸ Η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι η λήψη περιοριστικών αλλά μη εισαγόντων διακρίσεις μέτρων αντίκειται στα άρθρα 43 (πρώην 52) και 49 (πρώην 59), αν τα μέτρα αυτά δεν δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος άξιους προστασίας. Αυτό συμβαίνει όταν, π.χ., τα μέτρα δεν είναι ούτε κατάλληλα ούτε αναγκαία για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού..

³⁹ Απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 1980, υπόθεση C-810/79, *Überschär*.

⁴⁰ Απόφαση της 13ης Ιουλίου 1993, υπόθεση C-330/91, *Commerzbank*. βλ. επίσης απόφαση της 3ης Φεβρουαρίου 1982, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 62 και 63/81, *Seco* και *Desquenne*.

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης σημαίνει κυρίως ότι οι κανόνες του παιχνιδιού πρέπει να είναι γνωστοί σε όλους τους υποψηφίους αναδόχους και να εφαρμόζονται σε όλους με τον ίδιο τρόπο. Όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, και ιδίως από την απόφαση *Raulin*⁴¹ καθώς και από την απόφαση *Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου*⁴², η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης συνεπάγεται όχι μόνο τον καθορισμό όρων πρόσβασης σε μια οικονομική δραστηριότητα που να μην εισάγουν διακρίσεις, αλλά και τη λήψη, από τις δημόσιες αρχές, όλων των μέτρων που είναι σε θέση να εξασφαλίσουν την άσκηση αυτής της δραστηριότητας.

Κατά την άποψη της Επιτροπής, από τη νομολογία αυτή προκύπτει ότι πρέπει να εξασφαλίζεται η αρχή της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Στις αποφάσεις *Storebaelt* και *Bus Wallons*, το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να αποσαφηνίσει την έκταση της αρχής της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, ορίζοντας, αφενός, ότι η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης απαιτεί όπως όλες οι προσφορές είναι σύμφωνες προς τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση των προσφορών⁴³, και, αφετέρου, ότι όταν μια αναθέτουσα αρχή λαμβάνει υπόψη της τροποποίηση των αρχικών προσφορών ενός μόνον από τους υποψηφίους, ο υποψήφιος αυτός περιέρχεται σε πλεονεκτική θέση σε σχέση με τους ανταγωνιστές του, πράγμα το οποίο προσβάλλει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και θίγει τη διαφάνεια της διαδικασίας. Επιπλέον, το Δικαστήριο διαπιστώνει ότι «κατά τη διαδικασία σύγκρισης των προσφορών πρέπει να τηρείται, σε όλα τα στάδιά της, τόσο η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων όσο και η αρχή της διαφάνειας, ώστε όλοι οι υποψήφιοι να έχουν ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλλουν τις προσφορές τους.»⁴⁴

Συνεπώς, το Δικαστήριο διευκρίνισε στη νομολογία του σχετικά με την εφαρμογή των οδηγιών, ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων δεν εξαρτάται από ενδεχόμενη διάκριση λόγω ιθαγένειας ή άλλων κριτηρίων.

Η εφαρμογή της αρχής αυτής στις συμβάσεις παραχώρησης (η οποία, όπως είναι προφανές, είναι δυνατή μόνο όταν η αναθέτουσα αρχή διαπραγματεύεται με περισσότερους από έναν πιθανούς αναδόχους) σημαίνει ότι η παραχωρούσα αρχή είναι ελεύθερη να επιλέξει την καταλληλότερη διαδικασία ανάθεσης, ιδίως σε σχέση με τα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου τομέα, και να καθορίσει τις απαιτήσεις τις οποίες πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι καθ' όλη τη διάρκεια των διαφόρων φάσεων της σχετικής διαδικασίας⁴⁵. Ωστόσο, η επιλογή του ή των υποψηφίων πρέπει να γίνει με αντικειμενικά κριτήρια και η διαδικασία πρέπει να εξελιχθεί με τήρηση των διαδικαστικών κανόνων και των θεμελιωδών απαιτήσεων που έχουν καθοριστεί από την παραχωρούσα αρχή εξ αρχής⁴⁶. Στην περίπτωση που οι κανόνες αυτοί δεν έχουν

⁴¹ Απόφαση της 26ης Φεβρουαρίου 1992, υπόθεση C-357/89.

⁴² Απόφαση της 7ης Ιουλίου 1992, υπόθεση C-295/90.

⁴³ Απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, υπόθεση C-243/89, *Storebaelt*, αιτιολογική σκέψη αριθ. 37.

⁴⁴ Απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, υπόθεση C-87/94, *Bus Wallons*. Βλ. επίσης την απόφαση του Πρωτοδικείου της 17ης Δεκεμβρίου 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services*.

⁴⁵ Στο πλαίσιο αυτό, θα πρέπει να υπογραμμισθεί ότι η παρούσα ανακοίνωση δεν προκαταβάλλει την ερμηνεία των ειδικών κανόνων στον τομέα των μεταφορών όπως αυτοί προβλέπονται στην Συνθήκη ή στους ειδικότερους κανονισμούς εν ισχύ ή που πρόκειται να υιοθετηθούν στο μέλλον.

