

Οι συμβάσεις παραχώρησης κατά την οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου*

Ευγενία Β. Πρεβεδούρου

Αν. Καθηγήτρια Νομικής ΑΠΘ

1. Η σημαντικότερη ίσως καινοτομία της αναμόρφωσης του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που επέφεραν οι νέες οδηγίες του 2014 είναι η θέσπιση γραπτών διατάξεων για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών. Πράγματι, μέχρι τότε η σύναψη των συμβάσεων αυτών, στο μέτρο που παρουσίαζε διασυννοριακά στοιχεία, υπέκειτο απλώς στις γενικές αρχές που συνάγονταν άμεσα από τις Συνθήκες και ιδίως από την αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Όπως προκύπτει από τη γνωστή απόφαση *Telaustria*¹, πρόκειται για τις αρχές της ίσης μεταχείρισης² και της διαφάνειας³, στις οποίες η Επιτροπή, με την ερμηνευτική ανακοίνωση του 2000⁴, προσέθεσε τις αρχές της αναλογικότητας και της αμοιβαίας αναγνώρισης, στηριζόμενη στις γενικές αρχές του δικαίου της εσωτερικής αγοράς. Παρά τις επανειλημμένες προτάσεις της Επιτροπής να ενταχθούν και οι συμβάσεις παραχώρησης στις οδηγίες για τη σύμβαση υπηρεσιών, για λόγους συνοχής των διαδικασιών σύναψης, η απόφαση του κοινοτικού νομοθέτη να μη ρυθμίσει τις συμβάσεις αυτές ήταν απολύτως συνειδητή⁵.

* Η εργασία αυτή αποτελεί εμπλουτισμένη απόδοση της ομότιπλης εισήγησης της συγγραφέως, στο συνέδριο που διοργάνωσαν η Ένωση Μελών Νομικού Συμβουλίου του Κράτους και η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, με τίτλο «Περιβάλλον – Δημόσιες Συμβάσεις: Νεότερες εξελίξεις – Προβληματισμοί», στο Ναύπλιο, στις 10-12 Οκτωβρίου 2014.

1. ΔΕΚ της 7^{ης} Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Συλλογή 2000, σ. I-10745.

2. Σκέψη 60 της απόφασης *Telaustria*: «...αν και τέτοιες συμβάσεις, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38, οι αναθέτοντες φορείς, όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται, εντούτοις, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας ειδικότερα».

3. Σκέψεις 61 και 62 της απόφασης *Telaustria*: «..., η αρχή [της απαγορεύσεως των διακρίσεων] συνεπάγεται ιδίως υποχρέωση διαφάνειας επιτρέπουσα στην αναθέτουσα αρχή να μπορεί να βεβαιώνεται για την τήρηση της αρχής αυτής.... Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που απόκειται στην αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού.»

4. Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο, ΕΕ C 121 της 29.4.2000.

5. Απόφαση *Telaustria*, σκέψεις 46 επ.: «...τόσο με την από 13 Δεκεμβρίου 1990 πρότασή της όσο και με την τροποποιηθείσα πρότασή

Επομένως, με την οδηγία 2014/23/ΕΕ δημιουργήθηκε για πρώτη φορά ένα πλήρες νομικό πλαίσιο για τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης κατά το πρότυπο των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών⁶. Κωδικοποιήθηκαν γενικοί κανόνες για το περιεχόμενο, τη διαδικασία σύναψης, την εξέλιξη της σύμβασης και την έννομη προστασία, οι οποίοι αφορούν τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών και έργων. Οι βασικοί λόγοι για την έκδοση της οδηγίας ήταν, αφενός, να καταστεί απλούστερο, πιο ευέλικτο και, κατά συνέπεια, πιο αποτελεσματικό το νομικό καθεστώς των συμβάσεων παραχώρησης και να διευκολύνει την πρόσβαση των οικονομικών παραγόντων

της οδηγίας 91/C 250/05 του Συμβουλίου, της 28ης Αυγούστου 1991, σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ C 250, σ. 4...), οι οποίες κατέληξαν στην έκδοση της οδηγίας 92/50 η οποία διέπει τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών εν γένει, η Επιτροπή είχε ρητώς προτείνει την υπαγωγή της «παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας» στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας..... κατά τη διάρκεια της νομοθετικής διαδικασίας, το Συμβούλιο διέγραψε όλες τις μνείες στις παραχωρήσεις δημόσιας υπηρεσίας, ιδίως λόγω των διαφορών που υπάρχουν μεταξύ των κρατών μελών όσον αφορά την εκχώρηση της διαχείρισης δημοσίων υπηρεσιών καθώς και τις λεπτομέρειες της εκχώρησης αυτής, οι οποίες θα μπορούσαν να δημιουργήσουν πολύ μεγάλη ανισορροπία στο άνοιγμα των εν λόγω συμβάσεων παραχωρήσεως (βλ. έγγραφο αριθ. 4444/92 ADD 1, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, σημείο 6, με τίτλο «Αιτιολογική έκθεση του Συμβουλίου» και συνημμένο στην κοινή θέση της ίδιας ημερομηνίας)»· διάταξη της 30ής Μαΐου 2002, C-358/00, Saur Verlag GmbH, Συλλογή 2002, σ. I-4685, σκέψεις 21 επ.

6. Διεξοδική παρουσίαση και σύντομη αποτίμηση των διατάξεων της οδηγίας 2014/23/ΕΕ βλ. σε J. Gröning, Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, Vergaberecht 3/2014, σ. 339· M. Knauff /E. Badenhausen, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, σ. 395· M. Opitz, Die Zukunft der Dienstleistungskonzession, NZBau 2014, σ. 752. Οι βασικότερες πτυχές των νέων συμβάσεων και οι συνέπειές τους για το γαλλικό δίκαιο αναλύονται στον φάκελο που αφιερώνει στις νέες οδηγίες το τεύχος 15/2014 της AJDA και περιλαμβάνει τέσσερις μελέτες: St. Bracconnier, La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives, AJDA 15/2014, σ. 832· S. Platon, La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?, AJDA 15/2014, σ. 841· F. Brenet, L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives, AJDA 15/2014, σ. 848· R. Noguelet, Les nouvelles directives et l'exécution du contrat, AJDA 15/2014, σ. 853. Στην ελληνική βιβλιογραφία βλ. Σ. Καλογήρου, Φως στο νέο καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά την οδηγία 2014/23/ΕΕ, ΕφημΔΔ 6/2014, σ. 792.

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

στην αγορά και, αφετέρου, να αξιοποιηθεί η τεχνογνωσία του ιδιωτικού τομέα και να συμβάλει στην επίτευξη αποτελεσματικότητας και καινοτομίας και στην προώθηση του ανταγωνισμού, καθόσον οι συμβάσεις παραχώρησης αποτελούν σημαντικά μέσα για τη μακροπρόθεσμη διαρθρωτική ανάπτυξη των υποδομών και των στρατηγικών υπηρεσιών⁷.

2. Οι αρχές του πρωτογενούς δικαίου είναι πολύ αόριστες, ιδίως μάλιστα όσον αφορά τις συνέπειές τους στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης⁸. Αυτό είχε ως συνέπεια μια αδιαμφισβήτητη ανασφάλεια δικαίου τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς παράγοντες. Η διαφορετική ερμηνεία των αρχών του πρωτογενούς δικαίου από τα κράτη μέλη προκαλούσε στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και δυσχέραινε την πρόσβαση μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στην αγορά των συμβάσεων παραχώρησης της Ένωσης. Έλλειπαν επίσης σαφείς διαδικαστικοί κανόνες για την ομοιόμορφη διαδικασία σύναψης των συμβάσεων παραχώρησης στα κράτη μέλη. Περαιτέρω, λόγω μη εφαρμογής των οδηγιών για την έννομη προστασία, οι οικονομικοί παράγοντες δεν μπορούσαν να προβάλουν λυσιτελές διαδικαστικές πλημμέλειες. Λαμβανομένου υπόψη ότι ειδικά η παραχώρηση δημοσίων υπηρεσιών διατρέχει το σύνολο της κρατικής και περιφερειακής οικονομίας, ήταν αναγκαία η θέσπιση ενός σαφούς και προσαρμοσμένου στις ανάγκες της νομικού πλαισίου. Επομένως, η θέσπιση γραπτών κανόνων σχετικά με τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης εξυπηρετεί πρωτίστως τον σκοπό της παροχής διευκρινίσεων και της ενίσχυσης της ασφάλειας του δικαίου. Στα ανωτέρω πρέπει να προστεθούν και οι δυσκολίες που ανέκυπταν όσον αφορά την οριοθέτηση μεταξύ συμβάσεων υπηρεσιών και παραχώρησης υπηρεσιών.

3. Η παροχή διευκρινίσεων εγκυμονεί, βεβαίως, δύο κινδύνους: ο πρώτος είναι η θέσπιση πολύ χαλαρών κανόνων, με συνέπεια την εξακολούθηση της εφαρμογής των νομολογιακών αρχών στη διαδικασία, οπότε το κέρδος σε ασφάλεια δικαίου θα ήταν πολύ μικρό. Αντίθετα, η θέσπιση πολύ αυστηρών κανόνων θα μπορούσε να περιορίσει σημαντικά την ελευθερία των αναθετουσών αρχών, πράγμα που ερχόταν σε σύγκρουση με ορισμένες εθνικές παραδόσεις, οι οποίες αναγνωρίζουν μεγάλη ελευθερία στην παραχωρούσα αρχή όσον αφορά τη διαπραγμάτευση με τους ενδιαφερομένους υποψηφίους. Μια από τις παραμέτρους που έθεσε η Επιτροπή προκειμένου να επιτύχει τη συναίνεση ως προς την πρότασή της ήταν να σεβαστεί τις εθνικές νομικές παραδόσεις⁹.

7. Αιτιολογική σκέψη 3 της οδηγίας.

8. Υπάρχει κίνδυνος αβεβαιότητας ως προς το δίκαιο αν υπάρχουν αποκλίνουσες ερμηνείες των αρχών της ΣΛΕΕ από τους εθνικούς νομοθέτες και λόγω των μεγάλων διαφορών μεταξύ των νομοθεσιών στα διάφορα κράτη μέλη (4^η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας).

9. COM (2011) 897 τελικό, σ. 7-8.

4. Η πρώτη πρόταση της Επιτροπής δεν εξασφάλισε τη συναίνεση. Οι εθνικές αρχές εξέφρασαν τον φόβο ότι τίθεται εν αμφιβόλω το γαλλικό μοντέλο της παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας, επισημαίνοντας ότι η οδηγία περιόριζε τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης στηριζόμενη σε κανόνες εφαρμοστέους στις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών¹⁰. Χαρακτηριστικά θα πρέπει να αναφερθεί ότι το γερμανικό *Bundesrat* εξέφρασε ποικιλοτρόπως την αντίθεσή του στη θέσπιση της οδηγίας αυτής και στις 2.3.2012 υπέβαλε αίτηση για παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας σύμφωνα με το άρθρο 12 στοιχείο β' ΣΕΕ¹¹. Οι εθνικές αντιδράσεις ελήφθησαν υπόψη, χωρίς, πάντως, το τελικό κείμενο της οδηγίας να απομακρυνθεί πολύ από την πρόταση της Επιτροπής. Συνεκτιμήθηκε ιδιαίτερα η ελευθερία των δημοσίων αρχών να διαχειρίζονται τις δημόσιες υπηρεσίες. Ακόμη και αν υποστηριχθεί ότι δεν επετεύχθη πλήρης ισορροπία μεταξύ της ελευθερίας διαχείρισης των δημοσίων υπηρεσιών και της προστασίας του ανταγωνισμού, πάντως, καταβλήθηκε σοβαρή προσπάθεια προς την κατεύθυνση αυτή. Η ισορροπία αυτή φαίνεται ήδη από τις πρώτες διατάξεις της οδηγίας, σε μια σειρά αρχών, οι οποίες αποτελούν ερμηνευτικό πλαίσιο για την όλη οδηγία και περιέχουν εν σπέρματι την εν λόγω αναζήτηση συμβιβαστικών λύσεων. Η ισορροπία εκφράζεται, στη συνέχεια, στους κανόνες σύναψης της σύμβασης.

