

**Πάντειο Πανεπιστήμιο**

**ΓΕΝΙΚΟ ΤΜΗΜΑ ΔΙΚΑΙΟΥ**

**Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών**

**«Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση»**

**Ακαδημαϊκό Έτος 2008-2009**

## **ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ**

### **ΟΙ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΚ**

**Επιβλέπουσα Καθηγήτρια : Λέκτορας κα Χρυσούλα Μουκίου**

**Μεταπτυχιακή φοιτήτρια**

**Μαργαρίτα Κανάβα**

## ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

<b>ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ .....</b>	<b>σελ.4</b>
---------------------------------------	--------------

### ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ

<b>Το ΔΕΚ ως παράγων ενοποίησης του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων .....</b>	<b>σελ. 12</b>
---	----------------

<b>I. Η υπαγωγή από το ΔΕΚ των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στην κοινοτική έννομη τάξη .....</b>	<b>σελ. 12</b>
---	----------------

<b>A. Από την μη ένταξη στο κανονιστικό πεδίο των κοινοτικών οδηγιών .....</b>	<b>σελ. 12</b>
--	----------------

1. Η «καταγραφή» του φαινομένου .....

2. Η ερμηνεία της οδηγίας 92/50 .....

3. Η «πανηγυρική» διατύπωση της μη εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών .....

<b>B. ... στην εφαρμογή των διατάξεων των Συνθηκών και των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου .....</b>	<b>σελ. 19</b>
---	----------------

1. Οι εφαρμοστέες διατάξεις της ΣυνθΕΚ.....

2. Η υπαγωγή στις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου .....

<b>II. Η εννοιολογική αποσαφήνιση των συμβάσεων παραχώρησης .....</b>	<b>σελ. 27</b>
---	----------------

<b>A. Βασικά χαρακτηριστικά συμβάσεων παραχώρησης .....</b>	<b>σελ. 28</b>
---	----------------

1. Η «δυναμική» θέση των Γενικών Εισαγγελιών .....

2. Οι προβλέψεις της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης .....

3. Η «φειδωλή» θέση του Δικαστηρίου .....

<b>B. Η διάκριση των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας από τις άλλες συμβατικές μορφές του πεδίου των δημοσίων συμβάσεων .....</b>	<b>σελ. 33</b>
--	----------------

<b>1. Το πρόβλημα των μικτών συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών .....</b>	<b>σελ 34</b>
--	---------------

3. Η διάκριση σύμβασης υπηρεσίας και σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας .....	σελ. 37
---	---------

## **ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ**

<b>Οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας ως μηχανισμός από το ΔΕΚ για την περιφρούρηση των κοινοτικών δικαιωμάτων .....</b>	<b>σελ. 42</b>
--	----------------

<b>I. Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και η ελευθερία οργάνωσης των αναθετουσών αρχών .....</b>	<b>σελ. 42</b>
--	----------------

A. Το πρόβλημα των «in house» αναθέσεων: η εξαίρεση από την υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού .....	σελ. 43
--	---------

1. Ο βαθμός συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής .....
2. Η επιρροή της νομολογίας Teckal .....
3. Η εφαρμογή της εξαίρεσης .....

B. Η συσταλτική ερμηνεία της εξαίρεσης .....	σελ. 48
--	---------

1. Η αξιολογική εκτίμηση των κριτηρίων από την Γενική Εισαγγελέα .....
2. Η ρεαλιστική προσέγγιση του Δικαστηρίου .....

<b>II. Η διεύρυνση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας .....</b>	<b>σελ. 56</b>
--	----------------

A. Η επίδραση της νομολογίας επί των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στην εφαρμογή της οδηγίας 89/665 .....	σελ. 57
---	---------

B. Η ευρύτερη κοινοτική αντίληψη της παραχώρησης υπηρεσίας .....	σελ. 61
--	---------

<b>ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ .....</b>	<b>σελ. 65</b>
---------------------------	----------------

<b>ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ- ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ .....</b>	<b>σελ. 68</b>
--	----------------

<b>ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΕΚ .....</b>	<b>σελ. 72</b>
----------------------------	----------------

## ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Σε εθνικό επίπεδο οι συμβάσεις δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (αποκαλούμενες εφεξής για λόγους συντομίας δημόσιες συμβάσεις) αποτελούν ένα ιδιαίτερος χρήσιμο εργαλείο για την υλοποίηση έργων υποδομής, την άσκηση οικονομικής και κοινωνικής πολιτικής, την ανάπτυξη της περιφέρειας κ.α<sup>1</sup>. Σε κοινοτικό επίπεδο οι δημόσιες συμβάσεις εξυπηρετούν έναν διαφορετικό στόχο. Καθώς αντιπροσωπεύουν ένα σημαντικό μέρος της ευρωπαϊκής αγοράς<sup>2</sup> είναι άρρηκτα συνδεδεμένες με την προσπάθεια επίτευξης της ευρωπαϊκής ενοποίησης<sup>3</sup>.

Ήδη από το 1985, και μετά την πρώτη αποτυχημένη απόπειρα δημιουργίας ενός κοινοτικού δικαίου δημοσίων συμβάσεων<sup>4</sup>, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή τοποθέτησε τις δημόσιες συμβάσεις στην πρώτη θέση των προτεραιοτήτων της, αναγνωρίζοντας ότι η ανάγκη αντιμετώπισης της διακριτικής μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων διαγωνισμών συνιστά στοιχείο - κλειδί της ευρωπαϊκής δράσης<sup>5</sup>. Η δημιουργία ενός συστήματος ανοικτών και ανταγωνιστικών αγορών επιτρέπει αφενός μεν στους πολίτες της Ένωσης να απολαύουν τα πλεονεκτήματα ενός χώρου δίχως εσωτερικά σύνορα αφετέρου δε στους οικονομικούς φορείς να επωφελούνται δια της ευχέρειας ελεύθερης άσκησης της δραστηριότητάς τους και συμμετοχής στην υλοποίηση των υποδομών<sup>6</sup>.

Δεδομένου όμως ότι η ανοικτή οικονομία της αγοράς επιτάσσει την ενεργό παρουσία του ιδιωτικού τομέα, ολοένα και περισσότεροι κρατικοί φορείς άρχισαν να προσφεύγουν και στην ιδιωτική χρηματοδότηση για την πραγματοποίηση βασικών υποδομών. Προς τον σκοπό δε επίτευξης μέγιστης αποδοτικότητας και αποτελεσματικότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών παρατηρείται η τάση τα κράτη να

---

<sup>1</sup> Βλ. Μαυρομάτη Αργυρώ, Το νέο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ένα βήμα μπροστά, ΕΕΕυρΔ, 2005, σελ. 104-105.

<sup>2</sup> Το 2002 αντιπροσώπευαν το 16,3 του ακαθάριστου κοινοτικού προϊόντος, ενώ το 1996 ήταν 11%, Βλ. Μαυρομάτη Αργυρώ ό.π., σελ. 101.

<sup>3</sup> Βλ. Τροβά Ελένη - Κούτρας Δημήτρης, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και το δίκαιο της απελευθέρωσης του διεθνούς εμπορίου, Εκδ. Α. Σάκουλας 2000, σελ.139επ.

<sup>4</sup> Πρόκειται για τις οδηγίες 71/305 για τις συμβάσεις δημοσίων έργων και 77/62 για τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών.

<sup>5</sup> Βλ. Λευκή Βίβλο της Επιτροπής για την ολοκλήρωση της εσωτερικής αγοράς, COM (85) 310 τελ., Arrowsmith Sue, The Community's legal framework on public procurement: "The way forward "at last?", CMLR,1999, σελ.13.

<sup>6</sup> Βλ. Τροβά Ελένη, ό.π., σελ.141-145.

μην προβαίνουν σε έντονη κανονιστική παρέμβαση σε τομείς που εντάσσονταν παραδοσιακά στην σφαίρα εξουσίας τους, εκχωρώντας στους ιδιωτικούς οικονομικούς φορείς υπηρεσίες που ενδιαφέρουν το ευρύτερο κοινωνικό σύνολο<sup>7</sup>. Το νομικό μέσο που χρησιμοποιείται για την θεμελίωση της συνεργασίας αυτής μεταξύ κρατών-ιδιωτών είναι η σύμβαση παραχώρησης.

Το γεγονός αυτό δεν ήταν δυνατόν να εκφύγει της προσοχής της ευρωπαϊκής πολιτικής και μάλιστα για διττό λόγο: παραδοσιακά οι συμβάσεις παραχώρησης συνδέθηκαν με προνομιακές συμπεριφορές εκτός καθεστώτος ανταγωνισμού, χορήγηση ιδιαίτερων πλεονεκτημάτων και προνομίων<sup>8</sup>. Επιπρόσθετα, λόγω της ανάθεσης δημόσιας εξουσίας σε ιδιώτες ελοχεύει ο κίνδυνος καταστρατήγησης θεμελιωδών ελευθεριών και δικαιωμάτων. Αυτή η «αναδιανομή» των ρόλων κράτους και ιδιώτη στο πεδίο των δημοσίων υπηρεσιών κατέστησε επιτακτική την ανάγκη ένταξης σε συγκεκριμένο ρυθμιστικό πλαίσιο και των συμβάσεων παραχώρησης<sup>9</sup>.