⁴⁶ Έτσι, **παραδείγματος χάριν**, παρά το γεγονός ότι η συγγραφή υποχρεώσεων μπορεί (πράγμα που συμβαίνει συχνά με τα σύνθετα έργα υποδομής) να προβλέπει τη δυνατότητα των υποψηφίων να κάνουν τεχνικές βελτιώσεις σε σχέση με τις λύσεις που προβλέπει η παραχωρούσα αρχή, οι τροποποιήσεις αυτές δεν είναι δυνατόν να αφορούν ουσιώδεις απαιτήσεις του έργου, ενώ πρέπει να είναι και σαφώς οριοθετημένες.

καθοριστεί, η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει, εν πάση περιπτώσει, την αντικειμενική επιλογή των υποψηφίων.

Έτσι, πρέπει, ειδικότερα, να θεωρείται ότι αντίκεινται στους προαναφερόμενους κανόνες της Συνθήκης και στην αρχή της ίσης μεταχείρισης διατάξεις που επιφυλάσσουν τις δημόσιες συμβάσεις μόνο στις εταιρείες που ελέγχονται κατά πλειοψηφία ή πλήρως, άμεσα ή έμμεσα, από το κράτος ή από τον δημόσιο τομέα⁴⁷, πρακτικές οι οποίες επιτρέπουν την αποδοχή προσφορών που δεν είναι σύμφωνες με τη συγγραφή υποχρεώσεων ή που τροποποιούνται μετά την αποσφράγισή τους, καθώς και η συνεκτίμηση εναλλακτικών λύσεων, όταν η δυνατότητα αυτή δεν προβλεπόταν ήδη από το αρχικό σχέδιο. Επιπλέον, δεν πρέπει το αρχικό έργο να αλλοιώνεται κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων σε σχέση με τα κριτήρια και τις απαιτήσεις που είχαν καθοριστεί στην αρχή της διαδικασίας.

Επίσης, όταν, σε ορισμένες περιπτώσεις, η παραχωρούσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να καθορίζει τις ανάγκες της με επαρκώς προσδιορισμένους τεχνικούς όρους, ζητά διαφορετικές προσφορές, που ενδέχεται να προτείνουν διαφοροποιημένες λύσεις σε ένα πρόβλημα το οποίο εκφράζεται με γενικούς όρους. Ωστόσο, σ' αυτές τις περιπτώσεις, για να εξασφαλίζεται ο υγιής και αποτελεσματικός ανταγωνισμός, η συγγραφή υποχρεώσεων πρέπει να παρουσιάζει κατά τρόπο αντικειμενικό και χωρίς διακρίσεις αυτό που ζητείται από τους υποψηφίους και κυρίως τους όρους της προσέγγισης την οποία πρέπει να ακολουθήσουν κατά την κατάρτιση των προσφορών τους. Με τον τρόπο αυτό, κάθε υποψήφιος γνωρίζει εκ των προτέρων ότι έχει τη δυνατότητα να προβλέψει διαφορετικές τεχνικές λύσεις. Γενικότερα, η συγγραφή υποχρεώσεων δεν πρέπει να περιέχει στοιχεία που αντιβαίνουν στους προαναφερόμενους κανόνες και αρχές της Συνθήκης. Οι ανάγκες της παραχωρούσας αρχής είναι επίσης δυνατόν να καθοριστούν σε συνεργασία με επιχειρήσεις του τομέα, με την προϋπόθεση ότι αυτό δεν έχει ως αποτέλεσμα την παρακώλυση του ανταγωνισμού.

3.1.2. Η διαφάνεια

Η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι στη νομολογία του, το Δικαστήριο έχει υπογραμμίσει τις σχέσεις μεταξύ της αρχής της διαφάνειας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, την πρακτική αποτελεσματικότητα της οποίας επιδιώκει να εξασφαλίσει κατοχυρώνοντας τη δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού χωρίς στρεβλώσεις⁴⁸.

Η Επιτροπή διαπιστώνει ότι σε όλα σχεδόν τα κράτη μέλη υπάρχουν κανόνες ή διοικητικές πρακτικές που ακολουθούνται στον τομέα των συμβάσεων παραχώρησης και που προβλέπουν ότι οι φορείς που επιθυμούν να αναθέσουν τη διαχείριση μιας οικονομικής δραστηριότητας σε τρίτο οφείλουν, προκειμένου να διασφαλίσουν ένα ελάχιστο επίπεδο διαφάνειας, να δημοσιοποιούν την πρόθεσή τους ακολουθώντας κατάλληλες διαδικασίες.

Όπως υπογράμμισε το Δικαστήριο στην πλέον πρόσφατη νομολογία του, η αρχή της μη εισαγωγής διακρίσεων λόγω της εθνικότητας συνεπάγεται μια υποχρέωση

⁴⁷ Προπαρατεθείσα απόφαση *Dataprocessing*, αιτιολογική σκέψη 30.

⁴⁸ Προαναφερθείσα υπόθεση *Bus Wallon*, αιτιολογική σκέψη 54.

διαφάνειας, ώστε να έχει τη δυνατότητα η αναθέτουσα αρχή να διασφαλίσει την τήρησή της⁴⁹.