5. Στο εξής, η σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών θα ρυθμίζεται σε μια οδηγία με 55 άρθρα και 11 παραρτήματα, η οποία ανατρέπει την μέχρι τώρα ρυθμιστική αποχή της Ένωσης σε σχέση με τις συμβάσεις αυτές. Η οδηγία χαρακτηρίζεται, αφενός, από την αυτοσυγκράτηση του ενωσιακού νομοθέτη, που εκδηλώνεται στην επιλογή χαλαρού κανονιστικού πλαισίου με την πρόβλεψη γενικών διαδικαστικών κανόνων και ευρύτατων εξαιρέσεων από το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της και, αφετέρου, από τη διαρκή μέριμνα καθυστάθμισης των κρατών μελών ως προς την κατανομή των αρμοδιοτήτων μεταξύ αυτών και της Ένωσης. Σε πολλές διατάξεις επισημαίνονται τα ζητήματα που δεν ρυθμίζει η οδηγία, υπόμνηση περιττή, λαμβανομένης υπόψη της κατανομής αρμοδιοτήτων που απορρέει από το πρωτογενές δίκαιο, ιδίως δε από τις διατάξεις του πρωτοκόλλου 26 σχετικά με τις υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος (ΥΓΟΣ). Θα επιχειρηθεί, κατωτέρω, η εξέταση του νομικού πλαισίου που θέτει η οδηγία, με την ανάλυση, κατ' αρχάς, των γενικών αρχών του δικαίου των συμβάσεων που λειτουργούν ως ερμηνευτικά κριτήρια των επιμέρους διατάξεων (I) και, στη συνέχεια,

10. Για τις αντιδράσεις των γαλλικών αρχών, βλ. S. Platon, *La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?*, ό.π., σ. 841.

11. Σε συνδυασμό με το Πρωτόκολλο αρ. 2, σχετικά με την εφαρμογή των αρχών της επικουρικότητας και της αναλογικότητας.

τη σύντομη παρουσίαση των βασικών κανόνων σύναψης και εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης (II).

I. Οι γενικές αρχές του δικαίου των συμβάσεων παραχώρησης ως ερμηνευτικά κριτήρια της οδηγίας

6. Είναι εμφανής η εμμονή της οδηγίας σε ορισμένες αρχές που αποτυπώνουν την αναζήτηση ισορροπίας μεταξύ ελευθερίας διαχείρισης που επιμένουν να διατηρήσουν οι κρατικές αρχές και επιταγών ανόθευτου ανταγωνισμού. Πράγματι, στα άρθρα 2 έως 4, δηλαδή μετά το βασικό άρθρο 1 για το πεδίο εφαρμογής αλλά πριν από τα επίσης βασικά άρθρα που περιέχουν προκαταρκτικές διατάξεις, όπως οι σχετικές με τους ορισμούς των εννοιών του κειμένου, απαριθμούνται πλείονες αρχές, οι οποίες αποτελούν ταυτόχρονα αξιολογικά και ορθολογικά θεμέλια αλλά και βασικές ερμηνευτικές κατευθύνσεις για το σύνολο της οδηγίας. Η ένταξη τους στο κείμενο της οδηγίας παρουσιάζει μεγάλο ενδιαφέρον, λαμβανομένου υπόψη ότι ούτε στην πρόταση οδηγίας της Επιτροπής ούτε όμως και στο κείμενο της οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών περιλαμβάνονται τέτοιες αρχές, παρά το γεγονός ότι ευχερώς θα μπορούσαν να εφαρμοστούν και εκεί.

7. Από τις αρχές αυτές, οι δύο αφορούν την ελεύθερη διαχείριση-διοίκηση των δημοσίων υπηρεσιών (A). Μόνον η τρίτη κατηγορία αρχών, στο άρθρο 3, εγκλωβισμένη μεταξύ των άλλων, συνδέεται με την επιτακτική ανάγκη ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού (B).

A. Οι αρχές που συνδέονται με την ελευθερία διαχείρισης των δημοσίων υπηρεσιών

8. Οι αρχές αυτές απαριθμούνται στο άρθρο 2, που φέρει τον τίτλο «*αρχή της ελεύθερης διαχείρισης από τις δημόσιες αρχές*», και στο άρθρο 4, με τον τίτλο «*ελευθερία καθορισμού υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος*». Αναμφιβόλως η προστιθέμενη αξία τους είναι διαφορετική και συνολικά μικρή, στο μέτρο που οι διατάξεις αυτές επαναλαμβάνουν, κατ' ουσία, υφιστάμενες αρχές. Πάντως, λόγω της συγκεκριμένης θέσης των αρχών αυτών στην οδηγία, μικρότερη σημασία έχει η νομική τους ουσία σε σχέση με την ερμηνευτική λειτουργία τους για το σύνολο της οδηγίας.

1. Η αρχή της ελεύθερης διαχείρισης από τις δημόσιες αρχές

9. Η αρχή αυτή υποδηλώνει συνολικά το δικαίωμα, ή ακριβέστερα την εξουσία, των κρατών μελών να μην ιδιωτικοποιούν τη δημόσια δράση. Περιλαμβάνει δύο πτυχές, διαφορετικής νομικής σημασίας. Η σημαντικότερη είναι αυτή που αποτυπώνεται στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 2, κατά το οποίο «[η] παρούσα οδηγία αναγνωρίζει την αρχή της

ελεύθερης διοίκησης εκ μέρους των εθνικών, περιφερειακών και τοπικών αρχών σύμφωνα με τις Συνθήκες σύμφωνα με το εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο. Οι αρχές αυτές διαθέτουν την ελευθερία να αποφασίζουν για τη βέλτιστη εκτέλεση των έργων ή παροχή των υπηρεσιών για τη διασφάλιση υψηλού επιπέδου ποιότητας, ασφάλειας και οικονομικής προσιτότητας, ίσης μεταχείρισης και την προώθηση της καθολικής πρόσβασης και των δικαιωμάτων των χρηστών των δημόσιων υπηρεσιών».

10. Είναι χαρακτηριστικό ότι η ελεύθερη διοίκηση για τις δημόσιες αρχές ρητώς και σαφώς διαρθρώνεται γύρω από την έννοια και τα συστατικά στοιχεία της δημόσιας υπηρεσίας. Εν προκειμένω, οι όροι που χρησιμοποιήθηκαν θυμίζουν το πρωτόκολλο 26 της ΣΛΕΕ σχετικά με τις ΥΓΟΣ, ειδικότερα δε το άρθρο 1 αυτού, που αναφέρεται στη σημασία των υπηρεσιών, την ποικιλομορφία τους, τη μεγάλη διακριτική ευχέρεια των εθνικών, περιφερειακών και τοπικών αρχών καθώς και την ενιαία πρόσβαση σε αυτές, το υψηλό επίπεδο ποιότητας, ασφάλειας και οικονομικής προσιτότητας, την ίση μεταχείριση και προώθηση της καθολικής πρόσβασης και των δικαιωμάτων των χρηστών.

11. Περαιτέρω, το άρθρο 2 πρώτο εδάφιο της οδηγίας διευκρινίζει ότι οι εθνικές δημόσιες αρχές «*μπορούν να επιλέξουν να εκτελούν τα καθήκοντα δημόσιου συμφέροντος που τους ανατίθενται είτε ιδίοις πόροις ή σε συνεργασία με άλλες δημόσιες αρχές ή να τα αναθέτουν σε οικονομικούς φορείς*». Η διατύπωση αυτή είναι ιδιαίτερος ενδιαφέρουσα για πολλούς λόγους. Κατ' αρχάς, διότι πρόκειται για τη ρητή διακήρυξη μια αρχής που συχνά μένει υπόρρητη στο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ενώ μπορεί να θεωρηθεί ως θεμελιώδης και αξιωματική, δηλαδή η εξουσία των δημοσίων αρχών να μην συνάψουν σύμβαση. Στο ίδιο πνεύμα, η ανάθεση σε εξωτερικούς φορείς αναφέρεται τελευταία, μετά την αυτεπιστασία και τη συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων. Η σύμβαση ουδόλως προτιμάται σε σχέση με τους άλλους τρόπους διαχείρισης. Τέλος, η φράση αυτή διακηρύσσει μια διάκριση μεταξύ των μορφών διαχείρισης, εφόσον η συνεργασία μεταξύ δημοσίων αρχών είναι ιδιαίτερη μορφή, διαφορετική από την αυτεπιστασία και τη δημόσια σύμβαση, πράγμα που παραπέμπει στη ρητή κατοχύρωση αυτού του τύπου συνεργασίας ως αιτία αποκλεισμού της εφαρμογής της οδηγίας κατά το άρθρο 17 §§ 3 και 4¹².

12. Η αρχή της ελεύθερης διαχείρισης καλύπτει τόσο τις εθνικές όσο και τις περιφερειακές και τοπικές αρχές. Αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία, διότι το δικαίωμα μη ιδιωτικοποίησης της διαχείρισης της δημόσιας υπηρεσίας γίνεται πιο αισθητό σε

12. F. Brenet, L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives, AJDA 15/2014, σ. 848.

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

σχέση με τις τοπικές αρχές. Η γενική εισαγγελέας V. Trstenjak στην υπόθεση C-324/07, *Coditel Brabant*, αντέδρασε σε μια πολύ αυστηρή και συστηματική ερμηνεία των ευρωπαϊκών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων που εφαρμόζονται στις συμβάσεις διαδημοτικές συνεργασίας, κρίνοντας ότι «με τον τρόπο αυτό θα καθίστατο πρακτικώς αδύνατη και αυτή ακόμη η αμιγώς διαδημοτική σύμπραξη. Οι συμπράττοντες, σε διαδημοτικό επίπεδο, ΟΤΑ θα έπρεπε, στην περίπτωση αυτή, πάντοτε να υπολογίζουν ότι ενδεχομένως θα υποχρεωθούν να αναθέσουν τα καθήκοντά τους σε ιδιώτες τρίτους που υπέβαλαν καλύτερη προσφορά, πράγμα που θα ισοδυναμούσε με αναγκαστική ιδιωτικοποίηση υπηρεσιών που εμπίπτουν στο γενικό συμφέρον μέσω του δικαίου της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων». Επομένως, το άρθρο 2 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ αποσκοπεί στον αποκλεισμό των διαδημοτικών συνεργασιών από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Πάντως, θα ήταν σφάλμα να περιοριστεί η εμβέλεια του άρθρου 2 μόνο στη λειτουργία αυτή. Ο διακηρυκτικός χαρακτήρας και η γενικότητα των χρησιμοποιούμενων όρων, όπως και η συγκεκριμένη θέση του άρθρου στο κείμενο της οδηγίας, δείχνουν ότι η αρχή της ελεύθερης διοίκησης είναι βασική ερμηνευτική αρχή της οδηγίας που απευθύνεται στην Επιτροπή και στο Δικαστήριο για να αποφευχθεί στο μέλλον η λίκν διασταλτική ερμηνεία της οδηγίας, η οποία θα κατέληγε στον περιορισμό της ελευθερίας των εθνικών δημοσίων αρχών να μη καταφύγουν στη δημοσία σύμβαση για τη διαχείριση της δημόσιας υπηρεσίας.

13. Η υπό εξέταση διάταξη ορίζει, στη συνέχεια, ότι η οδηγία δεν θίγει τα συστήματα των κρατών μελών όσον αφορά την ιδιοκτησία και, ιδίως, δεν απαιτεί την ιδιωτικοποίηση δημόσιων επιχειρήσεων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό, παραφράζοντας το άρθρο 345 της ΣΛΕΕ, κατά το οποίο οι Συνθήκες δεν προδικάζουν το καθεστώς της ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη. Με άλλα λόγια, η γενική αυτή αρχή εξειδικεύεται υπό τη μορφή της διευκρίνισης ότι η οδηγία «παραχωρήσεις» δεν επιβάλλει την ιδιωτικοποίηση των δημοσίων επιχειρήσεων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό. Η σημασία της διακήρυξης αυτής στην οδηγία φαίνεται περιορισμένη, αφού δεν είναι σαφές με ποιο τρόπο η ρύθμιση για τη σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης θα μπορούσε να οδηγήσει σε ιδιωτικοποίηση δημόσιας επιχείρησης. Μεγαλύτερο ενδιαφέρον θα είχε η διευκρίνιση της σημασίας της για τη διαχείριση της δημόσιας κτήσης¹³.

13. Το ζήτημα αυτό απασχολεί έντονα τη γαλλική νομολογία (CE 3 décembre 2010, n°338272, *Association Paris Jean-Bouin*, AJDA 2011, σ. 18, étude S. Nicinski/E. Glaser, RTDeur 2011, σ. 496, obs. J.-P. Kovar) και θεωρία, η οποία επισήμανε την ανάγκη υποβολής σχετικού προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΕ από το Conseil d'Etat (F. Brenet/F. Melleray, *Conventions domaniales, délégations de service public, mise de concurrence: l'affaire du stade Jean-Bouin*, Dr. adm. 2011, comm. 17).