Παρά την ιδιάζουσα πολιτική σπουδαιότητα και οικονομική σημασία των δημοσίων συμβάσεων αλλά και των συμβάσεων παραχώρησης για το κοινοτικό δίκαιο, η Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας δεν καθιερώνει ειδικές διατάξεις για τις συμβάσεις αυτές. Η συμβολή όμως του παραγωγού κοινοτικού δικαίου στον ενλόγω τομέα, όπως εκδηλώθηκε αρχικώς με το σύστημα των οδηγιών του 1993 ήταν λίαν καθοριστική.

Ειδικότερα, με τις οδηγίες 93/36<sup>10</sup>, 93/37<sup>11</sup>, 93/38<sup>12</sup> και 92/50<sup>13</sup> καταβλήθηκε μια προσπάθεια για συντονισμό των εθνικών διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων

---

<sup>7</sup> Βλ. Mattera Antonio, *La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de la transparence et de libéralisation*, RDUE, 2/2000, σελ. 260.

<sup>8</sup> Βλ. Τροβά Ελένη, *ό.π.*, σελ.152. Για μια ιστορική διαδρομή των παραχωρήσεων βλ. Mattera Antonio, *ό.π.*, σελ. 257-259.

<sup>9</sup> Ορισμένοι μάλιστα θεωρητικοί έκαναν λόγο για φαινόμενο απορύθμισης (deregulation) της δημόσιας υπηρεσίας, βλ. Mattera Antonio, *ό.π.*, σελ. 258.

<sup>10</sup> Της 14<sup>ης</sup> Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (EE L 199, 9-8-1993,1).

<sup>11</sup> Της 14<sup>ης</sup> Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (EE L 199, 9-8-1993, 54).

<sup>12</sup> Της 14<sup>ης</sup> Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας και των τηλεπικοινωνιών (EE L 199, 9-8-1993, 84).

<sup>13</sup> Της 18<sup>ης</sup> Ιουνίου 1992, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων υπηρεσιών (EE L 199, 24-7-1992,1).

δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ενώ στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών θεσπίστηκαν πιο «ευέλικτοι» κανόνες<sup>14</sup>. Η δε ρύθμιση των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων μέσω οδηγιών οφείλεται στο γεγονός ότι επαφίεται στο κάθε κράτος μέλος, λαμβανομένων υπόψη των κανονιστικών του ιδιαιτεροτήτων, να προσαρμοστεί στην οδηγία είτε μέσω διοικητικών πρακτικών είτε μέσω ειδικών κανόνων μεταφοράς στην εσωτερική έννομη τάξη<sup>15</sup>.

Κύριος στόχος των προαναφερθεισών οδηγιών ήταν η καθιέρωση συνθηκών διαφάνειας στους δημόσιους διαγωνισμούς. Οι διατάξεις των οδηγιών διασφαλίζουν τον θεμελιώδη αυτό παράγοντα με την υιοθέτηση συγκεκριμένων κανόνων δημοσιότητας, την επιλογή ομοιόμορφων κριτηρίων συμμετοχής, την κατάργηση διακριτικών τεχνικών προδιαγραφών. Θα πρέπει βεβαίως να επισημανθεί ότι οι κοινοτικές οδηγίες δεν εφαρμόζονται στο σύνολο των δημοσίων συμβάσεων αλλά μόνον σε όσες συμβάσεις υπερβαίνουν τα κατώτερα όρια που τίθενται από αυτές<sup>16</sup>.

Ωστόσο, το βήμα ενοποίησης που φαίνεται να συντελείται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων δεν επεκτάθηκε και στις συμβάσεις παραχώρησης. Η μόνη κοινοτική οδηγία που περιέλαβε ειδικές διατάξεις είναι η οδηγία 93/37, η οποία ορίζει τη σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων ως μια σύμβαση που παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια σύμβαση δημοσίων έργων εκτός του ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής<sup>17</sup>. Επίσης, προβλέπονται ορισμένες μόνον υποχρεώσεις δημοσιότητας που αποσκοπούν στην εξασφάλιση της προηγούμενης προκήρυξης διαγωνισμού για τους ενδιαφερόμενους φορείς και της ύπαρξης ελάχιστης προθεσμίας για την παραλαβή των υποψηφιοτήτων καθώς και ορισμένες ρυθμίσεις για τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων από τους

---

<sup>14</sup> Για μια αναλυτική παρουσίαση των οδηγιών αυτών βλ. Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαγγελία, Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο : διαδικασίες ανάθεσης και έννομη προστασία, Εκδ. Σάκκουλας Θεσ/κη, 1995.

<sup>15</sup> Βλ. πρώην άρθρο 249 (νυν 288) ΣυνθΕκ που ορίζει ότι η οδηγία δεσμεύει κάθε κράτος μέλος στο οποίο απευθύνεται, όσον αφορά το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών.

<sup>16</sup> 5.000.000 Ecu για τις συμβάσεις δημοσίων έργων (άρθρο 6 παρ.1 της οδηγίας 93/37), 200.000 Ecu για τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών (άρθρο 5 παρ.1 της οδηγίας 93/36), 200.000 Ecu για τις συμβάσεις δημοσίων υπηρεσιών (άρθρο 7 παρ.1 της οδηγίας 92/50).

<sup>17</sup> Βλ. άρθρο 1 στοιχείο δ της οδηγίας.

αναδόχους αυτών των παραχωρήσεων<sup>18</sup>. Αντιθέτως, η οδηγία 92/50 δεν περιλαμβάνει ορισμό της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών<sup>19</sup>, στη δε οδηγία 93/38 για τους «ειδικούς» τομείς απουσιάζει οιαδήποτε ρύθμιση για τις συμβάσεις παραχώρησης είτε έργων είτε υπηρεσιών.

Η έλλειψη ειδικών και συστηματικών κοινοτικών ρυθμίσεων για τις συμβάσεις παραχώρησης είχε ως αποτέλεσμα ο ενλόγω συμβατικός τύπος να αρχίζει να απασχολεί αφενός μεν το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (εφεξής ΔΕΚ ή το Δικαστήριο) αφετέρου δε και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η οποία γινόταν αποδέκτης καταγγελιών περί μη σεβασμού του κοινοτικού δικαίου. Ενόψει τούτου, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή δημοσίευσε, μετά από σχετικές διαβουλεύσεις<sup>20</sup>, Ερμηνευτική Ανακοίνωση για τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο, η οποία έχει ως σκοπό *«την ενημέρωση των ενδιαφερόμενων φορέων σχετικά με τις διατάξεις που διέπουν τις συμβάσεις παραχώρησης στην παρούσα φάση εξέλιξης του κοινοτικού δικαίου, την αποσαφήνιση του ισχύοντος νομικού πλαισίου των συμβάσεων αυτών, τη διασφάλιση και την ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου»*<sup>21</sup>.

Η Ανακοίνωση χαρακτηρίζει ως συμβάσεις παραχώρησης *«...καταλογιστέες στο κράτος πράξεις με τις οποίες μια δημόσια αρχή αναθέτει σε τρίτον είτε πρόκειται για συμβατική είτε για μονομερή πράξη η οποία έτυχε της συναίνεσης του ενλόγω τρίτου την πλήρη ή μερική διαχείριση υπηρεσιών οι οποίες εμπίπτουν κανονικά στον χώρο*

---

<sup>18</sup> Άρθρα 3, 11, 15 και 16 της οδηγίας.

<sup>19</sup> Κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες κατάρτισης αυτής της οδηγίας, η Επιτροπή είχε προτείνει να προβλεφθεί για το ενλόγω είδος παραχώρησης ένα καθεστώς ανάλογο προς εκείνο που προβλέπεται για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, το Συμβούλιο όμως δεν αποδέχτηκε την πρόταση αυτή. Ανέκυψε λοιπόν το ερώτημα μήπως η σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών υπόκειται εξ' ολοκλήρου στο καθεστώς που θεσπίζεται από την οδηγία, με αποτέλεσμα ορισμένοι συγγραφείς να υποστηρίξουν ότι η γραμματική ερμηνεία του άρθρου 1 στοιχ. α της οδηγίας, όπου δίδεται ο ορισμός της σύμβασης δημόσιας υπηρεσίας καλύπτει και τις συμβάσεις παραχώρησης, βλ. για το θέμα αυτό Γκιτσάκη Ιωάννη, Η παραχώρηση της δημόσιας υπηρεσίας και δημοσίου έργου : εννοιολογικά στοιχεία, κανονιστικό πλαίσιο και περιπτώσεις πρακτικής εφαρμογής: κατά το ελληνικό και το ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο, Εκδ. Α. Σάκκουλας, 2007, σελ.1134-1138.