Η διαφάνεια μπορεί να εξασφαλισθεί με κάθε πρόσφορο μέσο, στα οποία περιλαμβάνεται και η δημοσιότητα, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες των συγκεκριμένων τομέων⁵⁰. Οι εν λόγω μορφές δημοσιότητας περιλαμβάνουν γενικά τις πληροφορίες που είναι απαραίτητες για να μπορέσουν οι πιθανοί υποψήφιοι ανάδοχοι να αποφασίσουν αν ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν στη διαδικασία (π.χ., κριτήρια επιλογής και ανάθεσης κ.λπ.). Μεταξύ των πληροφοριών αυτών περιλαμβάνονται το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης, καθώς επίσης η φύση και η έκταση των παροχών που αναμένονται από τον ανάδοχο της σύμβασης παραχώρησης.

Η Επιτροπή θεωρεί ότι, υπό τους όρους αυτούς, η υποχρέωση για διαφάνεια έχει γίνει σεβαστή.

3.1.3. Η αναλογικότητα

Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η αρχή της αναλογικότητας αναγνωρίζεται ως «μία από τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου»⁵¹. Ισχύει επίσης και για τις εθνικές αρχές κατά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου⁵², ακόμη και όταν αυτές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια⁵³.

Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου⁵⁴. Πράγματι, κατά τη διαδικασία επιλογής των προς λήψη μέτρων, ένα κράτος μέλος πρέπει να επιλέγει τα μέτρα τα οποία προκαλούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας⁵⁵.

Η αρχή αυτή, εφαρμοζόμενη στις συμβάσεις παραχώρησης, αν και αφήνει στις παραχωρούσες αρχές την ευχέρεια να καθορίζουν, ιδίως από πλευράς επιδόσεων και τεχνικών προδιαγραφών, τον προς επίτευξη στόχο, συνεπάγεται ωστόσο ότι κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου.

Έτσι, παραδείγματος χάριν, ένα κράτος μέλος δεν έχει το δικαίωμα να απαιτήσει, κατά την επιλογή των υποψηφίων, τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες δυσανάλογες και υπερβολικές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης.

⁴⁹ Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999 στην υπόθεση C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, αιτιολογική σκέψη 31.

⁵⁰ Η διαφάνεια μπορεί να εξασφαλισθεί, μεταξύ άλλων, με την δημοσίευση προκήρυξης ή ανακοίνωσης «προενημέρωσης» σε καθημερινές εφημερίδες, σε ειδικευμένα έντυπα ή με την ανάρτηση σχετικών ανακοινώσεων

⁵¹ Απόφαση της 11ης Ιουλίου 1989, υπόθεση 265/87, *Schröder*, αιτιολογική σκέψη 21.

⁵² Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 1993, υπόθεση 127/92, αιτιολογική σκέψη 27.

⁵³ Απόφαση της 19ης Ιουνίου 1980, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 41/79, 121/79 και 796/79, *Testa κ.λπ.*, αιτιολογική σκέψη 21.

⁵⁴ Αυτή είναι, παραδείγματος χάριν, η κατάσταση σε ότι αφορά την υποχρέωση επίτευξης υψηλού επιπέδου προστασίας του περιβάλλοντος και την εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης.

⁵⁵ Βλ., π.χ., απόφαση της 17ης Μαΐου 1984, υπόθεση 15/83, *Denkavit Nederland* η την απόφαση του Πρωτοδικείου της 19ης Ιουνίου 1997, υπόθεση T-260/94, *Air Inter SA*, αιτιολογική σκέψη 14..

Η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει επίσης την παράλληλη διασφάλιση του ανταγωνισμού και της χρηματοοικονομικής ισορροπίας. Συνεπώς, η διάρκεια της παραχώρησης πρέπει να καθοριστεί κατά τρόπον ώστε να μην εμποδίζεται ούτε να περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός πέραν του ορίου που είναι αναγκαίο για να διασφαλιστεί η απόσβεση των επενδύσεων και η εύλογη αμοιβή των επενδυόμενων κεφαλαίων⁵⁶, διατηρώντας ωστόσο τον κίνδυνο της εκμετάλλευσης για τον ανάδοχο.

3.1.4. Η αμοιβαία αναγνώριση

Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης αποτελεί καρπό της νομολογίας του Δικαστηρίου. Η έννοιά της αποσαφηνίστηκε σταδιακά βάσει μιας πλούσιας νομολογίας, η οποία αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων και των υπηρεσιών. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, ένα κράτος μέλος είναι υποχρεωμένο να δέχεται τα προϊόντα και τις υπηρεσίες που παρέχονται από οικονομικούς φορείς άλλων χωρών της Κοινότητας, στο μέτρο που τα εν λόγω προϊόντα και υπηρεσίες πληρούν με ισοδύναμο τρόπο τους θεμιτούς στόχους τους οποίους επιδιώκει το κράτος μέλος προορισμού⁵⁷.