2. Η ελευθερία ορισμού των υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος

14. Η ελευθερία αυτή διατυπώνεται στο άρθρο 4 § 1 της οδηγίας, το οποίο προβλέπει ότι «[η] παρούσα οδηγία δεν θίγει το δικαίωμα των κρατών μελών να ορίζουν, σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο, ποιες υπηρεσίες θεωρούν γενικού οικονομικού συμφέροντος, πώς θα πρέπει να οργανώνονται και να χρηματοδοτούνται οι υπηρεσίες αυτές, σύμφωνα με τους κανόνες περί κρατικών ενισχύσεων, και σε ποιες ειδικές υποχρεώσεις θα πρέπει να υπόκεινται». Με άλλα λόγια, τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να ορίσουν και να οργανώσουν τις υπηρεσίες γενικού συμφέροντος τηρώντας το δίκαιο της Ένωσης, πράγμα που αποτελεί κοινοτοπία και, εν πάση περιπτώσει, συνάγεται από την κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ Ένωσης και κρατών μελών στον τομέα των υπηρεσιών γενικού συμφέροντος. Το άρθρο 4 προσθέτει ακόμη ότι «η παρούσα οδηγία δεν θίγει επίσης τον τρόπο με τον οποίο τα κράτη μέλη οργανώνουν τα οικεία συστήματα κοινωνικής ασφάλισης». Η διακήρυξη αυτή αποτυπώνει τη συνεκτίμηση της κατάστασης του κράτους μέλους, το οποίο, όπως η Γαλλία, επέλεξε να αναθέσει σε οργανισμούς ιδιωτικού δικαίου ορισμένες αποστολές δημόσιας υπηρεσίας που συνδέονται με το σύστημα της κοινωνικής ασφάλισης. Τα κράτη αυτά δεν θα υποχρεωθούν στο μέλλον να υπαχθούν στις διαδικαστικές αρχές της οδηγίας αυτής για την παραχώρηση των εν λόγω αποστολών. Αναμφιβόλως η διάταξη αυτή αντικατοπτρίζει την έντονη αντίδραση στο γεγονός ότι, στην αρχική πρόταση οδηγίας, οι υπηρεσίες υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης περιλαμβάνονταν μεταξύ των «κοινωνικών και λοιπών ειδικών υπηρεσιών» των οποίων η παραχώρηση υπάγεται στην οδηγία (πάρτημα Χ της αρχικής πρότασης οδηγίας). Από αυστηρά νομική σκοπιά, πάντως, στο μέτρο που οι παροχές υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης δεν θεωρούνται ως οικονομικές δραστηριότητες από το Δικαστήριο¹⁴, η διευκρίνιση αυτή ταυτίζεται με την παράγραφο 2 του άρθρου 4 κατά την οποία «[τ]ο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας δεν καλύπτει τις μη οικονομικές υπηρεσίες γενικού ενδιαφέροντος».

15. Ενώ η ως άνω διευκρίνιση είναι περιορισμένης χρησιμότητας σε νομικό επίπεδο, εφόσον, αφενός, οι μη οικονομικές δραστηριότητες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, η οποία συνιστά τη νομική βάση της οδηγίας, και, αφετέρου, το άρθρο 2 του πρωτοκόλλου 26 ορίζει ότι οι διατάξεις των Συνθηκών ουδόλως επηρεάζουν την αρμοδιότητα των κρατών μελών όσον αφορά την παροχή, την ανάθεση και την οργάνωση υπηρεσιών γενικού συμφέροντος μη οικονομικού χαρακτήρα, είναι

14. ΔΕΚ της 17ης Φεβρουαρίου 1993, C-159/91, *Poucet & Pistre* κατά AGF, Συλλογή 1993, σ. I-637, σκέψεις 18, 19.

σαφής η σημασία της σε πολιτικό επίπεδο και σε επίπεδο ασφάλειας δικαίου. Η ίδια διευκρίνιση περιλαμβάνεται άλλωστε και στο άρθρο 2 § 2 στοιχείο α' της οδηγίας 2006/123/ΕΚ, σχετικά με τις υπηρεσίες στην εσωτερική αγορά¹⁵.

16. Επιβάλλεται, όμως, να τονισθεί μια σημαντική διαφορά μεταξύ της οδηγίας 2006/123/ΕΚ, σχετικά με τις υπηρεσίες, και της οδηγίας 2014/23/ΕΕ, σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης, όσον αφορά τον αποκλεισμό των μη οικονομικών υπηρεσιών από τα πεδία εφαρμογής τους. Στην οδηγία «υπηρεσίες», ο αποκλεισμός αυτός εντάσσεται, όπως είναι φυσικό, στο άρθρο που αφορά το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Στην οδηγία «παραχώρηση», οι συντάκτες επέλεξαν να εντάξουν αυτή την εξαίρεση στο άρθρο σχετικά με τις υπηρεσίες γενικού συμφέροντος. Αυτό αποκαλύπτει τη φιλοσοφία και τη λειτουργία του άρθρου 4 στο σύνολό του. Εμμένοντας στην ελευθερία του κράτους στον τομέα των υπηρεσιών γενικού συμφέροντος, το άρθρο αυτό, κατ' αρχάς, εξηγεί και δικαιολογεί τη χαλαρότητα και την ευελιξία του διαδικαστικού πλαισίου που επιβάλλεται στις συνάψεις συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών και, επομένως, στις παραχωρήσεις γενικώς. Περαιτέρω, όπως η ελεύθερη διοίκηση των δημοσίων αρχών έτσι και η ελευθερία ορισμού των υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος ανάγεται σε ερμηνευτική αρχή των κανόνων σύναψης των συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων υπηρεσιών. Με άλλα λόγια, σε κάθε μελλοντική ερμηνεία, από την Επιτροπή ή από το Δικαστήριο, των κανόνων που περιλαμβάνονται στην οδηγία, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η εν λόγω ελευθερία των κρατών μελών να ορίσουν και να οργανώσουν τις υπηρεσίες γενικού συμφέροντος. Το άρθρο 4 επιβεβαιώνει ότι η ελευθερία αυτή δεν είναι απλώς μια ζώνη εκτός του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά ότι καθίσταται δικαίωμα των κρατών, το οποίο μπορούν να αντιτάξουν στην Ένωση¹⁶.

Β. Οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας

17. Οι αρχές αυτές, οι οποίες απαριθμούνται στο άρθρο 3 της οδηγίας, ανάγονται στις γενικές αρχές που απορρέουν από τη Συνθήκη όπως διατυπώθηκαν στην απόφαση *Telaustria*. Ευστόχως επισημάνθηκε ότι είναι, εκ πρώτης όψεως, παράδοξο να περιλαμβάνονται στην οδηγία για τις παραχωρήσεις τέτοιες αρχές, δεδομένου ότι ένας από τους πρώτους σκοπούς της οδηγίας είναι ακριβώς να άρει την ανασφάλεια ως προς το δίκαιο που προκαλεί ο σχετικά

αόριστος χαρακτήρας των αρχών αυτών και την αβεβαιότητα ως προς τις συνέπειες που απορρέουν για τις αναθέτουσες αρχές¹⁷. Προσεκτικότερη ανάγνωση οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η υπόμνηση των αρχών αυτών επιτελεί διττή λειτουργία.

18. Πρώτον, πρόκειται για την κωδικοποίηση της νομολογίας *Telaustria*, η οποία θα εξακολουθήσει να εφαρμόζεται και μετά την έναρξη της ισχύος της οδηγίας στις παραχωρήσεις που είναι κάτω από το κατώφλι των οδηγιών, υπό την προϋπόθεση ότι παρουσιάζουν διασυνοριακό ενδιαφέρον. Αυτό το διασυνοριακό ενδιαφέρον δεν απορρέει μόνον από το ποσό της σύμβασης αλλά και από άλλες παραμέτρους, όπως ο τόπος της εκτέλεσης (και ιδίως η εκτέλεση σε μια διασυνοριακή ζώνη) ή ακόμη ο τεχνικός χαρακτήρας της σύμβασης¹⁸. Δεύτερον, οι θεμελιώδεις αρχές της ισότητας, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας στηρίζουν και δικαιολογούν την ευελιξία των διαδικαστικών κανόνων που έθεσε η οδηγία¹⁹. Πράγματι, η διάταξη του άρθρου 4 αποκτά ιδιαίτερη σημασία εάν ληφθεί υπόψη ο ευέλικτος και χαλαρός χαρακτήρας της διαδικασίας σύναψης των συμβάσεων παραχώρησης σε σχέση με το καθεστώς που πρότεινε αρχικώς η Επιτροπή. Κατά συνέπεια, παρέχονται ευρέα περιθώρια ελευθερίας στον εθνικό νομοθέτη και στις εθνικές αρχές. Το άρθρο 4 υπενθυμίζει, επομένως, ότι στα κενά της διαδικασίας, εξακολουθούν να εφαρμόζονται οι θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της μη διάκρισης και της διαφάνειας. Με άλλα λόγια, οι αναθέτουσες αρχές δεν εκπληρώνουν τις υποχρεώσεις που απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης με μόνη την τήρηση των τυπικών κανόνων της οδηγίας. Το σύνολο της διαδικασίας πρέπει να συνάδει προς τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας.

19. Εκτός από τις αρχές που διατυπώθηκαν στον τίτλο του άρθρου 4 και απορρέουν από την απόφαση *Telaustria*, το κείμενο της διάταξης περιλαμβάνει και μια επιπλέον αρχή, την αρχή της καλής πίστης ή της απαγόρευσης της απάτης. Το άρθρο 4 § 1 πρώτο εδάφιο ορίζει τα εξής: «Ο σχεδιασμός της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης, συμπεριλαμβανομένης της εκτίμησης της τιμής, δεν μπορεί να γίνεται με πρόθεση τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων ή κάποιων έργων, παροχών αγαθών ή υπηρεσιών». Είναι εν προκειμένω εμφανής η βούληση των συντακτών να προβάλουν ιδιαίτερα

15. Οδηγία 2006/123/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Δεκεμβρίου 2006, ΕΕ L 376, σ. 36.

16. S. Platon, *La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?*, ό.π., σ. 844.

17. S. Platon, *La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?*, ό.π., σ. 844.

18. ΔΕΚ της 15^{ης} Μαΐου 2008, C-147/06, SECAP, σκέψη 24, AJDA 2008, σ. 1533, chron. E. Broussy/F. Donnat/D. Cassas.

19. S. Platon, *La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?*, ό.π., σ. 844.

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

την αρχή αυτή, στο μέτρο που επαναλαμβάνεται στο άρθρο 8 της οδηγίας, το οποίο περιέχει διεξοδικές ρυθμίσεις σχετικά με τα κατώφλια και τις μεθόδους υπολογισμού των παραχωρήσεων. Η εμμονή αυτή απορρέει από το πρόβλημα που είναι εγγενές σε κάθε εφαρμογή προϋπόθεσης κατώφλιου στον τομέα των παραχωρήσεων υπηρεσιών: πρόκειται για τον κατά προσέγγιση και υποθετικό χαρακτήρα που έχει αναπόφευκτα ο υπολογισμός της αξίας των συμβάσεων αυτών. Πράγματι, είναι αδύνατον να υπολογιστεί το συνολικό ύψος των υπηρεσιών, σε αντιδιαστολή προς τις παραχωρήσεις έργων, όπως γίνεται στο άρθρο 56 § 2 της οδηγίας 2004/18/ΕΕ²⁰. Είναι δυνατή μόνον η κατά προσέγγιση εκτίμηση του συνολικού κύκλου εργασιών του παραχωρησιούχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, εκτίμηση ακόμη πιο αβέβαιη, εφόσον ο ίδιος ο ορισμός της παραχώρησης υπηρεσίας στηρίζεται στην ύπαρξη του κινδύνου εκμετάλλευσης και, κατά συνέπεια, σε αβεβαιότητα ως προς τον κύκλο εργασιών. Για τον λόγο αυτό ενισχύεται η σημασία της καλής πίστης της αναθέτουσας αρχής, η οποία συνδυάζεται με την αυστηρή ρύθμιση της μεθόδου υπολογισμού.

II. Οι κανόνες σύναψης και εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης

20. Πριν από την εξέταση των διαδικαστικών κανόνων που διέπουν τη σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης (B), επιβάλλεται η συνοπτική παρουσίαση του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας και των τομέων που εξαιρούνται από αυτό (A).