<sup>20</sup> Προηγήθηκε Σχέδιο Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης το οποίο έτυχε διαλόγου μεταξύ των ενδιαφερόμενων φορέων, για το θέμα αυτό βλ. Σκουβακλή Αλέξανδρο, Οι πρόσφατες εξελίξεις στον κοινοτικό προβληματισμό για τις συμβάσεις παραχώρησης, ΕΕΕυρΔ, 2000, σελ. 637-643.

<sup>21</sup> Για ανάλυση της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης βλ. Arnould Joël, Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, RFDA, 2000, p. 1016-1021, Fouassier Christophe, Vers un véritable droit de concessions, Audaces et imprécisions d'une communication interprétative, RTDEur, 2000, p. 675-704, Mattera Antonio, La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de la transparence et de libéralisation, RDUE, 2/2000, p. 253-311.

ευθύνης της και για τις οποίες αυτός ο τρίτος αναλαμβάνει τους κινδύνους εκμετάλλευσης. Οι υπηρεσίες αυτές καλύπτονται από την Ανακοίνωση μόνον εφόσον αποτελούν άσκηση οικονομικής δραστηριότητας κατά την έννοια των άρθρων 43-55 (πρωην 52-66) της ΣυνθΕΚ»<sup>22</sup>. Δεν εμπίπτουν στο πεδίο της Ανακοίνωσης οι 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 μέλη καθώς και οι πράξεις που αφορούν δραστηριότητες μη οικονομικού χαρακτήρα<sup>23</sup>.

Επιπρόσθετα, στην Ανακοίνωση πραγματοποιείται και η οριοθέτηση της έννοιας της σύμβασης παραχώρησης δημοσίων υπηρεσιών, η οποία αφορά κατά κανόνα δραστηριότητες που από τη φύση τους, το αντικείμενό τους και τους ειδικούς κανόνες από τους οποίους διέπονται υπάγονται ή θεωρείται πως πρέπει να υπάγονται στην ευθύνη του Κράτους και μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων<sup>24</sup>.

Η Ερμηνευτική Ανακοίνωση αν και καταγράφει το νομικό πλαίσιο των συμβάσεων παραχώρησης δεν έχει κανονιστική ισχύ και δεσμευτικό χαρακτήρα, ούτε θεσπίζει κανόνες δικαίου. Είναι μια συλλογή των διαπιστώσεων της ήδη διαμορφωθείσας σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ και ένας οδηγός για την αποσαφήνιση των κανόνων του παιχνιδιού όπως αναφέρει και η ίδια<sup>25</sup>. Το δε πολιτικό μήνυμα της Ανακοίνωσης είναι έκδηλο, αφού τα κράτη –μέλη δεν δύνανται πλέον να προκαθορίζουν προνομιούχες κατηγορίες ιδιωτικών επιχειρήσεων στις οποίες θα αναθέτουν τις δημόσιες υπηρεσίες με την κατάργηση της *intuitu personae* επιλογής αναδόχων<sup>26</sup>.

Εύλογα βέβαια θα μπορούσε να αναρωτηθεί κανείς γιατί επιλέχθηκε το εργαλείο της ερμηνευτικής ανακοίνωσης για την μοναδική μέχρι στιγμής συστηματική αντιμετώπιση εξ' απόψεως κοινοτικού δικαίου των συμβάσεων παραχώρησης. Η επιλογή αυτή της Επιτροπής φαίνεται να βασίζεται στη λογική ότι πριν τη θέσπιση

---

<sup>22</sup> Παρ. 2.4 της Ανακοίνωσης.

<sup>23</sup> Παρ. 2.4 της Ανακοίνωσης.

<sup>24</sup> Παρ. 2.2 της Ανακοίνωσης.

<sup>25</sup> Βλ. Τροβά Ε., ό.π., σελ 94επ.

<sup>26</sup> Βλ. Mattera A, ό.π., σελ. 263.



οιουδήποτε κανόνα είναι αναγκαία η προηγούμενη επεξεργασία κάθε νομοθετικού κειμένου αλλά και η δοκιμασία των ήδη εφαρμοζόμενων κανόνων και γενικών αρχών. Αφού δε συντελεστεί αυτή η διεργασία, η επέλευση ενός νέου νομοθετικού κειμένου μπορεί να εγγυηθεί την αποτελεσματικότητα των δικαιωμάτων που θα αναγνωριστούν στους οικονομικούς φορείς<sup>27</sup>. Περαιτέρω, αξίζει να επισημανθεί ότι οι ερμηνευτικές ανακοινώσεις δεν στερούνται νομικής αξίας. Όχι μόνον συνιστούν αδιαμφισβήτητα μια θεωρητική πηγή ερμηνείας και εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου αλλά εντάσσονται από ορισμένους σε μια μορφή ήπιου δικαίου (soft law)<sup>28</sup>.

Είναι όμως φανερό ότι η Ερμηνευτική Ανακοίνωση δεν εξασφαλίζει τη δημιουργία ενός εναρμονισμένου ρυθμιστικού πλαισίου για τις συμβάσεις παραχώρησης. Η έκδοσή της μάλλον αποτελεί ένα μεταβατικό στάδιο, γεγονός που οδήγησε αρκετούς θεωρητικούς να υποστηρίζουν ότι πρέπει να είναι εντονότερες και αυστηρότερες οι κοινοτικές παρεμβάσεις στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης και να λάβουν είτε τη μορφή ειδικής οδηγίας για τις συμβάσεις αυτές είτε ειδικών ρυθμίσεων στο πλαίσιο των ήδη υφιστάμενων οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις<sup>29</sup>.

Η αναδιαμόρφωση των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις θα μπορούσε να αποτελέσει μια κατάλληλη αφορμή για την πραγμάτωση του ανωτέρου σκοπού. Οι νέες οδηγίες 2004/17<sup>30</sup> και 2004/18<sup>31</sup> αποβλέπουν καταρχήν στην απλοποίηση και ενοποίηση του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων αφού οι αρχικές οδηγίες οργανώνονται σε δυο κείμενα, η δε παρουσίαση των διατάξεων ακολουθεί τα διαφορετικά στάδια σύναψης μιας σύμβασης. Περαιτέρω, οι νέες οδηγίες εισάγουν καινοτόμες ρυθμίσεις, όπως τον «ανταγωνιστικό διάλογο» και τη χρήση της ηλεκτρονικών διάγωνιστικών διαδικασιών. Η διαφάνεια αποτελεί και πάλι κομβικό στοιχείο των εν λόγω οδηγιών. Η επιλογή των αναδόχων στηρίζεται αφενός μεν σε τυποποιημένα κείμενα προκηρύξεων, κοινό λεξιλόγιο και ονοματολογία αναφοράς

---

<sup>27</sup> Βλ. Mattera A, ό.π., σελ. 302.

<sup>28</sup> Βλ. Fouassier C, ό.π., σελ. 699-700.

<sup>29</sup> Βλ. Γκιτσάκη Ι., ό.π., σελ. 1018επ.

<sup>30</sup> Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 134 της 30/04/2004 σ. 0001 – 0113.

<sup>31</sup> Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 134 της 30/04/2004 σ. 0114 – 0240.

κυρίως δε σε αντικειμενικά κριτήρια, η στάθμιση των οποίων από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι εκ των προτέρων γνωστή στον προσφέροντα<sup>32</sup>.

Μολονότι οι νέες οδηγίες ανατανακλούν εμφανώς την εξέλιξη της νομολογίας του ΔΕΚ στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και πάλι οι ρυθμίσεις που εμπεριέχουν για τις συμβάσεις παραχώρησης είναι ελάχιστες, συνιστούν δε μια επανάληψη των ήδη υφιστάμενων στις αρχικές οδηγίες<sup>33</sup>. Ειδικώς δε οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας αποκλείονται ρητώς από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18<sup>34</sup>.

Από την ως άνω σύντομη παρουσίαση της εξελικτικής πορείας του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων ίσως να δημιουργηθεί η εντύπωση ότι οι συμβάσεις παραχώρησης και δη υπηρεσιών να μεν παρουσιάζουν ενδιαφέρον στην προσπάθεια υλοποίησης της ευρωπαϊκής ενοποίησης αλλά δεν έχει απαιτηθεί μέχρι στιγμής δραστική κοινοτική παρέμβαση επί αυτών. Είναι όμως δυνατόν η κοινοτική έννομη τάξη να ανέχεται το γεγονός συμβάσεις ιδιάζουσας σημασίας όπως οι παραχωρήσεις υπηρεσίας να εκφεύγουν οιασδήποτε ρύθμισης ως προς τις διαδικασίες ανάθεσής τους;

Με την παρούσα εργασία καταβάλλεται προσπάθεια να δοθεί απάντηση στο προαναφερθέν ερώτημα. Σημείο δε εκκίνησης αποτελεί η αδιαμφισβήτητη παραδοχή ότι ο περιορισμός της εξέτασης από απόψεως κοινοτικού δικαίου ενός φαινομένου, εν προκειμένω των συμβάσεων παραχώρησης, μόνον ως προς την ύπαρξη ή μη ειδικών διατάξεων, παραγνωρίζει ένα σημαντικό παράγοντα που, όπως πολλάκις έχει αποδειχθεί, λειτουργεί δημιουργικά προς το κοινοτικό δίκαιο, ήτοι τη νομολογία του ΔΕΚ.