Η εφαρμογή αυτής της αρχής στις συμβάσεις παραχώρησης σημαίνει, ειδικότερα, ότι το κράτος μέλος στο οποίο πραγματοποιείται η παροχή υποχρεούται να δεχθεί τις τεχνικές προδιαγραφές, τους ελέγχους, καθώς επίσης και τους τίτλους, τα πιστοποιητικά και τα προσόντα που απαιτούνται σε άλλο κράτος μέλος, στο μέτρο που αναγνωρίζονται ως ισοδύναμα με εκείνα τα οποία απαιτούνται από το κράτος

⁵⁶ Βλέπε, σχετικά με το θέμα αυτό, την πρόσφατη νομολογία του Πρωτοδικείου, σύμφωνα με την οποία η Συνθήκη τυγχάνει εφαρμογής «όταν ένα μέτρο που λαμβάνεται από ένα κράτος μέλος περιορίζει την ελεύθερη εγκατάσταση των υπηκόων ενός άλλου κράτους μέλους στο έδαφός του και παρέχει συγχρόνως πλεονεκτήματα σε μια επιχείρηση, δίνοντάς της ένα αποκλειστικό δικαίωμα, εκτός αν αυτό το κρατικό μέτρο επιδιώκει θεμιτό σκοπό που συνάδει με τη Συνθήκη και δικαιολογείται συνεχώς από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος (...)». Σε παρόμοια περίπτωση, το Πρωτοδικείο προσθέτει ότι «πρέπει επιπλέον το εν λόγω κρατικό μέτρο να είναι σε θέση να εγγυηθεί στην επίτευξη του στόχου το οποίο επιδιώκει και να μην υπερβαίνει το όριο που είναι απαραίτητο για την επίτευξη αυτού του στόχου» (απόφαση της 8ης Ιουλίου 1999, υπόθεση T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV*, σημείο 108).

⁵⁷ Η αρχή αυτή προκύπτει από τη νομολογία τη σχετική με την ελευθερία εγκατάστασης και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (ιδίως στις αποφάσεις *Βλασσοπούλου*, της 7ης Μαΐου 1991 (υπόθεση C-340/89), και *Denkmeyer*, της 25ης Ιουλίου 1991 (υπόθεση C-76/90)]. Στην πρώτη απόφαση το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι «οι εθνικές προϋποθέσεις ως προς τα απαιτούμενα προσόντα, ακόμη και εάν εφαρμόζονται χωρίς διάκριση λόγω ιθαγενείας, είναι δυνατόν να έχουν ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση της ασκήσεως, από τους υπηκόους των άλλων κρατών μελών, του δικαιώματος της εγκαταστάσεως που τους εξασφαλίζει το άρθρο 52 της Συνθήκης. Αυτό μπορεί να συμβαίνει στην περίπτωση που οι σχετικοί εθνικοί κανόνες δεν λαμβάνουν υπόψη τις γνώσεις και τα προσόντα που ο ενδιαφερόμενος έχει ήδη αποκτήσει σε άλλο κράτος μέλος». Στην απόφαση *Denkmeyer*, το Δικαστήριο διευκρίνισε ειδικότερα ότι «ένα κράτος μέλος δεν μπορεί να εξαρτά την πραγματοποίηση της παροχής υπηρεσιών στο έδαφός του από την τήρηση όλων των απαιτούμενων προϋποθέσεων εγκαταστάσεως και κατ' αυτόν τον τρόπο να στερεί από κάθε πρακτική αποτελεσματικότητα τις διατάξεις της Συνθήκης που προορίζονται ακριβώς για τη διασφάλιση της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών». Τέλος, στην υπόθεση *Webb*, της 17ης Δεκεμβρίου 1981 (υπόθεση 279/80), το Δικαστήριο πρόσθεσε ότι η ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών απαιτεί « (...) το κράτος μέλος εντός του οποίου παρέχεται η υπηρεσία (...) να λαμβάνει υπόψη του τα δικαιολογητικά και τις εγγυήσεις που έχει ήδη προσκομίσει ο παρέχων την υπηρεσία για την άσκηση της δραστηριότητάς του στο κράτος όπου έχει την εγκατάστασή του».

⁵⁸ **Παραδείγματος χάριν**, το κράτος μέλος στο οποίο πραγματοποιείται η παροχή υποχρεούται να δεχθεί τα ισοδύναμα προσόντα τα σχετικά με τις επαγγελματικές, τεχνικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες των παρόχων υπηρεσιών, τα οποία έχουν ήδη αποκτηθεί από τον ενδιαφερόμενο σε άλλο

3.1.5. Οι εξαιρέσεις που προβλέπονται από τη Συνθήκη

Περιορισμοί στο δικαίωμα της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και στο δικαίωμα της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών επιτρέπονται μόνο όταν δικαιολογούνται από έναν από τους λόγους που αναφέρονται στα άρθρα 30, 45, 46 και 55 (πρώην 36, 55, 56 και 66) της Συνθήκης.

Όσον αφορά, ειδικότερα, το άρθρο 45, πρώην 55, (το οποίο επιτρέπει περιορισμούς στο δικαίωμα ελεύθερης εγκατάστασης και ελεύθερης παροχής υπηρεσιών για τις δραστηριότητες που συνδέονται, έστω και περιστασιακά, με την άσκηση δημόσιας εξουσίας), το Δικαστήριο υπογράμμισε επανειλημμένα⁵⁹ «ότι το άρθρο 45 (πρώην 55) της Συνθήκης, ως εξαίρεση από το θεμελιώδη κανόνα της ελευθερίας εγκαταστάσεως, πρέπει να ερμηνεύεται στενά ώστε να περιορίζεται στο μέτρο που είναι απολύτως αναγκαίο για την προστασία των συμφερόντων την οποία επιτρέπει στα κράτη μέλη». Μια τέτοια εξαίρεση πρέπει να περιορίζεται σε εκείνες από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 43 και 49 (πρώην 52 και 59) οι οποίες, καθαυτές, συνεπάγονται άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση της δημόσιας εξουσίας⁶⁰.