A. Το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας και οι εξαιρούμενοι τομείς

21. Σύμφωνα με το άρθρο 1 § 2 της οδηγίας, αυτή εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών σε οικονομικούς φορείς από αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς, υπό τον όρον ότι τα έργα ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την άσκηση μιας από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα II της οδηγίας. Κατά συνέπεια, το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αποτελεί συνάρτηση του ορισμού της έννοιας της συμβάσεων παραχώρησης (1). Οι πολλές κατηγορίες εξαιρέσεων που προβλέπει η ίδια η οδηγία καταλήγουν αναπόφευκτα στην υπονόμηση της ασφάλειας δικαίου, την οποία επιδιώκει η θέσπισή της (2).

20. Οδηγία 2004/18/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ΕΕ L 134, σ. 114. Σύμφωνα με το άρθρο 56 § 2 της οδηγίας αυτής, η αξία των συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων έργων υπολογίζεται σύμφωνα με τους κανόνες που ισχύουν για τις συμβάσεις δημοσίων έργων που ορίζονται στο άρθρο 9.

1. Πεδίο εφαρμογής

22. Η έννοια των συμβάσεων παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών οριοθετείται σε σχέση με την έννοια των συμβάσεων έργων ή υπηρεσιών, όχι μόνο βάσει του τρόπου αμοιβής του παραχωρησιούχου αλλά και με αναφορά στον επιχειρηματικό κίνδυνο²¹. Σημειώνεται ότι και το Δικαστήριο αντιλαμβάνεται τον επιχειρηματικό κίνδυνο όχι μόνον ως αντιστάθμιση των τρόπων πληρωμής, αλλά ως το βασικό κριτήριο οριοθέτησης έναντι της σύμβασης δημοσίων έργων ή υπηρεσιών²². Άλλωστε, τα δύο ως άνω στοιχεία συνδέονται άρρηκτα μεταξύ τους: ο τρόπος αμοιβής που έγκειται στην καταβολή της όχι από τη δημόσια αρχή αλλά από τους χρήστες των έργων ή των υπηρεσιών συνεπάγεται ότι ο ανάδοχος αναλαμβάνει τον σχετιζόμενο με την εκμετάλλευση των επίμαχων έργων ή υπηρεσιών κίνδυνο, στοιχείο χαρακτηριστικό της παραχώρησης έργων και υπηρεσιών²³. Αξιοποίηση της σχετικής προσέγγισης του Δικαστηρίου απαντά και στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Με παραπομπή στη σχετική κοινοτική νομολογία, γίνεται δεκτό ότι δεν συνιστά σύμβαση παροχής υπηρεσίας η σύμβαση κατά την οποία η αμοιβή του αναδόχου και διαχειριστή του συστήματος ελεγχόμενης στάθμευσης αποτελεί μέρος (ήτοι ποσοστό οριζόμενο εκ των προτέρων στη σύμβαση) των ακαθαρών εσόδων από τη λειτουργία του συστήματος, δηλαδή

21. *St. Braconnier*, La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive Concessions, ACCP 2014, n° 141, σ. 26.

22. ΔΕΚ, της 13^{ης} Οκτωβρίου 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, Συλλογή 2005, σ. I-8612, σκέψη 40· της 18^{ης} Ιουλίου 2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2007, σ. I-6657, σκέψη 34· της 13^{ης} Νοεμβρίου 2008, C-437/07, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-153, σκέψη 29· της 11^{ης} Ιουνίου 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, Συλλογή 2009, σ. I-4803, σκέψη 37· της 10^{ης} Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08, *Eurawasser*, Συλλογή 2009, σ. I-8380, σκέψεις 59, 68· της 15^{ης} Οκτωβρίου 2009, C-196/08, *Acoset*, Συλλογή 2009, σ. I-9940, σκέψη 39· της 10^{ης} Μαρτίου 2011, C-274/09, *Krankentransport Stadler*, Συλλογή 2011, σ. I-1350, σκέψη 37· της 10^{ης} Νοεμβρίου 2011, C-348/10, *Norma-A*, Συλλογή 2011, σ. I-10983, σκέψεις 41, της 14^{ης} Νοεμβρίου 2013, 44· της 14^{ης} Νοεμβρίου 2013, C-221/12, *Belgacom*, σκέψη 27.

23. Κατά το Δικαστήριο, ως κίνδυνος σύμφυτος με την οικονομική εκμετάλλευση της υπηρεσίας νοείται ο κίνδυνος έκθεσης στη ρευστότητα τις αγορές (προπαρατεθείσα απόφαση *Eurawasser*, σκέψεις 66 και 67), ο οποίος συνίσταται π.χ. στον κίνδυνο ανταγωνισμού με άλλους επιχειρηματίες, στον κίνδυνο αναντιστοιχίας μεταξύ της προσφοράς και της ζήτησης υπηρεσιών, στον κίνδυνο αφερεγγυότητας των προσώπων που οφείλουν να καταβάλουν την αμοιβή για τις παρασχεθείσες υπηρεσίες, στον κίνδυνο να μην καλύπτονται πλήρως οι λειτουργικές δαπάνες από τα έσοδα ή ακόμη και στον κίνδυνο ύπαρξης ευθύνης για ζημία που έχει σχέση με πλημμελή παροχή της υπηρεσίας (αποφάσεις της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, *Contse κ.λπ.*, Συλλογή 2005, σ. I-9315, σκέψη 22· *Hans & Christophorus Oymanns*, σκέψη 74· *Krankentransport Stadler*, σκέψη 37).

μέρος των τελών που θα καταβάλλουν οι τρίτοι (επισκέπτες), όταν σταθμεύουν τα αυτοκίνητά τους στις προκαθορισμένες θέσεις, οπότε ο ανάδοχος αναλαμβάνει τον επιχειρηματικό κίνδυνο που σχετίζεται με την εκμετάλλευση του συστήματος. Τούτο διότι η ανάληψη του κινδύνου αυτού την οποία συνεπάγεται ο ως άνω τρόπος πληρωμής αποτελεί στοιχείο χαρακτηριστικό της σύμβασης παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας, που την διαφοροποιεί από τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών²⁴.

23. Ο νέος ορισμός των συμβάσεων παραχώρησης διατυπώνεται στο άρθρο 5 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ. «Ως σύμβαση παραχώρησης έργων νοείται η σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτεται εγγράφως, μέσω της οποίας μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς αναθέτουν την εκτέλεση έργων σε έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, το δε αντίτιμο για αυτή συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των έργων τα οποία αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης είτε στο δικαίωμα αυτό μαζί με καταβολή πληρωμής. Ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών νοείται η σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτεται εγγράφως μέσω της οποίας μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς αναθέτουν την εκτέλεση υπηρεσιών σε έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, το δε αντίτιμο για αυτήν συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των έργων τα οποία αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης, είτε στο δικαίωμα αυτό μαζί με καταβολή πληρωμής». Εκτός του τρόπου της αμοιβής, συστατικό στοιχείο της σύμβασης παραχώρησης είναι και η ανάληψη του λειτουργικού κινδύνου από τον παραχωρησιούχο. Όπως προκύπτει από το κείμενο του άρθρου 5 αλλά και από την αιτιολογική σκέψη 18 της οδηγίας, που αναλύει τα στοιχεία του ορισμού, η ανάθεση σύμβασης παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών συνεπάγεται τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού

24. ΣτΕ ΕΑ 286/2006. Βλ. και ΣτΕ ΕΑ 64/2009: «...αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού είναι η παροχή, από τον αναδεικνυόμενο ανάδοχο, υπηρεσίας, η οποία συνίσταται στην περισυλλογή των εγκαταλελειμμένων οχημάτων στην περιοχή του Δήμου Πειραιά. ... η σύμβαση, στην σύναψη της οποίας κατατείνει ο επίδικος διαγωνισμός, δεν είναι σύμβαση παροχής υπηρεσιών, σύμφωνα με το άρθρο 1 § 2 περ. δ' της οδηγίας 2004/18 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, αλλά σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας, κατά την έννοια του άρθρου 1 § 4 της οδηγίας. Τούτο δε διότι η αμοιβή του αναδόχου, ο οποίος αναλαμβάνει να περισυλλέξει τα εγκαταλελειμμένα οχήματα και να διεκπεραιώσει όλες τις διαδικασίες μέχρι την έκδοση, από το εγκεκριμένο σύστημα εναλλακτικής διαχείρισης, πιστοποιητικού καταστροφής του οχήματος, δεν καταβάλλεται από τον καθ' ου δήμο, αλλά προέρχεται εξ ολοκλήρου από την εκμετάλλευση, δηλαδή από την επεξεργασία, αξιοποίηση, τεμαχισμό και διάθεση του οχήματος. Με τον τρόπο αυτόν αμοιβής ο ανάδοχος αναλαμβάνει και τον επιχειρηματικό κίνδυνο που συνδέεται με την εκμετάλλευση του αντικείμενου της παραχωρούμενης υπηρεσίας, που αποτελεί στοιχείο χαρακτηριστικό της συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσίας, το οποίο την διαφοροποιεί από την σύμβαση παροχής υπηρεσιών».

κινδύνου οικονομικής υφής που απορρέει από την εκμετάλλευση των εν λόγω έργων ή υπηρεσιών και ο οποίος εμπεριέχει την πιθανότητα μη απόδοσης ολόκληρης της επένδυσης και μη ανάκτησης του κόστους λειτουργίας των έργων ή παροχής των υπηρεσιών που του έχουν ανατεθεί υπό φυσιολογικές συνθήκες λειτουργίας έστω και αν μέρος του κινδύνου παραμένει στην αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα. Το τμήμα του κινδύνου που μεταβιβάζεται στον παραχωρησιούχο περιλαμβάνει την πραγματική έκθεση στις αστάθμητες συνθήκες της αγοράς, που συνεπάγεται ότι οιαδήποτε πιθανή εκτιμώμενη απώλεια του παραχωρησιούχου δεν πρέπει να είναι απλώς ονομαστική ή αμελητέα²⁵.

24. Προϋπόθεση εφαρμογής της οδηγίας αποτελεί, βεβαίως, και το διακρατικό στοιχείο της σύμβασης. Οι αρχές του πρωτογενούς δικαίου και η οδηγία 2014/23/ΕΕ εφαρμόζονται όταν η σύμβαση παραχώρησης συνδέεται με την εσωτερική αγορά. Τέτοια σύνδεση υφίσταται όταν υπάρχει ενδιαφέρον για τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία και φορέων εγκατεστημένων σε άλλα κράτη μέλη²⁶. Στην πράξη, η ανάλυση του στοιχείου αυτού παρουσιάζει σημαντικές δυσχέρειες. Το διασυνοριακό ενδιαφέρον κρίνεται κατά περίπτωση και δεν λαμβάνεται υπόψη μόνον η οικονομική σημασία της σύμβασης²⁷, αλλά ιδίως το αντικείμενό της και η γεωγραφική θέση της αναθέτουσας αρχής. Όπως προαναφέρθηκε, με την ενιαία διαμόρφωση της διαδικασίας σύναψης και τις βελτιωμένες δυνατότητες έννομης προστασίας πρέπει περαιτέρω να διευκολυνθεί η πρόσβαση των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στην αγορά των παραχωρήσεων της ΕΕ.

25. Τέλος, οι κανόνες σύναψης που θεσπίζει η οδηγία επιβάλλονται σε όλες τις παραχωρήσεις των οποίων η αξία υπερβαίνει το ποσό των 5.186.000 ευρώ²⁸. Πρόκειται για ένα μοναδικό κατώφλι αντί του διπλού που είχε προτείνει αρχικά η Επιτροπή και που προέβλεπε ότι στην υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης για την ανάθεση παραχώρησης σύμφωνα με τα άρθρα 27 και 28 της οδηγίας υπόκεινται και οι συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών των οποίων η αξία ισούται με ή υπερβαίνει τα 2.500.000 ευρώ

25. Βλ. αναλυτικά Σ. Καλογήρου, Φως στο νέο καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά την οδηγία 2014/23/ΕΕ, ό.π., σ. 793 επ.

26. Βλ. ΔΕΚ της 13^{ης} Νοεμβρίου 2007, C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, Συλλογή 2007, σ. I-9797, σκέψεις 29, 32· της 21^{ης} Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-652, σκέψεις 66 επ· της 15^{ης} Μαΐου 2008, C-147/06 και C-148/06, SECAP, Συλλογή 2008, σ. I-3565, σκέψη 21· της 14^{ης} Νοεμβρίου 2013, C-221/12, Belgacom, σκέψεις 28 επ.