Το πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών αποτελεί ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα του ρόλου του ΔΕΚ στην ενοποίηση του κοινοτικού δικαίου και

---

<sup>32</sup> Για μια παρουσίαση των οδηγιών αυτών βλ. Gonzales-Varas Santiago, Problemes juridiques de la passation des marches publics a la lumiere des directives communautaires des secteurs "speciaux" et des recours, RTDEur, 2004, p. 317-332, Pignon Sophie, Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procedures de passation des marches publics, AJDA, 2004, p. 1411-1416, Μαυρομάτη Αργυρώ, Το νέο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ένα βήμα μπροστά, ΕΕΕυρΔ, 2005, 101-114.

<sup>33</sup> Βλ. άρθρα 57-65 της οδηγίας 2004/18.

<sup>34</sup> Βλ. άρθρο 17 της οδηγίας 2004/18.

ειδικότερα των δημοσίων συμβάσεων (Μέρος Πρώτο). Η ενλόγω ενοποίηση πραγματοποιήθηκε σε δύο επίπεδα : Αν και αρχικώς η νομολογία του ΔΕΚ παρουσίασε διακυμάνσεις καθώς αποδεχόταν την μη υπαγωγή των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων παραχώρησης στις εξαντλητικές ρυθμίσεις των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, προοδευτικά υπέβαλε τον υπό κρίση συμβατικό δίκαιο στο σύστημα των διατάξεων της Συνθήκης αλλά και των γενικών αρχών που στοχεύουν στην πραγμάτωση του οράματος του ενιαίου ευρωπαϊκού χώρου (I). Παράλληλα, το ΔΕΚ συνέβαλε στην ένταξη των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων με την αποσαφήνιση κρίσιμων θεμάτων που αφορούν αφενός μεν τον πυρήνα της έννοιας του ενλόγω συμβατικού τύπου αφετέρου δε τα κριτήρια διάκρισής του από τις άλλες συγγενείς συμβάσεις (II).

Από την άλλη πλευρά, τα πορίσματα της νομολογίας του ΔΕΚ επί των συμβάσεων παραχώρησης καταδεικνύουν την καταλυτική επίδραση του δικαιοδοτικού αυτού οργάνου στην προστασία των θεμελιωδών κοινοτικών ελευθεριών (Μέρος Δεύτερο). Ασκώντας ουσιαστικό έλεγχο στις επιλογές και τη δράση των αναθετουσών αρχών το ΔΕΚ συμβάλλει αποφασιστικά στην προστασία του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού στην ενιαία ευρωπαϊκή αγορά (I). Η δε ιδιομορφία και ρευστότητα του πεδίου της παραχώρησης υπηρεσίας χρησιμοποιήθηκε από το ΔΕΚ ως μέσο διεύρυνσης της παρεχόμενης στους ιδιώτες δικαστικής προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (II).

## **ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ**

### **Το ΔΕΚ ως παράγων ενοποίησης του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων**

Η μη ρύθμιση των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας από τον κοινοτικό νομοθέτη δεν αποτέλεσε για το Δικαστήριο κριτήριο για τον αποκλεισμό οιονδήποτε ελέγχου επ' αυτών. Αντιθέτως, οδήγησε σε μια νομολογιακή επέμβαση που χαρακτηρίζεται από την προσπάθεια εξεύρεσης των παραγόντων εκείνων που επιβάλλουν την ενότητα προσέγγισης με το ήδη διαμορφωμένο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Πρώτο δε βήμα συνιστά η εξέταση της διαδικασίας ανάθεσης του συγκεκριμένου συμβατικού τύπου υπό το πρίσμα των απαιτήσεων του κοινοτικού δικαίου.

#### **I. Η υπαγωγή από το ΔΕΚ των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στην κοινοτική έννομη τάξη**

Η διαδρομή της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας στη νομολογία του ΔΕΚ εκκινεί με την εμφάνιση της σε υποθέσεις σχετιζόμενες με την προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων και των θεσμοθετημένων τους περιορισμών για να αποτελέσει στη συνέχεια αντικείμενο ιδιαίτερης προσέγγισης μέσω της ανάλυσης των κοινοτικών οδηγιών.

##### **A. Από τη μη ένταξη στο κανονιστικό πεδίο των οδηγιών...**

Στις αρχικές του αποφάσεις το ΔΕΚ αντιμετώπισε περιπτώσεις όπου κράτη-μέλη, μη επιθυμώντας να απεκδυθούν της άσκησης δημόσιας εξουσίας, χρησιμοποίησαν τον συμβατικό τύπο της παραχώρησης ως μέσο για την εκ μέρους τους διατήρηση της παροχής δημοσίων υπηρεσιών.

##### ***1. Η «καταγραφή» του φαινομένου***

Η νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας συνδέθηκε αρχικώς με την ερμηνεία του άρθρου 45 (πρωην 55) της ΣυνθΕΚ,

σύμφωνα με το οποίο εξαιρούνται από την ελευθερία εγκατάστασης αναφορικά με το ενδιαφερόμενο κράτος – μέλος «...οι δραστηριότητες που συνδέονται στο κράτος αυτό, έστω και περιστασιακά, με την άσκηση δημόσιας εξουσίας».

Το Δικαστήριο αν και επικεντρώθηκε στην οριοθέτηση του ρυθμιστικού πεδίου της εξαίρεσης δεν επέμεινε στην ανάλυση της νομικής μορφής που υιοθετήθηκε από τα κράτη μέλη για την άσκηση της δραστηριότητας. Ειδικότερα, στην υπόθεση Data Processing<sup>35</sup> τέθηκε στην κρίση του Δικαστηρίου η ισχύουσα στην Ιταλία κανονιστική ρύθμιση που παρείχε τη δυνατότητα στο κράτος να συνάπτει συμβάσεις («παραχώρησης»), σχετικά με την εγκατάσταση συστημάτων πληροφορικής για λογαριασμό της δημόσιας διοίκησης, αποκλειστικά με τις εταιρίες στις οποίες το κράτος ή ο δημόσιος τομέας μετέχουν κατά πλειοψηφία ή ελέγχουν πλήρως, άμεσα ή έμμεσα.

Για να δικαιολογήσει τον όρο της συμμετοχής του δημόσιου τομέα η ιταλική κυβέρνηση υποστήριξε ότι οι δραστηριότητες που είναι συναφείς προς τη λειτουργία των συστημάτων πληροφορικής συνδέονται, ως εκ του εμπιστευτικού τους χαρακτήρα, με την άσκηση δημόσιας εξουσίας κατά την έννοια του άρθρου 55 ΣυνθΕΚ<sup>36</sup>. Η εν λόγω επιχειρηματολογία αντικρούστηκε από το Δικαστήριο το οποίο υπογράμμισε ότι οι δραστηριότητες που χαρακτηρίζονται από τις εθνικές αρχές ως δημόσιες υπηρεσίες δεν εμπίπτουν αυτόματα στην εξαίρεση του άρθρου 55 ΣυνθΕΚ.

Υπενθυμίζοντας την παγία νομολογία του σύμφωνα με την οποία η εξαίρεση από την ελευθερία εγκαταστάσεως που προβλέπεται στο άρθρο 55 ΣυνθΕΚ πρέπει να περιορίζεται σε εκείνες τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα (πρώην) άρθρα 52 και 59 (νυν 43<sup>37</sup> και 49<sup>38</sup>) ΣυνθΕΚ οι οποίες, καθεαυτές, συνεπάγονται άμεση και

<sup>35</sup> C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 5<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 1989, Συλλ. 1989, I-4035.

<sup>36</sup> Βλ. σκέψη 12 της απόφασης.

<sup>37</sup> Το άρθρο 43 της ΣυνθΕΚ ορίζει ότι «Στο πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στην επικράτεια ενός άλλου κράτους μέλους απαγορεύονται. Η απαγόρευση αυτή εκτείνεται επίσης στους περιορισμούς για την ίδρυση πρακτορείων, υποκαταστημάτων ή θυγατρικών εταιρειών από τους υπηκόους ενός κράτους μέλους που είναι εγκατεστημένοι στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους.