Κατά συνέπεια, η εξαίρεση που θεσπίζεται στο άρθρο 45 (πρώην 55) πρέπει να τυγχάνει εφαρμογής μόνο στις περιπτώσεις στις οποίες ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης έχει άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση της δημόσιας εξουσίας.

Έτσι, οι δραστηριότητες που ασκούνται δυνάμει υποχρεώσεως ή αποκλειστικότητας που καθιερώνεται δια νόμου ή που χαρακτηρίζονται από τις εθνικές αρχές ως δημόσια υπηρεσία δεν εμπίπτουν αυτόματα στην εξαίρεση αυτή⁶¹. Βεβαίως, κάθε δραστηριότητα που εκχωρείται από τις δημόσιες αρχές ενέχει, κατ' αρχήν, μια διάσταση δημόσιας ωφέλειας, αλλά αυτό δεν σημαίνει ότι η δραστηριότητα αυτή συνδέεται κατ' ανάγκην με την άσκηση δημόσιας εξουσίας.

Επί παραδείγματι, το Δικαστήριο δεν δέχθηκε την εφαρμογή της εξαίρεσης του άρθρου 45 (πρώην 55) με βάση διαπιστώσεις όπως ότι:

- η δημόσια αρχή διατηρούσε τον έλεγχο επί των μεταβιβαζομένων δραστηριοτήτων και διέθετε πρόσφορα μέσα για να διασφαλίσει την προστασία των συμφερόντων για τα οποία ήταν υπεύθυνη⁶².

κράτος μέλος. Σε ό,τι αφορά τα προσόντα των επιχειρήσεων, παραδείγματος χάριν, πέραν της εφαρμογής των οδηγιών για την τεχνική εναρμόνιση, η απόδειξη της ισοτιμίας μπορεί να παρασχεθεί με βάση συμφωνίες αμοιβαίας αναγνώρισης θεμελιωδών συστημάτων πιστοποίησης. Οι συμφωνίες αυτές μπορούν να στηρίζονται σε αναγνώριση η οποία επιτρέπει την απόδειξη της επάρκειας των οργανισμών αξιολόγησης.

⁵⁹ Βλέπε ιδίως την απόφαση της 15ης Μαρτίου 1988, υπόθεση 147/86, *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας*.

⁶⁰ Απόφαση της 21ης Ιουνίου 1974, υπόθεση 2/74, *Reyners*.

⁶¹ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Mischo στην προπαρατεθείσα υπόθεση C-3/88, *Dataprocessing*.

⁶² Προπαρατεθείσα απόφαση της 15ης Μαρτίου 1988, υπόθεση 147/86.

- οι μεταβιβαζόμενες δραστηριότητες ήταν τεχνικής φύσης και, ως εκ τούτου, άσχετες με την άσκηση της δημόσιας εξουσίας⁶³.

Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, όπως αυτή ορίζεται παραπάνω, κάθε μέτρο που περιορίζει την άσκηση των ελευθεριών οι οποίες προβλέπονται στα άρθρα 43 και 49 (πρώην 52 και 59) πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη των επιδιωκόμενων στόχων⁶⁴. Πράγμα που σημαίνει, ειδικότερα, ότι κατά την επιλογή των μέτρων που εγγυώνται την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου, το κράτος μέλος πρέπει να προτιμά εκείνα τα οποία συνεπάγονται όσο το δυνατόν λιγότερα εμπόδια για την άσκηση αυτών των ελευθεριών⁶⁵.

Επιπλέον, στα πλαίσια της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, το κράτος μέλος υποδοχής πρέπει να ελέγχει εάν το προς διασφάλιση συμφέρον κατοχυρώνεται από τους κανόνες στους οποίους υπόκειται ο υποψήφιος στο κράτος μέλος στο οποίο ασκεί κανονικά τη δραστηριότητά του.

3.1.6. Η προστασία των δικαιωμάτων των ιδιωτών

Το Δικαστήριο, σύμφωνα με πάγια νομολογία του σχετική με τις θεμελιώδεις ελευθερίες της Συνθήκης, αποσαφηνίζει ότι οι αρνητικές ή απορριπτικές αποφάσεις πρέπει να είναι αιτιολογημένες και να μπορούν να αποτελούν αντικείμενο μέσω ένδικης προστασίας εκ μέρους των αποδεκτών τους⁶⁶.

Οι απαιτήσεις αυτές έχουν γενική εφαρμογή διότι, όπως διευκρινίζει το Δικαστήριο, απορρέουν από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών και έχουν επισφραγιστεί από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου⁶⁷.

Κατά συνέπεια, ισχύουν και για τους ιδιώτες οι οποίοι θεωρούν ότι θίγονται από την ανάθεση μιας σύμβασης παραχώρησης, κατά την έννοια της παρούσας ανακοίνωσης.