27. Σ. Καλογήρου, Φως στο νέο καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά την οδηγία 2014/23/ΕΕ, ό.π., σ. 795.

28. Άρθρο 8 § 1 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

αλλά είναι χαμηλότερη των 5.000.000 ευρώ, εκτός από τις κοινωνικές υπηρεσίες και άλλες ειδικές υπηρεσίες.

26. Όπως προαναφέρθηκε, η εκτίμηση της αξίας των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών είναι περίπλοκη λόγω της αβεβαιότητας ως προς την αξία των υπηρεσιών που όντως θα παρασχεθούν. Η αρχική πρόταση προέβλεπε διαφορετικές μεθόδους υπολογισμού για τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών και έργων. Ο αρμόδιος εισηγητής του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου θεώρησε, όμως, ότι η διπλή αυτή μέθοδος θα ήταν πηγή σύγχυσης, ιδίως στο μέτρο που πολλές παραχωρήσεις έχουν μικτό αντικείμενο. Έτσι το Κοινοβούλιο ενοποίησε τη μέθοδο υπολογισμού. Ως αντιστάθμισμα, πάντως, ο υπολογισμός είναι διεξοδικά ρυθμισμένος, στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή πρέπει να λάβει υπόψη μια σειρά παραμέτρων που απαριθμούνται στο άρθρο 8 της οδηγίας και περιορίζουν τόσο την ελευθερία της αναθέτουσας αρχής όσο και την επιλογή της μεθόδου υπολογισμού. Στα ανωτέρω προστίθεται η απάλειψη, σε σχέση με την αρχική πρόταση, του κανόνα de minimis για τις παραχωρήσεις και η εμμονή στην αρχή της καλής πίστης των αναθετουσών αρχών κατά την αποτίμηση της παραχώρησης, η οποία ανάγεται σε αρχή-πλαίσιο στο άρθρο 3 της οδηγίας.

2. Εξαιρέσεις

27. Εκτός από τη γενική εξαίρεση του άρθρου 4 § 2 της οδηγίας που αφορά τις υπηρεσίες γενικού συμφέροντος μη οικονομικού χαρακτήρα, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, το τμήμα II (άρθρα 10-17) αποκλείει εκ των προτέρων μια σειρά ειδικών οικονομικών τομέων, εκ των οποίων οι περισσότεροι εξαιρούνται και από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Σχηματικά και απλουστευτικά, οι εξαιρέσεις αυτές θα μπορούσαν να κατηγοριοποιηθούν βάσει δύο κριτηρίων: αφενός, βάσει του αντικειμένου της σύμβασης και, αφετέρου, βάσει των τεχνικών χαρακτηριστικών της. Στην πρώτη κατηγορία εντάσσονται οι συμβάσεις που άπτονται της άμυνας ή της ασφάλειας, οι συμβάσεις παραχώρησης που αφορούν τη λειτουργία λαχειοφόρων αγορών/παιγνίων και ανατίθενται σε οικονομικό φορέα βάσει αποκλειστικού δικαιώματος, προκειμένου τα κράτη μέλη να ελέγχουν τον τομέα των παιγνίων σε εθνικό επίπεδο, οι υπηρεσίες έκτακτης ανάγκης που παρέχονται από μη κερδοσκοπικούς οργανισμούς και ενώσεις με ειδικά χαρακτηριστικά, χρηματοοικονομικές και νομικές υπηρεσίες που ρυθμίζονται διεξοδικά από ειδικές διατάξεις του παραγώγου δικαίου²⁹, οι συμβάσεις παραχώ-

29. Η εξαίρεση των νομικών υπηρεσιών ευθυγραμμίζεται με την οδηγία 2006/123/ΕΚ, το πεδίο εφαρμογής της οποίας είναι περιορισμένο λόγω των πολλών εξαιρέσεων που προβλέπει (F. Picod, Le

ρησης για παρόχους υπηρεσιών οπτικοακουστικών και ραδιοφωνικών μέσων που απαιτούν να λαμβάνονται υπόψη πτυχές με πολιτιστική ή κοινωνική διάσταση και καθιστούν ακατάλληλη την εφαρμογή των κανόνων της οδηγίας.

28. Ιδιαίτερης μνείας στην κατηγορία αυτή χρήζει η εξαίρεση των συμβάσεων παραχώρησης στον τομέα της ύδρευσης, σε αντιδιαστολή με τους άλλους ειδικούς τομείς της οδηγίας 2014/25/ΕΕ³⁰ και με την αρχική πρόταση της Επιτροπής. Λακωνικά και, πάντως, όχι πειστικά, η οδηγία προβάλλει ως λόγο εξαίρεσης από το πεδίο εφαρμογής της τη σημασία του ύδατος ως δημοσίου αγαθού με θεμελιώδη αξία για όλους τους πολίτες της Ένωσης καθώς και τις ιδιαιτερότητες των σύνθετων και ειδικών ρυθμίσεων που απαιτούνται συναφώς³¹. Η εν λόγω επιλογή του νομοθέτη της Ένωσης θυμίζει την προσέγγιση που ακολούθησε το Συμβούλιο της Επικρατείας όσον αφορά τη μεταβίβαση από το Ελληνικό Δημόσιο στο ΤΑΙΠΕΔ ΑΕ μετοχών του που αντιστοιχούν σε ποσοστό 34,033% του μετοχικού κεφαλαίου της ΕΥΔΑΠ ΑΕ. Αφού έκρινε ότι η κατ' ουσίαν μετατροπή της δημόσιας επιχείρησης σε ιδιωτική, που λειτουργεί με γνώμονα το κέρδος, καθιστά αβέβαιη τη συνέχεια της εκ μέρους της παροχής προσιτών υπηρεσιών κοινής ωφελείας, και δη υψηλής ποιότητας, η οποία δεν εξασφαλίζεται πλήρως με την κρατική εποπτεία, η Ολομέλεια κατέληξε ότι οι υπηρεσίες της ΕΥΔΑΠ ΑΕ που παρέχονται μονοπωλιακώς σε μεγάλο πληθυσμό διαβιούντα υπό δυσμενείς οικιστικές συνθήκες στον περιορισμένο χώρο της Αττικής συνίστανται στην ύδρευση και στην αποχέτευση που είναι αναγκαίες για την υγιεινή διαβίωση και, ιδίως, στην παροχή του πόσιμου ύδατος, φυσικού αγαθού απαραίτητου για την επιβίωση που καθίσταται σπανιότερο συν τω χρόνω. Κατά συνέπεια, αβεβαιότητα ως προς τη συνέχεια της παροχής προσιτών υπηρεσιών κοινής ωφελείας με αυτόν τον βαθμό αναγκαιότητας δεν συγχωρείται από το άρθρο 5 του Συντάγματος, ειδικότερα δε από τη διάταξη της παραγράφου 5 που κατοχυρώνει το δικαίωμα στην προστασία της υγείας, καθώς και από το άρθρο 21 § 3 που ορίζει ότι το Κράτος μεριμνά για την υγεία των πολιτών³². Η ζωτική σημασία του ύδατος ως δημοσίου

champ d'application de la directive 2006/123/CE, Europe 2007, etude 8).

30. Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ, ΕΕ L 94, σ. 243.

31. Αιτιολογική σκέψη 40 και άρθρο 12 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ. Αυστηρή κριτική για το αδικαιολόγητο εύρος της εξαίρεσης ασκεί ο St. Braconnier, La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives, ό.π., σ. 840.

32. ΘΠΔΔ 6/2014, σ. 511: Αντισυνταγματική η αποξένωση του ελληνικού Δημοσίου από την πλειοψηφία του μετοχικού κεφαλαίου

αγαθού φαίνεται ότι δικαιολογεί την επιφυλακτικότητα και τη δυσπιστία του νομοθέτη της Ένωσης και του εθνικού δικαστή έναντι της αποτελεσματικότητας του ιδιωτικού τομέα.

29. Στη δεύτερη κατηγορία εξαιρέσεων εντάσσονται οι συμβάσεις που εκτελούνται από διεθνείς οργανισμούς για λογαριασμό τους³³, οι συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ αναθέτουσών αρχών και αναθέτοντων φορέων για την από κοινού παροχή δημοσίων υπηρεσιών και, γενικά, οι συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα³⁴ καθώς και οι συμβάσεις που ανατίθενται σε ελεγχόμενα από τις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς νομικά πρόσωπα (συμβάσεις *in house*)³⁵.

B. Οι διαδικαστικοί κανόνες

30. Σημαντική καινοτομία της οδηγίας συνιστούν και οι διαδικαστικές εγγυήσεις που ισχύουν εφεξής στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης, πράγμα που δεν συνέβαινε πριν από την έκδοση της οδηγίας, υπό την επιφύλαξη, βεβαίως, των αρχών της νομολογίας *Telaustria*. Πάντως οι διαδικαστικοί κανόνες είναι περιορισμένοι, ιδίως αν συγκριθούν με αυτούς που περιελάμβανε η πρόταση της Επιτροπής, η οποία προέβλεπε μια ευρωπαϊκή διαδικασία σύναψης συμβάσεων παραχώρησης, πιο ελαστική και ευέλικτη από αυτή των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αλλά παρόμοια σε πολλά σημεία.

31. Ο γενικός κανόνας του άρθρου 30 της νέας οδηγίας είναι η ελευθερία που αναγνωρίζεται στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα όσον αφορά την οργάνωση της διαδικασίας που οδηγεί στην επιλογή του παραχωρησιούχου, με την επιφύλαξη της συμμόρφωσης προς την οδηγία και τηρουμένων των αρχών του άρθρου 3. Καίτοι δεν αναφέρεται ρητώς, η αρχή του ανταγωνισμού εφαρμόζεται, κατ' ανάγκη, λόγω της κατοχύρωσής της στο πρωτογενές δίκαιο. Τούτο προκύπτει σαφώς από τις παρεκκλίσεις του άρθρου 31 § 4 της οδηγίας, που προβλέπει, κατ' εξαίρεση, την απευθείας ανάθεση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης³⁶, και από το άρθρο 37 § 3 που αποσκοπεί στην εξασφάλιση πραγματικού αντα-

γωνισμού με την κλήση για συμμετοχή επαρκούς αριθμού υποψηφίων³⁷.

32. Δύο είναι οι βασικές υποχρεώσεις της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα: η υποχρέωση διπλής δημοσίευσης (1) και η θέσπιση κριτηρίων ανάθεσης (2). Στις καινοτομίες της οδηγίας θα πρέπει να αναφερθεί και η ρύθμιση του μετασυμβατικού σταδίου (3).

1. Υποχρέωση διπλής δημοσίευσης

33. Σύμφωνα με τα άρθρα 31, 32 και 33 της οδηγίας, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να δημοσιεύσουν, στην αρχή της διαδικασίας, προκήρυξη παραχώρησης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης για να γνωστοποιήσουν την πρόθεσή τους και, μετά τη λήξη της διαδικασίας, γνωστοποίηση της ανάθεσης. Προηγείται η δημοσίευση των γνωστοποιήσεων σε επίπεδο Ένωσης και έπεται η δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο. Οι γνωστοποιήσεις προκήρυξης και οι γνωστοποιήσεις ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν περιλαμβάνουν άλλες πληροφορίες εκτός από εκείνες που περιέχονται στις γνωστοποιήσεις που αποστέλλονται στην Υπηρεσία εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

2. Κριτήρια ανάθεσης

34. Οι επιταγές του πρωτογενούς δικαίου όσον αφορά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης παραχώρησης συγκεκριμενοποιούνται μέσω των διαδικαστικών εγγυήσεων του άρθρου 37 της οδηγίας. Κατά το άρθρο 37 § 1, οι συμβάσεις παραχώρησης ανατίθενται στη βάση των κριτηρίων ανάθεσης που ορίζει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας σύμφωνα με το άρθρο 41 της οδηγίας, υπό τον όρο ότι ο προσφέρων πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις που έχει ορίσει, κατά περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που αναφέρονται στο άρθρο 38 § 1 και δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης βάσει του άρθρου 38 §§ 4 έως 7 και με την επιφύλαξη του άρθρου 38 § 9. Ειδικότερα, το άρθρο

της ΕΥΔΑΠ ΑΕ (παρατηρήσεις Χ. Τσιλιώτης, Αικ. Ηλιάδου).