Η ελευθερία εγκαταστάσεως περιλαμβάνει την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων, καθώς και τη σύσταση και τη διαχείριση επιχειρήσεων, και ιδίως εταιρειών κατά την έννοια του άρθρου 48 παράγραφος 2, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζονται από τη νομοθεσία

ειδική συμμετοχή στην άσκηση της δημόσιας εξουσίας<sup>39</sup>, το ΔΕΚ έκρινε εν προκειμένω ότι, οι εν λόγω δραστηριότητες που αφορούν τον σχεδιασμό, το λογισμικό και τη διαχείριση συστημάτων πληροφορικής είναι τεχνικής φύσεως και, επομένως, άσχετες προς την άσκηση της δημόσιας εξουσίας<sup>40</sup>.

Επί τη βάσει του ιδίου σκεπτικού το Δικαστήριο δεν δέχθηκε την εφαρμογή της εξαίρεσης του άρθρου 45 ΣυνθΕΚ και στην υπόθεση *Lottomatica*<sup>41</sup>. Εν προκειμένω, η ιταλική κυβέρνηση είχε προκηρύξει διαγωνισμό για την ανάθεση του συστήματος αυτοματοποίησης του ιταλικού παιχνιδιού *lotto*, επιφυλάσσοντας τη συμμετοχή μόνο σε επιχειρήσεις των οποίων το κεφάλαιο, είτε χωριστά είτε ως σύνολο, ελεγχόταν κατά πλειοψηφία από το δημόσιο.

Κατά την ιταλική κυβέρνηση, οι δραστηριότητες που θα παραχωρηθούν μέσω του διαγωνισμού αποτελούν μέρος της εξουσίας οργάνωσης, επιθεώρησης και βεβαίωσης, η οποία επιφυλάσσεται αυστηρώς στο δημόσιο<sup>42</sup>. Αντιθέτως, ο Γενικός Εισαγγελέας υποστήριξε την άποψη ότι η εισαγωγή του συστήματος αυτοματοποίησης, το οποίο, κατά την οικεία πρόσκληση προς υποβολή προσφορών, καλύπτει τα γραφεία, τις προμήθειες, την εγκατάσταση, τη συντήρηση, τη λειτουργία, τη διαβίβαση δεδομένων, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο στοιχείο για την εκμετάλλευση του παιχνιδιού *lotto*, ουδεμία μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας προς τον παραχωρησιούχο συνεπάγεται όσον αφορά τις διάφορες εργασίες που συνδέονται με το παιχνίδι *lotto*<sup>43</sup>.

---

της χώρας εγκαταστάσεως για τους δικούς της υπηκόους, με την επιφύλαξη των διατάξεων του κεφαλαίου της παρούσας συνθήκης που αναφέρονται στην κυκλοφορία κεφαλαίων».

<sup>38</sup> Το άρθρο 59 ΣυνθΕΚ ορίζει ότι: «Στο πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Κοινότητας απαγορεύονται όσον αφορά τους υπηκόους των κρατών μελών που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος της Κοινότητας άλλο από εκείνο του αποδέκτου της παροχής».

Το Συμβούλιο, προτάσει της Επιτροπής, δύναται με ειδική πλειοψηφία να επεκτείνει το ευεργέτημα των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου και σε υπηκόους τρίτου κράτους που παρέχουν υπηρεσίες και είναι εγκατεστημένοι στο εσωτερικό της Κοινότητας».

<sup>39</sup> Το Δικαστήριο παρέπεμψε στην απόφαση της 21ης Ιουνίου 1974, *Reyners*, C-2/74, Συλλ. 1974, σ. 631.

<sup>40</sup> Βλ. σκέψη 13 της απόφασης.

<sup>41</sup> C-272/91, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 26 Απριλίου 1994, Συλλ. 1994, σελ. 1-409, επίσης σε Αρμ. 1995, σελ. 255-256.

<sup>42</sup> Σκέψη 5 της απόφασης.

<sup>43</sup> Σκέψεις 18-23 των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

Το Δικαστήριο υιοθετώντας τις ως άνω προτάσεις έκρινε ότι οι μεταβιβαζόμενες στον παραχωρησιούχο παροχές του συστήματος αυτοματοποίησης του παιχνιδιού lotto που συνίστανται, κυρίως, στον σχεδιασμό του συστήματος πληροφορικής και του αναγκαίου λογισμικού, καθώς και στη διαχείριση του συστήματος αυτού αποτελούν παροχές τεχνικής φύσεως που δεν σχετίζονται με την άσκηση δημόσιας εξουσίας<sup>44</sup>.

Εκ της ανωτέρω νομολογίας συνάγεται το συμπέρασμα ότι μια υπηρεσία που αποτελεί αντικείμενο εκχώρησης από τις αρμόδιες κρατικές αρχές δύναται να ενέχει μια διάσταση δημόσιας ωφέλειας, χωρίς ωστόσο η ενλόγω υπηρεσία να συνδέεται απαραίτητα και με την άσκηση δημόσιας εξουσίας<sup>45</sup>. Τούτο όμως σημαίνει ότι η έννοια της δημόσιας υπηρεσίας δεν συμβαδίζει πάντοτε με την άσκηση της δημόσιας εξουσίας και άρα είναι δυνατόν να παραχωρείται σε ιδιωτικούς φορείς μιας υπηρεσία δίχως να γίνεται και μετακύλιση σε αυτούς προνομίων της δημόσιας εξουσίας<sup>46</sup>.

Επιβεβαιώνοντας τη θέση αυτή στην υπόθεση C- 147/86 Επιτροπή κατά Ελλάδος το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι όταν οι ιδιωτικές δραστηριότητες που αποτελούν αντικείμενο παραχώρησης εξακολουθούν να τελούν υπό τον έλεγχο της δημόσιας εξουσίας, η οποία διαθέτει πρόσφορα μέσα για να προστατεύει, εν πάση περιπτώσει, τα συμφέροντα για τα οποία φέρει την ευθύνη, δεν απαιτείται περιορισμός στην ελευθερίας εγκατάστασης<sup>47</sup>.

Μετά την θέσπιση της οδηγίας 92/50 ανέκυψαν διάφορα ζητήματα σχετιζόμενα με την ερμηνεία των διατάξεών της, τα οποία το ΔΕΚ κλήθηκε να αποσαφηνίσει, αν και, όπως έχουμε ήδη ανωτέρω επισημάνει, η ενλόγω οδηγία δεν περικλείει καμία διάταξη σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας.

---

<sup>44</sup> Σκέψεις 6-7 και 12 της απόφασης.

<sup>45</sup> Βλ. Mattered, οπ.π. σελ. 287.

<sup>46</sup> Βλ. Γκιτσάκη, οπ.π. σελ. 1025.

<sup>47</sup> Απόφαση της 15<sup>ης</sup> Μαρτίου 1988. Στην ενλόγω απόφαση το Δικαστήριο δεν έκανε δεκτό ότι η απλή ίδρυση από ιδιώτη φροντιστηρίου ή σχολής επαγγελματικής εκπαίδευσης συνδέεται με την άσκηση δημόσιας εξουσίας κατά την έννοια του άρθρου 55 της Συνθήκης. Κατά την ελληνική κυβέρνηση ωστόσο η παιδεία αποτελεί βασική αποστολή του κράτους, έχει δε ως σκοπό την ηθική και πνευματική αγωγή των Ελλήνων και την ανάπτυξη της εθνικής συνειδήσεώς τους. Για το λόγο αυτό οι ιδιώτες που ασκούν τέτοιες δραστηριότητες το πράττουν κατά παραχώρηση της δημόσιας εξουσίας.

## 2. Η ερμηνεία της οδηγίας 92/50

Με αφορμή το άρθρο 6 της οδηγίας 92/50 σύμφωνα με το οποίο «Οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας δεν εφαρμόζονται για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών με φορέα που αποτελεί ο ίδιος αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 1, στοιχείο β', δυνάμει αποκλειστικού δικαιώματος που του παρέχεται βάσει δημοσιευμένων νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων, εφόσον οι διατάξεις αυτές είναι σύμφωνες με τη Συνθήκη», στην υπόθεση BFI Holding BV<sup>48</sup> που αφορούσε σύμβαση μεταξύ ενός δήμου και μιας εταιρείας μικτής οικονομίας για την παροχή υπηρεσιών περισυλλογής οικιακών απορριμάτων, το ΔΕΚ παρατήρησε ότι η εν λόγω οδηγία δεν περιέχει καμία αναφορά στο αν υπηρεσίες γενικού συμφέροντος μπορούν ή όχι να εξυπηρετηθούν και από ιδιωτικές επιχειρήσεις<sup>49</sup>.