3.2. Το ειδικό καθεστώς της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων

Η Επιτροπή θεωρεί χρήσιμο να υπενθυμίσει ότι οι κανόνες και οι αρχές τις οποίες διευκρίνισε παραπάνω εφαρμόζονται και στις συμβάσεις παραχώρησης έργων. Ωστόσο, για τις

⁶³ Προπαρατεθείσες υποθέσεις C-3/88 και C-272/91, *Data Processing* και *Lottomatica*.

⁶⁴ Προπαρατεθείσα υπόθεση T-260/94, *Air Inter SA*. **Παραδείγματος χάριν**, το Δικαστήριο δεν δέχθηκε την εφαρμογή της εξαίρεσης της σχετικής με τη δημόσια τάξη κρίνοντας ότι δεν ήταν επαρκώς αιτιολογημένη και ότι ο επιδιωκόμενος στόχος μπορούσε να επιτευχθεί με άλλα μέσα τα οποία δεν συνεπάγονται περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (βλέπε αιτιολογική σκέψη 15 της προπαρατεθείσας απόφασης C-3/88, *Data Processing*).

⁶⁵ Απόφαση της 28ης Μαρτίου 1996, υπόθεση C-272/94, *Guiot/Climatec*.

⁶⁶ Απόφαση της 7ης Μαΐου 1991, υπόθεση C-340/89, *Βλασσοπούλου*, αιτιολογική σκέψη 22.

⁶⁷ Απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 1987, υπόθεση 22/86, *Heylens*, αιτιολογική σκέψη 14.

συμβάσεις αυτές, η οδηγία 93/37/ΕΟΚ προβλέπει και ένα ιδιαίτερο καθεστώς, που περιλαμβάνει ειδικότερα κάποιους κανόνες δημοσιότητας.

Είναι αυτονόητο ότι για τις συμβάσεις παραχώρησης η αξία των οποίων δεν φτάνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται από την οδηγία 93/37/ΕΟΚ ισχύουν μόνο οι κανόνες και οι αρχές της Συνθήκης.

3.2.1. Η πρώτη φάση: η επιλογή του αναδόχου της σύμβασης παραχώρησης

3.2.1.1. Οι κανόνες δημοσιότητας και διαφάνειας

Όσον αφορά τις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να δημοσιεύουν στην Επίσημη Εφημερίδα προκήρυξη σύμβασης παραχώρησης σύμφωνα με το υπόδειγμα που προβλέπεται στην οδηγία 93/37/ΕΟΚ, προκειμένου να θέτουν σε ανταγωνισμό τις συμβάσεις αυτές σε ευρωπαϊκό επίπεδο⁶⁸.

Ένα πρόβλημα το οποίο έχει αντιμετωπίσει η Επιτροπή αφορά την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης μεταξύ προσώπων δημοσίου δικαίου. Ορισμένα κράτη μέλη φαίνεται να πιστεύουν ότι οι διατάξεις της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ που αφορούν τις συμβάσεις παραχώρησης έργων δεν εφαρμόζονται στις συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ ενός δημόσιου οργανισμού και ενός νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου.

Ωστόσο, η οδηγία 93/37/ΕΟΚ επιβάλλει την εξασφάλιση κατάλληλης δημοσιότητας πριν από την ανάθεση κάθε σύμβασης παραχώρησης δημοσίων έργων, είτε ο υποψήφιος ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης ανήκει στον ιδιωτικό είτε στο δημόσιο τομέα. Το άρθρο 3, παράγραφος 3 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ προβλέπει, εξάλλου, ρητά ότι ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης μπορεί να είναι μία από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στην οδηγία, πράγμα που σημαίνει ότι αυτό το είδος σχέσεων υπόκειται, στη πρώτη φάση, στην υποχρέωση δημοσίευσης σχετικής προκήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 3, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας.

3.2.1.2. Η επιλογή του είδους της διαδικασίας

Όσον αφορά τις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων, η παραχωρούσα αρχή είναι ελεύθερη να επιλέξει την πλέον ενδεδειγμένη διαδικασία, και, ειδικότερα, να εφαρμόσει τη διαδικασία διαπραγμάτευσης.

⁶⁸ «Για να επιτευχθεί ο σκοπός της οδηγίας, που συνίσταται στην ανάπτυξη αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων, τα κριτήρια και οι όροι κάθε σύμβασης δημοσίου έργου πρέπει να αποτελούν αντικείμενο κατάλληλης δημοσιότητας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής» (βλέπε απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, υπόθεση C-31/87, *Beentjes*, αιτιολογική σκέψη 21).

3.2.2. *Η επόμενη φάση: οι συμβάσεις που συνάπτονται από τον ανάδοχο της σύμβασης*⁶⁹

Η οδηγία 93/37/ΕΟΚ θεσπίζει ορισμένους κανόνες όσον αφορά τις συμβάσεις που συνάπτει ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης δημοσίων έργων για έργα η αξία των οποίων ισούται ή υπερβαίνει τα 5.000.000 ευρώ. Ωστόσο, οι κανόνες αυτοί διαφέρουν ανάλογα με το είδος του αναδόχου.