33. Άρθρο 10 § 4 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

34. Άρθρο 17 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

35. Άρθρο 13 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

36. Κατά το άρθρο 31 § 4, «κατά παρέκκλιση από την παράγραφο 1, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς δεν υποχρεούνται να δημοσιεύσουν γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης παραχώρησης σε περίπτωση που τα έργα ή οι υπηρεσίες μπορούν παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οιονδήποτε λόγο από τους κατωτέρω λόγους:

α) η σύμβαση παραχώρησης αποσκοπεί στη δημιουργία ή την απόκτηση ενός μοναδικού έργου τέχνης ή μιας καλλιτεχνικής εκδήλωσης·

β) έλλειψη ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους·

γ) ύπαρξη αποκλειστικού δικαιώματος·

δ) προστασία δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και αποκλειστικών δικαιωμάτων πλην αυτών του σημείου 10 του άρθρου 5.

Οι εξαιρέσεις που προβλέπονται στα στοιχεία β), γ) και δ) του πρώτου εδαφίου εφαρμόζονται μόνον εφόσον δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική επιλογή ή δυνατότητα υποκατάστασης και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων ανάθεσης της παραχώρησης.»

37. Κατά το άρθρο 37 § 3 της οδηγίας, «[η] αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να περιορίσει τον αριθμό των υποψηφίων ή προσφερόντων σε κατάλληλο επίπεδο, εφόσον αυτό γίνεται με διαφάνεια και με αντικειμενικά κριτήρια. Ο αριθμός των υποψηφίων ή προσφερόντων που καλούνται να συμμετάσχουν πρέπει να είναι επαρκής ώστε να εξασφαλίζεται πραγματικός ανταγωνισμός».

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

38 ρυθμίζει τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι οποίες σχετίζονται με την επαγγελματική και τεχνική ικανότητα, τη χρηματοπιστωτική και οικονομική επάρκεια των υποψηφίων ή των προσφερόντων καθώς και με τις επιταγές που τέθηκαν στην προκήρυξη. Στο άρθρο 38 § 4 έως 7, στο οποίο παραπέμπει ρητώς το άρθρο 37 § 3 στοιχείο γ', εκτίθενται οι λόγοι για τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλειστεί από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης παραχώρησης. Ιδιαίτερως διεξοδικές ρυθμίσεις περιέχει το άρθρο 38 § 7 της οδηγίας για τη δυνατότητα των κρατών μελών να αποκλείσουν οικονομικούς φορείς από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδική περίπτωση αποκλεισμού προβλέπεται όταν ο οικονομικός φορέας έχει παρουσιάσει σημαντικές ή επαναλαμβανόμενες ελλείψεις όσον αφορά ουσιώδη απαίτηση στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης ή προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα όπως ορίζεται στην παρούσα οδηγία ή στην οδηγία 2014/25/ΕΕ που είχαν ως αποτέλεσμα την πρόωπη καταγγελία της εν λόγω σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.

35. Κατά το άρθρο 41 της οδηγίας, με τίτλο «κριτήρια ανάθεσης», οι συμβάσεις παραχώρησης «ανατίθενται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που συμμορφούνται προς τις αρχές που ορίζονται στο άρθρο 3, και διασφαλίζουν την αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού κατά τρόπον ο οποίος να παρέχει συνολικό οικονομικό πλεονέκτημα για την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα. Τα κριτήρια ανάθεσης συνδέονται με το αντικείμενο της παραχώρησης και δεν παρέχουν απεριόριστη ελευθερία επιλογής στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα. Μπορούν να περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, περιβαλλοντικά ή κοινωνικά κριτήρια ή κριτήρια σχετικά με την καινοτομία». Το άρθρο 41 § 3 ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας κατατάσσουν τα κριτήρια με φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας. Σημειώνεται ότι η οδηγία για τις συμβάσεις παραχώρησης δεν περιέχει κατάλογο κριτηρίων ανάθεσης όπως αυτά του άρθρου 67 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Η αρχή της αυστηρής δέσμευσης από προηγούμενη κατάταξη κριτηρίων εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση απρόβλεπτων, ιδιαίτερως καινοτόμων λύσεων.

36. Η ρητή πρόβλεψη κριτηρίων ανάθεσης συνιστά επίσης καινοτομία στο ενωσιακό δίκαιο. Η νομολογία του Δικαστηρίου δεν είχε ποτέ μέχρι τώρα επιβάλει την προηγούμενη δημοσίευση κριτηρίων για τις συμβάσεις παραχώρησης που έχουν διασυνοριακό ενδιαφέρον. Στην ανακοίνωση του 2000 για τις παραχωρήσεις, η Επιτροπή διευκρινίζει ότι οι τύποι δημοσιότητας σχετικά με τη σύναψη παραχώρησης «περιλαμβάνουν γενικώς τις αναγκαίες πληροφορίες για να παράσχουν στους

πιθανούς παραχωρησιούχους τη δυνατότητα να αποφασίσουν αν ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν στη διαδικασία, για παράδειγμα κριτήρια επιλογής και ανάθεσης». Η δημοσίευση των κριτηρίων μνημονεύεται ως παράδειγμα και χωρίς αναφορά στην ιεράρχηση και τη σημασία ενός εκάστου.

37. Παρατηρείται, επομένως, τάση προσέγγισης του καθεστώτος των παραχωρήσεων και αυτού των κλασικών συμβάσεων. Η προσέγγιση είναι περιορισμένη σε σύγκριση με την πρόταση της Επιτροπής του 2011, η οποία προέβλεπε τη δυνατότητα των κρατών μελών, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, να επιβάλουν την προσφυγή στο κριτήριο της οικονομικώς πλέον συμφέρουσας προσφοράς, δηλαδή στο κριτήριο που ισχύει για τις κλασικές συμβάσεις, με στάθμιση των κριτηρίων³⁸. Παρόλο που επρόκειτο για επιλογή που προσφερόταν στα κράτη μέλη, η προοπτική προσέγγισης οδήγησε στην εξαφάνιση κάθε αναφοράς στη στάθμιση των κριτηρίων και στην πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά, υπέρ μιας πιο χαλαρής μορφής που είναι το συνολικό οικονομικό πλεονέκτημα που πρέπει να καθοδηγεί την επιλογή των αναθετουσών αρχών και αναθετόνων φορέων.

38. Το σύστημα που τελικώς επελέγη παρουσιάζει κάποια ευελιξία σε σχέση με την αρχή του απαραβίαστου των κριτηρίων. Πράγματι, στο άρθρο 41 § 3 της οδηγίας διευκρινίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας κατατάσσει τα κριτήρια με φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας. Πάντως, όταν η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας λαμβάνουν προσφορά η οποία προτείνει καινοτόμους λύσεις με εξαιρετικό επίπεδο λειτουργικών απαιτήσεων που δεν θα μπορούσε

38. Τα κράτη μέλη μπορούν να ορίζουν ότι η ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης από τις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς βασίζεται στο κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς σύμφωνα με την παράγραφο 2. Στα εν λόγω κριτήρια είναι δυνατόν να περιλαμβάνονται, εκτός από την τιμή ή το κόστος, οιοδήποτε από τα ακόλουθα κριτήρια: α) η ποιότητα, συμπεριλαμβανομένης της τεχνικής αξίας, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η δυνατότητα πρόσβασης, ο σχεδιασμός για όλους τους χρήστες, περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά και ο καινοτόμος χαρακτήρας· β) για παραχωρήσεις υπηρεσιών και παραχωρήσεις που αφορούν τη μελέτη έργων, μπορεί να ληφθεί υπόψη η οργάνωση, τα προσόντα και η πείρα του προσωπικού στο οποίο θα ανατεθεί η εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης, με αποτέλεσμα, μετά την ανάθεση της παραχώρησης, η αντικατάσταση του σχετικού προσωπικού να είναι δυνατή μόνο κατόπιν συγκατάθεσης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, που πρέπει να επαληθεύει ότι οι αντικαταστάσεις διασφαλίζουν ισοδύναμη οργάνωση και ποιότητα· γ) η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική συνδρομή, η ημερομηνία παράδοσης και η προθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης· δ) η ειδική διαδικασία παραγωγής ή παροχής των αιτούμενων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών ή οιοσδήποτε άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους όπως αναφέρεται στο άρθρο 2 παράγραφος 1 σημείο 14, στο βαθμό που τα κριτήρια αυτά αφορούν παράγοντες που σχετίζονται άμεσα με τις εν λόγω διαδικασίες και χαρακτηρίζουν τις ειδικές διαδικασίες παραγωγής ή παροχής των αιτούμενων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών.

να είχε προβλέψει μια επιμελής αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας, η εν λόγω αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας δύναται, κατ' εξαίρεση, να τροποποιήσει τη σειρά προτεραιότητας των κριτηρίων ανάθεσης προκειμένου να ληφθεί υπόψη η καινοτόμος λύση. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας ενημερώνουν όλους τους προσφέροντες για την τροποποίηση της σειράς σπουδαιότητας και εκπονούν νέα πρόσκληση υποβολής προσφορών, με βάση τις ελάχιστες προθεσμίες που αναφέρονται στην παράγραφο 4 του άρθρου 39. Η τροποποίηση της σειράς προτεραιότητας δεν θα πρέπει να δημιουργεί διακρίσεις. Η λύση αυτή αποτυπώνει το πνεύμα διαλόγου που διέπει τη σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης και συνοδεύεται από διαδικαστικές εγγυήσεις που κατατείνουν στον σεβασμό της ισότητας των υποψηφίων.

3. Ρύθμιση του μετασυμβατικού σταδίου

39. Λόγω της ειδικής φύσης της σύμβασης παραχώρησης έργων και κυρίως υπηρεσιών και της κατά κανόνα μεγάλης διάρκειας των σχετικών συμβάσεων, ήταν αναγκαία η σχετική ρύθμιση για να αποφευχθεί η στεγανοποίηση της αγοράς, ο περιορισμός του ανταγωνισμού και ο αποκλεισμός επιχειρήσεων για μεγάλο χρονικό διάστημα με συνακόλουθο την παρεμπόδιση της ελεύθερης κυκλοφορίας υπηρεσιών και της ελευθερίας εγκατάστασης. Από την άλλη πλευρά, η μεγάλη διάρκεια μπορεί να δικαιολογηθεί προκειμένου ο παραχωρησιούχος να μπορεί να ανακτήσει τις σχεδιαζόμενες για την παραχώρηση επενδύσεις και να έχει απόδοση το επενδυθέν κεφάλαιο. Στο άρθρο 18 της οδηγίας, ως μέση διάρκεια καθορίζεται η πενταετία και για συμβάσεις μεγαλύτερης διάρκειας αυτή περιορίζεται στο διάστημα κατά το οποίο ο παραχωρησιούχος δύναται εύλογα να αποσβέσει την επένδυση που έκανε για τη λειτουργία του έργου και των υπηρεσιών καθώς και να έχει λογική απόδοση του επενδυμένου κεφαλαίου υπό κανονικές συνθήκες λειτουργίας.

40. Το δίκαιο της Ένωσης έχει ρυθμίσει το προσυμβατικό στάδιο, δηλαδή τη διαδικασία σύναψης των συμβάσεων, διότι αυτό διασφαλίζει τον ανόθευτο ανταγωνισμό. Αντίθετα, δεν ασχολήθηκε με το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης³⁹, το οποίο παρουσιάζει σαφώς λιγότερα διασυνοριακά ζητήματα και, επομένως, μικρότερο κοινοτικό ενδιαφέρον⁴⁰. Πάντως, οι τρεις νέες οδηγίες⁴¹ περιλαμβάνουν κανόνες για την εκτέ-

λεση των συμβάσεων, οι οποίοι ρυθμίζουν την τροποποίηση της σύμβασης, τη μονομερή καταγγελία και την υπεργολαβία. Πρόκειται για μια προσπάθεια του νομοθέτη της Ένωσης να διασφαλίσει την ισορροπία μεταξύ της προστασίας της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, αφενός, και των αναγκών που συνδέονται με την ορθή εξέλιξη της σύμβασης και την προσαρμογή της στις επιταγές της οικονομικής ζωής, αφετέρου⁴². Οι κανόνες είναι ίδιοι για όλες τις συμβάσεις, επιλογή που δεν ήταν προφανής, καθόσον οι συμβάσεις παραχώρησης περιλαμβάνουν συνήθως μακροχρόνιες και σύνθετες τεχνικές και χρηματοοικονομικές ρυθμίσεις οι οποίες υπόκεινται σε μεταβαλλόμενες συνθήκες, οπότε οι κανόνες τροποποίησής τους θα έπρεπε να είναι πιο ευέλικτοι. Οι κανόνες δεν διακρίνονται για την απλότητά τους και επαναλαμβάνουν νομολογιακές λύσεις του Δικαστηρίου οι οποίες ήταν ιδιαίτερα περίπλοκες⁴³.