Περαιτέρω, το ΔΕΚ απέφυγε να χαρακτηρίσει την επίδικη σχέση κρίνοντας ότι «χωρίς να είναι απαραίτητο να ερμηνευθεί η έννοια της παραχώρησης δημοσίας υπηρεσίας, που δεν αποτελεί αντικείμενο των ερωτημάτων που υποβλήθηκαν από το εθνικό δικαστήριο, αρκεί η παρατήρηση ότι από τις πληροφορίες που παρέσχαν οι Δήμοι απαντώντας σε ερώτηση του Δικαστηρίου ... προκύπτει ότι η ARA αμείβεται αποκλειστικά με την καταβολή ορισμένης αμοιβής και όχι διά της παροχής του δικαιώματος εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας»<sup>50</sup>, απορρίπτοντας τις γραπτές παρατηρήσεις της γαλλικής κυβέρνησης, η οποία υποστήριξε, για να εξαιρεθεί η υπό κρίση σύμβαση από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, ότι, για να υπάρχει παραχώρηση δημοσίας υπηρεσίας κατά το κοινοτικό δίκαιο, πρέπει ο συμβαλλόμενος να αμείβεται είτε διά της παροχής του δικαιώματος εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας, είτε διά της παροχής αυτού του δικαιώματος σε συνδυασμό με ορισμένη αμοιβή<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> C-360/96, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV, απόφαση της 10 Νοεμβρίου 1998, Συλλ. 1998, I-6821, επίσης σε Αρμ. 1999, σελ. 288 με παρατηρήσεις Γ. Τσερκέζη.

<sup>49</sup> Σκέψη 40 της απόφασης.

<sup>50</sup> Σκέψη 25 της απόφασης.

<sup>51</sup> Σκέψη 24 της απόφασης. Η θέση αυτή της γαλλικής κυβέρνησης στηριζόταν στη απόφαση του Conseil d'Etat της 15/4/1996 Préfet des Bouches de Rhone, σύμφωνα με την οποία παραχώρηση δημοσίας υπηρεσίας είναι η σύμβαση με την οποία το σύνολο ή ένα μέρος του συμβατικού ανταλλάγματος δίδεται στον αντισυμβαλλόμενο μέσω της εκμετάλλευσης του έργου, βλ. επίσης Τροβά, οπ.π., σελ. 93.



Στην υπόθεση R.I.SAN. Srl<sup>52</sup> που αφορούσε την επίλυση διαφοράς σχετικά με την παροχή υπηρεσίας αποκομιδής στερεών αποβλήτων, το ΔΕΚ επεσήμανε πως το αιτούν εθνικό δικαστήριο απέκλεισε ρητώς τη λυσιτέλεια της οδηγίας 92/50 με το αιτιολογικό ότι δεν επρόκειτο για δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών αλλά για εκχώρηση δημοσίας υπηρεσίας<sup>53</sup>. Αν και το ΔΕΚ έκρινε ότι «ασφαλώς, ο ορισμός της έννοιας εκχώρηση δημοσίας υπηρεσίας, σύμφωνα με την κοινοτική κανονιστική ρύθμιση σε θέματα δημοσίων συμβάσεων, καθώς και το ερώτημα αν η εκχώρηση αυτή εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, διέπονται από το κοινοτικό δίκαιο<sup>54</sup>», ωστόσο, τονίζοντας με κομπό τρόπο ότι «το αιτούν δικαστήριο δεν παρέσχε τα πραγματικά στοιχεία που θα ήσαν αναγκαία για να μπορέσει το Δικαστήριο να αποφανθεί επί της ερμηνείας της οδηγίας αυτής»<sup>55</sup> δεν προχώρησε στην εξέταση της νομικής φύσης της συγκεκριμένης σύμβασης<sup>56</sup>.

### **3.Η «πανηγυρική» διατύπωση της μη εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών**

Η μη υπαγωγή των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στις διατάξεις των κοινοτικών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων τονίστηκε από το Δικαστήριο στην υπόθεση Telaustria<sup>57</sup>, η οποία αφορούσε σύμβαση παραχώρησης σχετικά με τη δημιουργία και την έκδοση τηλεφωνικών καταλόγων. Το Δικαστήριο προκειμένου να καθορίσει αν μία τέτοια σύμβαση καλύπτεται από τις διατάξεις της οδηγίας 93/38, εξέτασε το ιστορικό της θέσπισης των διεπουσών τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οδηγιών και, ιδίως, της οδηγίας 92/50.

Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο τόνισε ότι η Επιτροπή είχε ρητώς προτείνει την υπαγωγή της παραχώρησης υπηρεσίας στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας, δεδομένου ότι η υπαγωγή αυτή εδικαιολογείτο από την πρόθεση να εξασφαλιστεί συνοχή στις

<sup>52</sup> C-108/98, απόφαση της 9<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 1999, Συλλογή 1999, σελ. I-5219.

<sup>53</sup> Σκέψη 10 της απόφασης.

<sup>54</sup> Σκέψη 15 της απόφασης.

<sup>55</sup> Σκέψη 16 της απόφασης.

<sup>56</sup> Εμμέσως όμως το Δικαστήριο φαίνεται να συντάσσεται με την θέση του εθνικού δικαστηρίου ότι οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών δεν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, καθώς αναφέρει (σκέψη 20) ότι «σύμφωνα με την ερμηνεία του αιτούντος δικαστηρίου, την ακρίβεια της οποίας το Δικαστήριο αδυνατεί να ελέγξει, η διαφορά της κύριας δίκης δεν άπτεται της συνάψεως δημοσίας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών».

<sup>57</sup> C-324/98, απόφαση της 7<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2000, Συλλ. 2000, σ. I-10745.

διαδικασίες ανάθεσης<sup>58</sup>, η οποία διέπει εν γένει τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών. Εντούτοις, το Συμβούλιο διέγραψε όλες τις μνείες στις παραχωρήσεις 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 παραχώρησης<sup>59</sup>.

Επί τη βάση των ανωτέρω, το Δικαστήριο κατέληξε στην κρίση ότι, αν και διέπεται από την οδηγία 93/38 μια σύμβαση, όπως η επίμαχη στην υπόθεση, στην οποία η αντιπαροχή συνίσταται στο δικαίωμα του αναδόχου να εκμεταλλευθεί τη δική του παροχή, ως ανταμοιβή, αποκλείεται, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής.

Καίτοι η προπαρατεθείσα απόφαση αφορούσε σύμβαση με αντικείμενο υπηρεσίες εμπίπτουσες σε έναν από τους διεπόμενους από την οδηγία 93/38 «ειδικούς» τομείς, από την απόφαση αυτή μπορεί σαφώς να συναχθεί το συμπέρασμα ότι οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας αποκλείονται όχι μόνον από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής αλλά και από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, που εφαρμόζεται γενικώς στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών.

Η θέση αυτή επιβεβαιώθηκε με τη διάταξη του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Buchandler-Vereinigung*<sup>60</sup> με αντικείμενο διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης για την αναπαραγωγή και τη θέση σε κυκλοφορία της γερμανικής εθνικής βιβλιογραφίας

---

<sup>58</sup> Τόσο με την πρόταση της οδηγίας 91/C 23/01 του Συμβουλίου της 13ης Δεκεμβρίου 1990, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, όσο και με την τροποποιηθείσα πρόταση της οδηγίας 91/C 250/05 του Συμβουλίου, της 28ης Αυγούστου 1991, σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών οι οποίες κατέληξαν στην έκδοση της οδηγίας 92/50, η Επιτροπή διευκρίνισε στη δέκατη αιτιολογική σκέψη της προτάσεως οδηγίας της 13ης Δεκεμβρίου 1990 ότι «οι δημόσιες συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών πρέπει να καλύπτονται από την παρούσα οδηγία κατά τον ίδιο τρόπο που η οδηγία 71/305/ΕΟΚ καλύπτει τις παραχωρήσεις δημοσίων έργων». Το ΔΕΚ σημείωσε ότι, αν και η μνεία της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων αποσύρθηκε από τη δέκατη αιτιολογική σκέψη της προτάσεως της 28ης Αυγούστου 1991, η τελευταία πάντως ρητώς διατήρησε τον στόχο της «συνοχής στις διαδικασίες ανάθεσης» στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη.

<sup>59</sup> Βλ. έγγραφο υπ' 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.

<sup>60</sup> C-358/00, διάταξη της 30<sup>ης</sup> Μαΐου 2002, Συλλ. 2002, σελ. I-4685, βλ. επίσης Γκιτσάκη, όπ.π., σελ. 1138-1139.

υπό μορφή εντύπου και σε CD-ROM. Υπενθυμίζοντας την προπαρατεθείσα απόφαση Telaustria, το ΔΕΚ έκρινε ότι η προκριθείσα με την εν λόγω απόφαση ερμηνεία της έννοιας «συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς» του άρθρου 1, σημείο 4, της οδηγίας 93/38 ισχύει και για την ίδια έννοια που περιλαμβάνεται στο άρθρο 1 της οδηγίας 92/50. Επομένως, επιβάλλεται το συμπέρασμα ότι ο κοινοτικός νομοθέτης εν γνώσει του αποφάσισε να εξαιρέσει τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής<sup>61</sup>.