Αν ο ανάδοχος είναι ο ίδιος αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια της οδηγίας, οι συμβάσεις που συνάπτει για την εκτέλεση αυτών των έργων πρέπει να ανατίθενται με πλήρη τήρηση όλων των διατάξεων τις οποίες προβλέπει η οδηγία για τις συμβάσεις δημοσίων έργων⁷⁰.

Αν ο ανάδοχος δεν είναι ο ίδιος αναθέτουσα αρχή, η οδηγία επιβάλλει απλώς την τήρηση ορισμένων κανόνων δημοσιότητας. Ωστόσο, οι κανόνες αυτοί δεν εφαρμόζονται όταν ο ανάδοχος συνάπτει συμβάσεις έργων με συνδεδεμένες επιχειρήσεις, κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 4, της οδηγίας. Εξάλλου, η οδηγία ορίζει ότι ο περιοριστικός κατάλογος αυτών των επιχειρήσεων πρέπει να επισυνάπτεται στην αίτηση υποψηφιότητας για τη σύμβαση παραχώρησης και να ενημερώνεται στη συνέχεια, όταν γίνονται μεταβολές στους δεσμούς που συνδέουν τις επιχειρήσεις. Δεδομένου ότι ο κατάλογος αυτός είναι περιοριστικός, ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης δεν δύναται να επικαλεστεί τη μη εφαρμογή των κανόνων δημοσιότητας για τη σύναψη σύμβασης έργων με επιχείρηση η οποία δεν περιλαμβάνεται στον εν λόγω κατάλογο.

Κατά συνέπεια, ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης, είτε είναι ο ίδιος αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια της οδηγίας είτε όχι, υποχρεούται να καθιστά γνωστή σε κοινοτικό επίπεδο την πρόθεσή του να συνάψει σύμβαση έργων με τρίτο.

Τέλος, η Επιτροπή θεωρεί ότι ένα κράτος μέλος δεν τηρεί τις διατάξεις της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ όσον αφορά τα έργα που εκτελούνται από τρίτους, όταν χρησιμοποιεί, ως ενδιάμεσο, μια εταιρεία με την οποία έχει δεσμούς, προκειμένου να συνάπτει συμβάσεις έργων με τρίτες επιχειρήσεις χωρίς να προηγηθεί πρόσκληση υποβολής προσφορών.

3.2.3. *Οι κανόνες που διέπουν τις διαδικασίες έννομης προστασίας*

Το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ προβλέπει ότι «*Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται, (...) ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται από την οδηγία «για το λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου είτε τους εθνικούς κανόνες που μεταγράφουν το δίκαιο αυτό».*

⁶⁹ Πρέπει να υπομνησθεί ότι, όπως ορίζει το άρθρο 3, παράγραφος 2 της οδηγίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλει στον ανάδοχο να αναθέσει σε τρίτους συμβάσεις που αντιπροσωπεύουν ένα ελάχιστο ποσοστό της συνολικής αξίας των έργων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί επίσης να καλέσει τους υποψηφίους αναδόχους να υποδείξουν οι ίδιοι στις προσφορές τους αυτό το ελάχιστο ποσοστό.

⁷⁰ Το ίδιο ισχύει και για τους αναδόχους συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών που είναι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια των οδηγιών. Οι διατάξεις των εν λόγω οδηγιών εφαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων τις οποίες προκηρύσσουν οι εν λόγω ανάδοχοι στο πλαίσιο της παραχώρησης.

Η διάταξη αυτή της οδηγίας εφαρμόζεται και στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων⁷¹.

Εξάλλου, η Επιτροπή υπενθυμίζει επίσης τις απαιτήσεις του άρθρου 2, παράγραφος 7 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, σύμφωνα με το οποίο «τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να καθίσταται δυνατή η αποτελεσματική εκτέλεση των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αρμόδιες για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές».

Αυτό σημαίνει ότι τα κράτη μέλη πρέπει να απέχουν από τη λήψη κάθε ουσιαστικού ή διαδικαστικού μέτρου που θα μπορούσε να στερήσει τους μηχανισμούς τους οποίους θεσπίζει η εν λόγω οδηγία από την πρακτική αποτελεσματικότητά τους.

Στην περίπτωση αναδόχων συμβάσεων παραχώρησης οι οποίοι είναι αναθέτουσες αρχές, πέραν των ήδη αναφερθεισών υποχρεώσεων, οι δημόσιες συμβάσεις τους υπόκεινται και στην υποχρέωση αιτιολόγησης που προβλέπεται από το άρθρο 8 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και η οποία επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή να αιτιολογεί την απόφασή της εντός προθεσμίας 15 ημερών. Υπόκεινται επίσης στις προσφυγές τις οποίες προβλέπει η οδηγία 89/665/ΕΟΚ.

3.3. Οι συμβάσεις παραχώρησης στους ειδικούς τομείς

Η οδηγία 93/38/ΕΟΚ σχετικά με τις συμβάσεις που συνάπτουν οι φορείς που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (στο εξής «οδηγία για τους ειδικούς τομείς») δεν περιέχει ειδικούς κανόνες ούτε για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων ούτε για τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών.

Αποφασιστικό στοιχείο για τον καθορισμό των εφαρμοστέων κανόνων είναι το πρόσωπο του αναδόχου της σύμβασης παραχώρησης. Οι πιθανές καταστάσεις είναι πολλές.