41. Ο Ευρωπαίος νομοθέτης επέλεξε τη λύση των λίαν λεπτομερών και εξαντλητικών ρυθμίσεων, προσπαθώντας

Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/EK, και 25/2014/EE του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/EK.

42. Πρόκειται για τα άρθρα 42-45 της οδηγίας 23/2014/EE.

43. Χαρακτηριστική συναφώς είναι η απόφαση της 13ης Απριλίου 2010, C-91/08, Wall AG κατά La ville de Francfort-sur-le-Main και Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH: Όταν τροποποιήσεις διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών φέρουν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της συμβάσεως παραχώρησης και υποδηλώνουν, κατά συνέπεια, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής, θα πρέπει να λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχώρησης υπηρεσιών και να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί... Τροποποίηση επί ισχύουσας συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσιών μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης οσάκις προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη. Αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τέτοια τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχώρησης, εφόσον η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναψη της συμβάσεως, γεγονός που σε κάθε περίπτωση απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.

39. Βλ. συναφώς R. Noguellou, Les nouvelles directives et l'exécution du contrat, ό.π., σ. 853.

40. Βλ. και τη σχετική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας στην οποία παραπέμπει η ΔΕφθεσ 1298/2010: ΣτΕ 2380/2009, κατά την οποία «η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 11 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ δεν διέπει το στάδιο εκτέλεσης της συμβάσεως».

41. Οδηγίες 23/2014/EE του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, 24/2014/EE, του Ευρωπαϊκού

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

προφανώς να καλύψει όλες τις περιπτώσεις. Πάντως, η φαντασία των συμβαλλομένων δεν έχει όρια, οπότε είναι βέβαιο ότι θα διαμορφωθούν μη ρυθμισμένες περιπτώσεις τροποποίησης και θα ανακύψουν δυσχερή ερμηνευτικά ζητήματα⁴⁴. Ενδεικτικά πρέπει να αναφερθεί η δυσκολία εντοπισμού γενικής αρχής και ο περιπτωσιολογικός χαρακτήρας των ρυθμίσεων. Για παράδειγμα, στην πρόταση της Επιτροπής αναφερόταν ότι μια ουσιώδης τροποποίηση των όρων σύμβασης παραχώρησης κατά την εξέλιξή της θεωρείται ως νέα ανάθεση και καθιστά αναγκαία την τήρηση νέας διαδικασίας ανάθεσης σύμφωνα με την παρούσα οδηγία. Αντίθετα, στην οδηγία, ο κανόνας του άρθρου 43 αρχίζει με την καταγραφή των περιπτώσεων κατά τις οποίες δεν απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας. Οι περιπτώσεις θα μπορούσαν να συστηματοποιηθούν ως εξής. Για τις επουσιώδεις τροποποιήσεις δεν απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας. Απαιτείται νέα διαδικασία στην περίπτωση ουσιωδών τροποποιήσεων, δηλαδή οσάκις προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της αρχικής σύμβασης, θα είχαν ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη. Κατ' εξαίρεση, δεν απαιτείται νέα διαδικασία επί ουσιωδών τροποποιήσεων εφόσον πρόκειται για: 1. μικρής αξίας, έστω και ουσιώδεις, τροποποιήσεις· 2. τροποποιήσεις που καλύπτονται από ρήτρες επανεξέτασης· 3. τροποποιήσεις που αφορούν έργα και υπηρεσίες που κατέστησαν αναγκαία και 4. απρόβλεπτες τροποποιήσεις. Το άρθρο 44 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ επιτρέπει τη λύση των συμβάσεων παραχώρησης, υπό τις προϋποθέσεις που το ίδιο ορίζει, διασφαλίζοντας έτσι την τήρηση των κανόνων σύναψης της σύμβασης που θέτει η ίδια η οδηγία⁴⁵.

44. Ιδιαίτερος παραστατικά συναφώς η R. Noguellou, *Les nouvelles directives et l'exécution du contrat*, ό.π., σ. 854.

45. Το άρθρο 43 ορίζει τα εξής: *Λύση συμβάσεων παραχώρησης*
Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς έχουν τη δυνατότητα, δυνάμει των προϋποθέσεων που ορίζει το εφαρμοστέο εθνικό ενοχικό δίκαιο, να καταγγείλει μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, εφόσον πληρούται μία ή περισσότερες από τις κατωτέρω προϋποθέσεις:

α) έγινε μια τροποποίηση της σύμβασης παραχώρησης που θα είχε άλλως απαιτήσει μια νέα διαδικασία παραχώρησης, βάσει του άρθρου 43·

β) ο εργολάβος, τη στιγμή της ανάθεσης της σύμβασης, τελούσε σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στο άρθρο 38 παράγραφος 4 και, ως τούτου, θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τη διαδικασία παραχώρησης·

γ) το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποφαίνεται, στο πλαίσιο διαδικασίας σύμφωνα με το άρθρο 258 της ΣΛΑΕ, ότι ένα κράτος μέλος δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του δυνάμει των Συνθηκών λόγω του γεγονότος ότι αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας που ανήκει στο εν λόγω κράτος μέλος έχει αναθέσει τη σχετική

42. Σημειώνεται συναφώς ότι το ζήτημα της εκτέλεσης της σύμβασης απασχόλησε και το Συμβούλιο της Επικρατείας, υπό το πρίσμα της υποχρέωσης συμμόρφωσης σε απόφαση του Δικαστηρίου της Ένωσης διαπιστώνουσα παράβαση του ενωσιακού δικαίου που αφορά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Τα θέματα που ανέκυψαν συναφώς συνοψίζονταν στο κατά πόσον οι τυχόν παραβάσεις του δικαίου της Ένωσης κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης ασκούν επιρροή στο στάδιο της εκτέλεσής της, ειδικότερα δε στην προστασία των κεκτημένων δικαιωμάτων των αντισυμβαλλομένων του Δημοσίου και, γενικότερα, των αναθετουσών αρχών. Με άλλα λόγια, το βασικό ερώτημα συνίστατο στο αν ο αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής, ο οποίος εκπλήρωσε καλόπιστα τις συμβατικές υποχρεώσεις του, υφίσταται τις συνέπειες της παράβασης του κοινοτικού δικαίου εκ μέρους κρατικών, εν ευρεία εννοία, οργάνων⁴⁶. Χαρακτηριστικές συναφώς είναι οι αποφάσεις ΣτΕ 2551/2014 και ΣτΕ 2552/2014 του

σύμβαση παραχώρησης χωρίς να συμμορφώνεται με τις υποχρεώσεις του/της δυνάμει των Συνθηκών και της παρούσας οδηγίας.

46. Σημαντική για το θέμα αυτό είναι κυρίως η απόφαση Braunschweig II (ΔΕΚ της 18ης Ιουλίου 2007, C-503/04, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, σκέψεις 28-29 και 35), που αφορούσε τα συμπεράσματα που όφειλε να συναγάγει το κράτος μέλος από την προγενέστερη, αναγνωριστική της παράβασής του απόφαση του Δικαστηρίου, προκειμένου να εκπληρώσει την υποχρέωση αποκατάστασης μιας σύμφωνης προς το κοινοτικό δίκαιο κατάστασης. Ενώ η Επιτροπή υποστήριξε ότι οι αρχικώς συναφθείσες συμβάσεις μεγάλης χρονικής διάρκειας έπρεπε να λυθούν, το κράτος μέλος αρνήθηκε ότι υφίσταται σχετική νομική υποχρέωση, επικαλούμενο το κατά το άρθρο 2 § 6 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ δικαίωμα των κρατών μελών να περιορίζουν τις εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής στη χορήγηση αποζημίωσης. Το Δικαστήριο δεν διευκρίνισε το περιεχόμενο της υποχρέωσης συμμόρφωσης στην απόφασή του που διαπιστώνει την παράβαση των διατάξεων οι οποίες διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων. Στην περίπτωση, πάντως, της απόφασης που διαπιστώνει τον παράνομο χαρακτήρα δημόσιας σύμβασης λόγω παράβασης των σχετικών κοινοτικών διατάξεων, το Δικαστήριο έκρινε ότι «μέτρα ... που αφορούν αποκλειστικά την πρόληψη συνάψεως νέων συμβάσεων που θα συνιστούσαν παραβάσεις παρεμφερείς με τις διαπιστωθείσες, δεν εμποδίζουν το ότι η συναφθείσα από τον Δήμο του Braunschweig σύμβαση εξακολουθούσε να παράγει πλήρως τα αποτελέσματά της...». Επομένως, «εφόσον δεν τέθηκε τέλος στην εν λόγω σύμβαση..., η προσβολή της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών εξαιτίας της παράβασης των διατάξεων της οδηγίας 92/50 εξακολουθεί να υφίσταται καθ' όλη τη διάρκεια της εκτέλεσής των συμβάσεων που συνάφθηκαν κατά παράβαση της οδηγίας αυτής» [12], οπότε, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας είχε λάβει, ... τα μέτρα που συνεπάγεται η εκτέλεση της διαπιστώνουσας την παράβαση απόφασης του ΔΕΚ της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας. Κατά συνέπεια, όπως προκύπτει από την απόφαση της 18ης Ιουλίου 2007, C-503/04, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Braunschweig II), η συμμόρφωση στην πρώτη απόφαση του ΔΕΚ (της 10ης

ΣΤ' Τμήματος, με τις οποίες ο δικαστής της αποζημίωσης, σε αναιρετικό στάδιο, επιχείρησε, ελλείψει διατάξεων του ενωσιακού δικαίου που ρυθμίζουν το μετασυμβατικό στάδιο, να διασφαλίσει τη συμμόρφωση προς απόφαση του ΔΕΕ, η οποία είχε κρίνει ότι μια σύμβαση συνήφθη κατά παράβαση των σχετικών κανόνων του ενωσιακού δικαίου. Στρυζόμενο στη απόφαση *Unibet*, κατά την οποία τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να ερμηνεύουν τους εθνικούς δικονομικούς κανόνες, οι οποίοι διέπουν τα ενώπιόν τους ασκούμενα ένδικα βοηθήματα, κατά τρόπο διασφαλίζοντα την αποτελεσματική ένδικη προστασία των δικαιωμάτων που αντλούνται από το κοινοτικό δίκαιο, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι, σε περίπτωση κατά την οποία έχει ανατεθεί σε ανάδοχο, δυνάμει διοικητικής σύμβασης, η παροχή υπηρεσιών κατά τρόπο αντικείμενο στην νομοθεσία της Ένωσης και η παράβαση αυτή έχει διαπιστωθεί με απόφαση του ΔΕΕ, τότε ο εθνικός δικαστής της αποζημίωσης, επιλαμβανόμενος αγωγής του αναδόχου με αίτημα την εις αυτόν καταβολή ποσού εκκαθαρισμένου εκ μέρους της Διοίκησης δυνάμει εγκριτικών των υπ' αυτού υποβληθέντων λογαριασμών πράξεων και έχοντος ως αιτία την σύμβαση, έχει την εξουσία, ακόμη και παρεμπιπτόντως, να ελέγξει την νομιμότητα των εν λόγω εγκριτικών πράξεων και, εάν κρίνει ότι αυτές παραβιάζουν την υποχρέωση συμμόρφωσης προς αποφάσεις του ΔΕΕ, να αρνηθεί να αναγνωρίσει την υποχρέωση καταβολής του αιτουμένου ποσού. Τούτο δε, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι, κατά τους οικείους εθνικούς δικονομικούς κανόνες, δεν θα είχε την σχετική εξουσία, δεδομένου ότι η δυνατότητα και η υποχρέωσή του αυτή απορρέει ευθέως από τους κανόνες δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης⁴⁷.