Ο νομολογιακός αποκλεισμός των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας από το ρυθμιστικό πεδίο των οδηγιών ίσως να προκαλεί εντύπωση δεδομένου ότι, κατά το χρόνο δημοσίευσης της απόφασης Telaustria είχε ήδη εκδοθεί η Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής, η οποία αποσκοπούσε στην αποσαφήνιση του νομικού πλαισίου των συμβάσεων παραχώρησης. Ωστόσο, το Δικαστήριο, όχι μόνον δεν αγνόησε το εν λόγω κείμενο αλλά συντάχθηκε με τις διατυπωθείσες θέσεις της Επιτροπής αποδεχόμενο ότι η έλλειψη ειδικών ρυθμίσεων αναφορικά με τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών στην οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων δεν συνεπάγεται ότι οι συμβάσεις αυτές τίθενται εκτός των κανόνων του κοινοτικού δικαίου.

## **B. ... στην εφαρμογή των διατάξεων των Συνθηκών και των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου**

Η βαρύνουσα σημασία της προπαρατεθείσας απόφασης Telaustria στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας συνίσταται πρωτίστως στο γεγονός ότι το ΔΕΚ αναγνώρισε ρητώς την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου ειδικότερα κατά τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας.

---

<sup>61</sup> Σκέψη 29 της απόφασης.

## **1. Οι εφαρμοστέες διατάξεις της Συνθήκης**

Όπως έχει ήδη αναφερθεί η Συνθήκη δεν περιέχει ειδικές διατάξεις ούτε για τις δημόσιες συμβάσεις ούτε για τις συμβάσεις παραχώρησης. Πολλές όμως από τις διατάξεις της καθορίζουν τους κανόνες που κατοχυρώνουν την εύρυθμη λειτουργία της αγοράς και άρα είναι αναμενόμενο να τυγχάνουν εφαρμογής και στις διαδικασίες ανάθεσης των εν λόγω συμβάσεων λόγω του σημαίνοντος ρόλου τους στην ευρωπαϊκή οικονομία.

Η θέση αυτή επιβεβαιώθηκε στην υπόθεση Coname<sup>62</sup> που αφορούσε την απευθείας, ήτοι χωρίς διαγωνισμό, ανάθεση σύμβασης παραχώρησης με αντικείμενο τη διαχείριση της δημόσιας υπηρεσίας διανομής του φυσικού αερίου. Όπως επεσήμανε το Δικαστήριο, οι συνέπειες του κοινοτικού δικαίου που αφορούν τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων παραχώρησης πρέπει να εξεταστούν υπό το πρίσμα του πρωτογενούς δικαίου και, ειδικότερα, των θεμελιωδών ελευθεριών τις οποίες προβλέπει η Συνθήκη<sup>63</sup>.

Είναι λοιπόν φανερό η μεταστροφή της νομολογίας του Δικαστηρίου, το οποίο, ενώ σε ένα πρώτο στάδιο εξετάζοντας παραβάσεις των θεμελιωδών ελευθεριών δεν ασχολούνταν με το «μέσο» τέλεσης της παράβασης, ήτοι το συμβατικό τύπο της παραχώρησης, αποφασίζει να προχωρήσει πλέον σε ουσιαστικότερο έλεγχο μη ανεχόμενο νέες μορφές καταπάτησης κοινοτικά θεσμοθετημένων δικαιωμάτων. Η δε επιλογή του χρονικού σημείου επέλευσης της μεταβολής αυτής δεν είναι τυχαία. Μετά την έκδοση της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης και τις αμφιβολίες που διατυπώθηκαν σχετικά με τη νομική δεσμευτικότητα των αποτυπωθεισών απόψεων της Επιτροπής, η ένταξη με τον πιο κατηγορηματικό τρόπο από το Δικαστήριο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στην κοινοτική έννομη τάξη αποδεικνύει ότι δεν υφίστανται περιθώρια απαλλαγής των δημόσιων φορέων από τις κοινοτικές τους υποχρεώσεις.

---

<sup>62</sup> C-231/03, απόφαση της 13-10-2005, Συλλογή 2005, σελ. I-7287, βλ. επίσης Γιαννακόπουλο Κ., Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, Εκδ. Α. Σάκουλα 2006, σελ. 128 επ.

<sup>63</sup> Σκέψη 16 της απόφασης.

Πρέπει να επισημανθεί ότι οι κανόνες που απορρέουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες ισχύουν για όλες τις πτυχές των συμβάσεων, αφενός μεν για την ουσιαστική τους πλευρά, όπως η περιγραφή του αντικειμένου της παροχής (π.χ. μέσω τεχνικών προδιαγραφών ή της διάρκειας της παραχώρησης) ή κριτηρίων επιλογής (πρωτίστως προσόντων), ή η κατακύρωση, αφετέρου δε και για τη διαδικαστική πλευρά, ήτοι για τη διαδικασία εν στενή έννοια, όπως η επιλογή του τύπου της διαδικασίας – στον οποίο ανήκει και η δημοσίευση της προκήρυξης – και οι προθεσμίες (π.χ. για την κατάθεση της αίτησης συμμετοχής ή της προσφοράς)<sup>64</sup>.

Κατά το ΔΕΚ οι εφαρμοστέες ειδικώς επί των παραχωρήσεων υπηρεσιών διατάξεις είναι η ελευθερία εγκατάστασης και η ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών, συγκεκριμένα το άρθρο 43 ΣυνθΕΚ, το πρώτο εδάφιο του οποίου ορίζει ότι *«οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στο έδαφος ενός άλλου κράτους μέλους απαγορεύονται»*, και το άρθρο 49 ΣυνθΕΚ, στο πρώτο εδάφιο του οποίου διευκρινίζεται ότι *«οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Κοινότητας απαγορεύονται όσον αφορά τους υπηκόους των κρατών μελών που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος της Κοινότητας διαφορετικό από εκείνο του αποδέκτη της παροχής»*.

Στην προπαρατεθείσα απόφαση Coname, το ΔΕΚ έκρινε ότι σε συγκεκριμένες περιπτώσεις λόγω ιδιαίτερων περιστάσεων, όπως είναι το πολύ περιορισμένο οικονομικό ενδιαφέρον, δύναται η σύναψη μιας συγκεκριμένης σύμβασης να μην παρουσιάζει ενδιαφέρον για τις επιχειρήσεις που είναι εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη. Σε τέτοιες περιπτώσεις οι συνέπειες για τις οικείες θεμελιώδεις ελευθερίες θα έπρεπε συνεπώς να θεωρηθούν υπερβολικά τυχαίες και έμμεσες, έτσι ώστε να μην απαιτείται η εφαρμογή των κανόνων που απορρέουν από το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο<sup>65</sup>.

Αν και είναι αρμοδιότητα της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής να αποφασίσει εάν μια προτιθέμενη ανάθεση σύμβασης ενδέχεται να ενδιαφέρει τους οικονομικούς παράγοντες που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη, η απόφαση αυτή πρέπει να βασίζεται

---

<sup>64</sup> Βλ. σκέψη 84 των προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέα Stix-Hackl στην απόφαση Coname.

<sup>65</sup> Βλ. σκέψη 20 της απόφασης.

στην αξιολόγηση των περιστάσεων και των χαρακτηριστικών της εκάστοτε σύμβασης, όπως το αντικείμενό της, η εκτιμώμενη αξία της, τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του τομέα (μέγεθος και δομή της αγοράς, εμπορικές πρακτικές κ.λπ.) και η γεωγραφική θέση του τόπου εκτέλεσής της. Εάν η αναθέτουσα αρχή καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η υπό εξέταση σύμβαση παρουσιάζει ενδιαφέρον για την εσωτερική αγορά, στην περίπτωση αυτή η απευθείας ανάθεση της παραχώρησης δεν δίνει τη δυνατότητα στην επιχείρηση που είναι εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος να εκδηλώσει το ενδιαφέρον της για τη σύναψη της σύμβασης<sup>66</sup>.

Συνεπώς, ο αποκλεισμός λόγω μη διεξαγωγής διαγωνισμού επιχειρηματικών φορέων που είναι εγκατεστημένοι σε ένα άλλο κράτος μέλος συνιστά έμμεση δυσμενή διακριτική μεταχείριση, επηρεάζει δυσμενώς κυρίως τις επιχειρήσεις αυτές, και αν δεν δικαιολογείται από αντικειμενικές περιστάσεις<sup>67</sup>, απαγορεύεται από τα άρθρα 43 ΣυνθΕΚ και Συνθ49 ΕΚ.

Περαιτέρω, στην υπόθεση *Parking Brixen*<sup>68</sup> που αφορούσε την άνευ διαγωνισμού ανάθεση της διαχείρισης υπηρεσιών στάθμευσης, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι, μολονότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να προσδιορίσει, υποκείμενη στον έλεγχο των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων, το είδος του διαγωνισμού που ανταποκρίνεται στις ιδιομορφίες της επίμαχης παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας, πάντως η μη διεξαγωγή οποιουδήποτε διαγωνισμού σε περίπτωση παραχώρησης επηρεάζει όλους τους δυνητικά ενδιαφερόμενους και δεν είναι σύμφωνη προς τις επιταγές των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ<sup>69</sup>.