Η πρώτη περίπτωση αφορά τη σύναψη από το κράτος ή από κάποιον άλλο δημόσιο οργανισμό, ο οποίος δεν δραστηριοποιείται ειδικά σε έναν από τους τέσσερις τομείς που προβλέπονται από την οδηγία για τους ειδικούς τομείς, μιας σύμβασης παραχώρησης η οποία αφορά την άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας σε έναν από τους εν λόγω τέσσερις τομείς. Αυτή η σύμβαση παραχώρησης υπόκειται στους κανόνες και τις αρχές της Συνθήκης που περιγράφηκαν παραπάνω, αλλά επίσης και στους κανόνες και τις αρχές της οδηγίας περί δημοσίων έργων, εάν πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων.

⁷¹ Στο πλαίσιο αυτό πρέπει να υπομνηστεί ότι ο Γενικός Εισαγγελέας Elmer, στην υπόθεση C-433/93, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, διαπίστωσε ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου (βλέπε τις αποφάσεις της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, στην υπόθεση C-31/87, *Beentjes*, και της 22ας Ιουνίου 1989, στην υπόθεση C-103/88, *Constanzo*), «οι οδηγίες σχετικά με τη σύναψη συμβάσεων του δημοσίου απονέμουν στους ιδιώτες δικαιώματα τα οποία οι τελευταίοι μπορούν να επικαλούνται ευθέως, υπό ορισμένους όρους, κατά του κράτους και των αναθετουσών αρχών ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων». Ο Γενικός Εισαγγελέας υποστηρίζει επίσης ότι η οδηγία 89/665/ΕΟΚ, η οποία είναι μεταγενέστερη σε σχέση με τη νομολογία αυτή, δεν είχε ως σκοπό να περιορίσει τα δικαιώματα τα οποία αναγνώριζε η νομολογία στους ιδιώτες έναντι των δημόσιων αρχών. Αντίθετα, η οδηγία είχε ως στόχο την ενίσχυση «των υφισταμένων μηχανισμών, τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο, ... ιδίως σε ένα στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση» (βλέπε δευτέρα αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ).

Η δεύτερη περίπτωση είναι εκείνη κατά την οποία ένας δημόσιος φορέας ο οποίος δραστηριοποιείται ειδικά σε έναν από τους τομείς που προβλέπονται από την οδηγία για τους ειδικούς τομείς αποφασίζει να συνάψει μια σύμβαση παραχώρησης. Στην περίπτωση αυτή, εφαρμόζονται οι κανόνες και οι αρχές της Συνθήκης, στο μέτρο κατά το οποίο η παραχωρούσα αρχή είναι δημόσιος φορέας. Ακόμη και όταν πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης έργων, εφαρμόζονται μόνο οι κανόνες και οι αρχές της Συνθήκης, δεδομένου ότι η οδηγία περί δημοσίων έργων δεν εφαρμόζεται στην σύναψη συμβάσεων παραχώρησης από οργανισμό ο οποίος δραστηριοποιείται ειδικά στους τομείς που καλύπτονται από την οδηγία 93/38/ΕΟΚ.

Τέλος, στην περίπτωση κατά την οποία η παραχωρούσα αρχή είναι ιδιωτικός φορέας, ο φορέας αυτός δεν υπόκειται ούτε στους κανόνες ούτε στις αρχές που περιγράφονται παραπάνω⁷².

⁷² Ωστόσο, στο μέτρο κατά το οποίο ο ανάδοχος της σύμβασης παραχώρησης έχει αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα για δραστηριότητες που προβλέπονται από την οδηγία περί ειδικών τομέων, οφείλει να τηρεί τους κανόνες αυτής της οδηγίας για τις εν λόγω δημόσιες συμβάσεις.

Η Επιτροπή είναι πεπεισμένη ότι η δημοσίευση της παρούσας ανακοίνωσης θα συμβάλει στην αποσαφήνιση των κανόνων του παιχνιδιού και στο άνοιγμα των αγορών στον ανταγωνισμό στον τομέα των συμβάσεων παραχώρησης.

Εξάλλου, η Επιτροπή επιθυμεί να υπογραμμίσει ότι η προσπάθεια διαφάνειας την οποία αντιπροσωπεύει η δημοσίευση της παρούσας ανακοίνωσης δεν προδικάζει ενδεχόμενη υποβολή κάποιας νομοθετικής πρότασης στον τομέα των συμβάσεων παραχώρησης, εάν κριθεί ότι η υποβολή μιας τέτοιας πρότασης είναι απαραίτητη για την ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου.

Τέλος, τα στοιχεία τα οποία μπορούν να εξαχθούν σήμερα από τους κανόνες της Συνθήκης, από τις οδηγίες και από τη νομολογία ενδέχεται να διευκρινιστούν περαιτέρω από το Δικαστήριο, ενώπιον του οποίου εκκρεμούν σήμερα διάφορες προδικαστικές υποθέσεις⁷³. Κατά συνέπεια, η παρούσα ανακοίνωση θα μπορούσε να συμπληρωθεί στο μέλλον, προκειμένου να ληφθούν υπόψη αυτά τα νέα στοιχεία.

⁷³ Π.χ., προπαρατεθείσα υπόθεση *Telaustria*.