Επίλογος

43. Στην ελληνική έννομη τάξη, οι συμβάσεις παραχώρησης έργων υπάγονται στο νομικό καθεστώς των συμβάσεων δημοσίων έργων⁴⁸. Αντίθετα, για τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών δεν υπάρχει ενιαίο νομικό καθεστώς, αλλά ειδικές ρυθμίσεις για κάθε τομέα διοικητικής δράσης στον οποίο συνάπτονται τέτοιες συμβάσεις⁴⁹. Η παράλειψη θέσπισης ενιαίου κανονιστικού πλαισίου δικαιολογείται από το πλήθος και την πολυπλοκότητα των ειδικότερων περιπτώσεων παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας και το διαφορετικό ενδιαφέρον

που επιδεικνύει συναφώς ο ιδιωτικός τομέας. Έτσι υφίσταται ειδικό νομοθετικό πλαίσιο για ορισμένες υπηρεσίες αστυνόμευσης, ελεγχόμενης στάθμευσης, παραχωρήσεις πολεοδομικών υπηρεσιών, συμβάσεις ενεργού πολεοδομίας, συμβάσεις ανάπλασης περιοχών, συμβάσεις διατήρησης και διαχείρισης προστατευόμενων περιοχών, των ακτοπολικών συγκοινωνιών, των δημόσιων λατομείων, μεταλλείων κ.λπ. Εννοείται ότι σε όλες τις συμβάσεις παραχώρησης εφαρμόζονται οι γενικές αρχές που διέπουν τη λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας, δηλαδή η αρχή της συνεχούς και αδιάλειπτης λειτουργίας, της ισότητας, της προσαρμοστικότητας, της αντικειμενικής τιμολόγησης και της ουδετερότητας. Είναι χαρακτηριστικό ότι στα προεδρικά διατάγματα μεταφοράς των οδηγιών 2004/17/EK και 2004/18/EK, δηλαδή στα πδ 59/2007⁵⁰ και 60/2007⁵¹, αντιστοίχως, απαντούν γενικές διατάξεις αποκλεισμού των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών από το πεδίο εφαρμογής τους. Ομοίως, το άρθρο 29 (άρθρο 17 της οδηγίας 2004/18 EK και άρθρο 18 της οδηγίας 2004/17/EK) του νέου Νόμου 4281/2014⁵² ορίζει ρητώς ότι «με την επιφύλαξη της εφαρμογής του άρθρου 22 που αφορά την εκχώρηση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων, οι διατάξεις του Μέρους Β' του παρόντος δεν εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, όπως ορίζονται στην παράγραφο 4 του άρθρου 15, που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς». Η μόνη γενική διάταξη για τις συμβάσεις παραχώρησης είναι δικονομικού χαρακτήρα και πρόκειται για το άρθρο 3 § 3 του ν. 3886/2010, το οποίο ορίζει ότι, «κ)ατ' εξαίρεση των διατάξεων των δύο προηγούμενων παραγράφων, διαφορές του νόμου αυτού που αφορούν συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων ή υπηρεσιών, συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/EK ή συμβάσεις με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) ευρώ, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ, εκδικάζονται

50. Άρθρο 18. Συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών (άρθρο 18 Οδηγίας 2004/17/EK)

Το παρόν διάταγμα δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών, όπως ορίζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 3, οι οποίες ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς κατά την άσκηση μιας ή περισσότερων από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 4 έως 8, όταν η παραχώρηση γίνεται για την άσκηση των εν λόγω δραστηριοτήτων.

51. Άρθρο 14. Συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών (άρθρο 17 Οδηγίας 2004/18/EK)

Με την επιφύλαξη της εφαρμογής του άρθρου 5, οι διατάξεις του παρόντος δεν εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, οι οποίες ορίζονται στο άρθρο 2 παράγραφος 4.

52. Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου οικονομικών και άλλες διατάξεις. Στο Μέρος Β' του νόμου αυτού (άρθρα 14-201) περιλαμβάνονται κανόνες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών

Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας) συνίσταται στην εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής λύση της σύμβασης.

47. Βλ. συναφώς *Ε. Πρεβεδούρου*, Η υποχρέωση συμμόρφωσης σε απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που διαπιστώνει τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά παράβαση των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου (γνωμ.), ΘΠΔΔ 12/2014, σ. 997.

48. Ν. 1418/1984, π.δ. 609/1985, π.δ. 23/1993, π.δ. 334/2000.

49. Βλ. συναφώς, *Ι. Γκισάκη*, Η παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας και δημόσιου έργου, Σάκκουλας, 2006, σ. 154 επ., 275 επ.

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ - ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

από το Συμβούλιο της Επικρατείας»⁵³. Είναι προφανές ότι η νέα οδηγία αποτελεί ευκαιρία για τη θέσπιση ενιαίου νομοθετήματος για τη μεταφορά της στο εθνικό δίκαιο.

44. Η οδηγία για τις παραχωρήσεις αναμενόταν με μεγάλο ενδιαφέρον, αλλά ταυτόχρονα προκαλούσε ανησυχίες στα κράτη μέλη. Αποτελεί προϊόν συμβιβασμού μεταξύ οικονομικών απαιτήσεων για την εύρυθμη λειτουργία της αγοράς και επιταγών που συνδέονται με τη λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών. Η οδηγία για τις παραχωρήσεις συμπληρώνει το ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων και συνεπάγεται σημαντική διεύρυνση του καθ' ύλην πεδίου εφαρμογής του δικαίου αυτού. Η έκδοσή της είναι σημαντική και διασφαλίζει την ενιαία μεταχείριση συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών και έργων και την ένταξή τους σε ενιαίο νομικό καθεστώς. Η επέμβαση του νομοθέτη της Ένωσης είναι μετρημένη και οι τροποποιήσεις που θα φέρει στο δημόσιο δίκαιο δεν θα προκαλέσουν ανατροπές.

45. Στα αρνητικά σημεία της οδηγίας θα μπορούσε να ενταχθεί ο ορισμός του δικού της πεδίου εφαρμογής. Από νομικής πλευράς, δεν είναι πειστική η πρόβλεψη του μεγάλου αριθμού τομέων εξαιρέσεως. Οι εν λόγω ρυθμίσεις ήσαν το τίμημα για τον πολιτικό συμβιβασμό της έκδοσης της οδηγίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα συναφώς είναι η κατ'αποτέλεσμα επιτυχής ευρωπαϊκή πρωτοβουλία των πολιτών κατά της ένταξης της ύδρευσης στον τομέα εφαρμογής της οδηγίας και η σχετική επιχειρηματολογία κατά της ιδιωτικοποίησης, η οποία κατοχυρώθηκε στις διακηρυκτικές διατάξεις των άρθρων 2 και 4 της οδηγίας. Σε τελική ανάλυση, πάντως, πρόκειται για την έκφραση του δικαιώματος του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη να θεσπίζει και προδίδωλες κενές περιεχομένου διατάξεις εάν αυτό αντιστοιχεί στη βούληση της πλειοψηφίας. Ανεξαρτήτως αυτού, η αποτελεσματικότητα της οδηγίας περιορίζεται σημαντικά λόγω του μεγάλου αριθμού εξαιρέσεων και ο νομοθετικός σκοπός της επίτευξης ασφάλειας δικαίου προφανώς δεν επετεύχθη πλήρως.

46. Οι διατάξεις για τη διαδικασία σύναψης της παραχώρησης φαίνονται περισσότερο επιτυχείς. Η έλλειψη συγκεκριμένων διαδικαστικών διατάξεων μπορεί να θεωρηθεί ως έκφραση σύγχρονης μη γραφειοκρατικής προσέγγισης, η οποία αποτελούσε και στόχο του νομοθέτη της Ένωσης: «Οι κανόνες του νομοθετικού πλαισίου που διέπουν την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης πρέπει να είναι σαφείς και απλοί... να αντικατοπτρίζουν δεόντως την ιδιαιτερότητα των παραχωρήσεων σε σύγκριση με τις δημόσιες συμβάσεις και να μη δημιουργούν υπερβολική γραφειοκρατία»⁵⁴. Περαιτέρω, λόγω της

σημασίας της αρχής της συνέχειας της δημόσιας υπηρεσίας, πρέπει να αποφεύγονται οι ακυρώσεις για διαδικαστικές πλημμέλειες ήσσονος σημασίας, στόχος που επιτυγχάνεται με τη διαμόρφωση ευέλικτου νομικού πλαισίου. Εξίσου θετικά θα πρέπει να αξιολογηθεί και η διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής των δικονομικών οδηγιών ώστε να καλύπτουν τις συμβάσεις παραχώρησης⁵⁵. Η σύγκλιση του νομικού καθεστώτος του συνόλου των δημοσίων συμβάσεων, παρά τους σημαντικούς περιορισμούς του ρυθμιστικού πεδίου της οδηγίας για τις συμβάσεις παραχώρησης, αποτελεί αναμφίβολα θετική εξέλιξη, για την πλήρη αποτίμηση της οποίας είναι αναγκαία η εφαρμογή των νέων διατάξεων από τις εθνικές αρχές και ο έλεγχός τους από τον δικαστή⁵⁶.

55. Βλ. άρθρα 46 και 47 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

56. Θα πρέπει να αναφερθεί συναφώς η απόφαση ΣτΕ ΕΑ 415/2014, που αφορά μικτή σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών και έργων συναπτόμενη από ΝΠΙΔ (ΟΛΠ ΑΕ) και ερμηνεύει τις διατάξεις για το πεδίο εφαρμογής του Ν. 3886/2010 και τη δικαιοδοσία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Το βασικό ενδιαφέρον της απόφασης έγκειται στο γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας (ΟΛΠ ΑΕ) επικαλέστηκε ως εφαρμοστέο νομοθετικό καθεστώς στην υπό σύναψη σύμβαση την οδηγία 2014/23/ΕΚ, η οποία δεν έχει ακόμη ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο ούτε παρήλθε η προθεσμία μεταφοράς της. Η Επιτροπή Αναστολών, με περισσή μαεστρία, διατύπωσε ενδιαφέρουσα συλλογιστική σχετικά με το ζήτημα αν είναι δυνατή η οικειοθελής εφαρμογή οδηγίας που δεν έχει ακόμη ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο, διότι δεν έχει λήξει η προθεσμία μεταφοράς της, χωρίς, πάντως, να πάρει σαφή θέση (ιδίως σκέψη 8 της απόφασης). Γίνεται μνεία των αποφάσεων του ΔΕΕ, το οποίο έχει ήδη αντιμετωπίσει την περίπτωση στην οποία συντελείται διαδοχή κατά χρόνο δύο οδηγιών, κατά τρόπο που κατά την περίοδο μεταφοράς της νεότερης οδηγίας υφίστατο ήδη εφαρμοστέα και πλήρως μεταφερθείσα στην εθνική έννομη τάξη οδηγία. Πράγματι, στην υπόθεση *Hochtief AG* (*Hochtief AG και Linde-Kca-Dresden* (C-138/08, EU:C:2009:627)), στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης διοικητικής σύμβασης κατά τη διάρκεια της οποίας έληξε η προθεσμία μεταφοράς νέας οδηγίας, το Δικαστήριο απεφάνθη, στηριζόμενο στην αρχή της ασφάλειας δικαίου, ότι η εν λόγω οδηγία δεν είχε εφαρμογή επί απόφασης της αναθέτουσας αρχής ληφθείσας στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και πριν από την παρέλευση της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας αυτής στην εσωτερική έννομη τάξη. Στην υπόθεση εκείνη, το Δικαστήριο βασίστηκε στην απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, με την οποία είχε ήδη κρίνει ότι μια οδηγία δεν είχε εφαρμογή σε διαδικασία κινηθείσα πριν την παρέλευση της προθεσμίας μεταφοράς της. Όπως προαναφέρθηκε, η Επιτροπή Αναστολών, χωρίς να πάρει σαφώς θέση επί του ζητήματος, αφού αυτό δεν ήταν αναγκαίο τουλάχιστον στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, επισήμανε, στη σκέψη 8 της απόφασης ΕΑ 415/2015, ότι, «*υφ' οιασδήποτε εκδοχή*», δηλαδή είτε γίνει δεκτό ότι λαμβάνεται υπόψη η οδηγία 2014/23/ΕΕ είτε όχι, «*εφόσον η υπό ανάθεση σύμβαση παραχώρησης παρουσιάζει, ως εκ του αντικειμένου της «βέβαιο διασυννοριακό ενδιαφέρον»*, η επίδικη διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τους θεμελιώδεις κανόνες της ΣΛΕΕ, τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας και της ίσης μεταχείρισης καθώς και τη συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας», οι οποίες, ενσωματώνονται και στην εν λόγω οδηγία.

53. Βλ. συναφώς ΣτΕ ΕΑ 406, 407, 408, 415/2014, 195, 213, 378/2013, 234, 250/2012, 676/2011.

54. Αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.