Στις ανωτέρω υποθέσεις προς θεμελίωση της αντίθεσης στο κοινοτικό δίκαιο, το Δικαστήριο επικαλέστηκε ως νομική βάση και το άρθρο 12 ΣυνθΕΚ που καθιερώνει την απαγόρευση δυσμενούς διάκρισης λόγω ιθαγένειας. Η εν λόγω απαγόρευση περικλείει όχι μόνον τις εμφανείς διακρίσεις λόγω ιθαγένειας αλλά και κάθε μορφή

---

<sup>66</sup> Βλ. σκέψεις 17-19 της απόφασης.

<sup>67</sup> Το Δικαστήριο παρέπεμψε στις αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1993, C-111/91, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου, Συλλογή 1993, σ. I-817, σκέψη 17, της 8ης Ιουνίου 1999, C-337/97, Meeusen, Συλλογή 1999, σ. I-3289, σκέψη 27 και της 26ης Οκτωβρίου 1999, C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Συλλογή 1999, σ. I-7447.

<sup>68</sup> C-458/03, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005, Συλλογή 2005, I-8585.

<sup>69</sup> Βλ. σκέψεις 45-50 της απόφασης.

συγκεκριμένης, νομοθετικής ή διοικητικής διάκρισης που καταλήγει στην πράξη στο ίδιο αποτέλεσμα<sup>70</sup>.

Είναι προφανές ότι στο πεδίο των δημοσίων διαγωνισμών στην έννοια της συγκεκριμένης διάκρισης υπάγονται όλες οι περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους υποψήφιους αναδόχους να διαθέτουν ορισμένες ιδιότητες που ανταποκρίνονται μόνον στους εγχώριους αναδόχους<sup>71</sup>. Η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να καθορίσει τις απαιτήσεις τις οποίες πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι καθ' όλη τη διάρκεια των διαφόρων φάσεων της σχετικής διαδικασίας. Ωστόσο, η επιλογή 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 αρχής.

Υπό αυτό το πρίσμα στην υπόθεση Contse<sup>72</sup> εξετάστηκαν από το ΔΕΚ οι προϋποθέσεις συμμετοχής και τα κριτήρια ανάθεσης διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή κατ'οικον ιατρικών υπηρεσιών θεραπευτικής αγωγής αναπνευστικών προβλημάτων σε ισπανικές επαρχίες. Συγκεκριμένα, στον επίδικο διαγωνισμό προβλεπόταν ως προαπαιτούμενο συμμετοχής η διάθεση γραφείων εξυπηρέτησης του κοινού στην επαρχία στην οποία θα παρέχονται οι υπηρεσίες. Η εν λόγω προϋπόθεση κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι δεν συνάδει προς την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, διότι, παρόλο που ισχύει αδιακρίτως για όλες τις επιχειρήσεις που συμμετέχουν στο διαγωνισμό, πληρούται ευκολότερα από τους εγχώριους επιχειρηματίες έναντι των επιχειρηματιών που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη<sup>73</sup>.

Αναφορικά με τα κριτήρια ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού, το ΔΕΚ επεσήμανε ότι οι αναθέτουσες αρχές είναι ελεύθερες όχι μόνο να επιλέγουν τα κριτήρια ανάθεσης του έργου αλλά και να καθορίζουν τη βαρύτητά τους για την τελική εκτίμηση, καθόσον αυτή επιτρέπει τη συνθετική αξιολόγηση των εφαρμοσθέντων

<sup>70</sup> Βλ. Arnould J., οπ. π., σελ. 15, Mattera A., οπ. π., σελ 279-280.

<sup>71</sup> Βλ. Γκιτσάκη, οπ.π., σελ. 1021 επ.

<sup>72</sup> C-234/03, απόφαση της 27<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005, Συλλογή 2005, I-9315.

<sup>73</sup> Βλ. σκέψεις 35-46 της απόφασης.

κριτηρίων, προκειμένου να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά<sup>74</sup>. Εξετάζοντας όμως το προβλεπόμενο στον εν λόγω διαγωνισμό κριτήριο της διάθεσης εγκαταστάσεων εντός ακτίνας 1 000 χιλιομέτρων από την πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχονται οι υπηρεσίες, τόνισε ότι το εν λόγω κριτήριο απαιτεί από τον διαγωνιζόμενο σημαντική επένδυση, προκειμένου να μη χρειαστεί να επαναληφθεί. Λόγω δε της φύσης του κριτηρίου αυτού, δεν είναι εύκολο να θεραπευθεί η έλλειψη των εν λόγω εγκαταστάσεων. Συνεπώς, η θέσπιση του επίμαχου κριτηρίου λειτουργεί ευνοϊκώς προς τις εγχώριες επιχειρήσεις κατά παράβαση του άρθρου 12 ΣυνθΕΚ<sup>75</sup>.

Εκ των ανωτέρω αποφάσεων συνάγεται αβίαστα ο στενός σύνδεσμος μεταξύ θεμελιωδών ελευθεριών και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ώστε ήταν αναμενόμενο το Δικαστήριο να επεκτείνει την εφαρμογή των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου και επί των συμβάσεων παραχώρησης.

## ***2. Η υπαγωγή στις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου***

Προς αποφυγήν κάθε αμφιβολίας στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας, το ΔΕΚ επαναλαμβάνει την πάγια νομολογία του σύμφωνα με την οποία αφενός μεν τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ συνιστούν ειδικότερη έκφραση της αρχής της ίσης μεταχείρισης<sup>76</sup>, αφετέρου δε η απαγόρευση των δυσμενών διακρίσεων λόγω ιθαγένειας αποτελεί επίσης έκφραση της γενικής αρχής της ίσης μεταχείρισης<sup>77</sup>.

Περαιτέρω, υπενθυμίζοντας τη σχετική με τις κοινοτικές οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων νομολογία του, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιτάσσει να διαθέτουν οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες όσον αφορά την υποβολή των προσφορών τους, τούτο δε ανεξαρτήτως της ιθαγένειάς τους<sup>78</sup>. Η

<sup>74</sup> Βλ. σκέψη 68 της απόφασης με παραπομπή στην απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I-14527.

<sup>75</sup> Σκέψεις 47-79 της απόφασης.

<sup>76</sup> Το Δικαστήριο παρέπεμψε στην απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035.

<sup>77</sup> Στην απόφαση έγινε μνεία από το Δικαστήριο της απόφασης της 8ης Οκτωβρίου 1980, 810/79, Überschär, Συλλογή τόμος 1980/III, σ. 43.

<sup>78</sup> Βλ απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψεις 33 και 54). Πρέπει να επισημανθεί ότι στις αποφάσεις Storebaelt και Bus Wallons, το



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. Καταλήγει δε το Δικαστήριο στο συμπέρασμα ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης εφαρμόζεται στις περιπτώσεις παραχώρησης υπηρεσίας ακόμη και όταν δεν υφίσταται διάκριση λόγω ιθαγένειας<sup>79</sup>.

Η πρακτική αποτελεσματικότητα της αρχής της ίσης μεταχείρισης εξασφαλίζεται μέσω της δημιουργίας συνθηκών ανταγωνισμού δίχως στρεβλώσεις, γεγονός το οποίο επιτυγχάνεται με την επιβολή υποχρέωση διαφάνειας. Πράγματι το ΔΕΚ αποδίδει ιδιαίζουσα σημασία στην ενλόγω υποχρέωση, η οποία συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των πιθανών 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. Μόνον υπό συνθήκες διαφάνειας κατά τη σύναψη σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας μπορεί να εξετασθεί αν τηρήθηκαν οι κανόνες και οι αρχές της Συνθήκης ή αν, αντιθέτως, ελήφθη αυθαίρετη απόφαση υπέρ ή κατά ορισμένου προσφέροντος<sup>80</sup>.

Ο έλεγχος της νομιμότητας των διαδικασιών σύναψης σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας ολοκληρώνεται μέσω της εξέτασης από ΔΕΚ της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας. Σύμφωνα με την ενλόγω αρχή, ένα κράτος μέλος πρέπει να επιλέγει τα μέτρα τα οποία προκαλούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας.

---

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 προσφορών 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, βλ. και Ερμηνευτική Ανακοίνωση για τις συμβάσεις παραχώρησης.

<sup>79</sup> Σκέψη 48 της απόφασης *Parking Brixen*.

<sup>80</sup> Βλ. σκέψη 36 των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση *Parking Brixen* και απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia*, Συλ.1999, σ. I-8291, σκέψη 31.

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. Στην υπόθεση Placanica<sup>81</sup> που αφορούσε την ανάθεση της διαχείρισης και συλλογής στοιχημάτων ιπποδρομιών, το ΔΕΚ τόνισε ότι η νομολογία έχει δεχθεί ορισμένους επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, όπως είναι η προστασία των καταναλωτών, η πρόληψη της απάτης, η μη ενθάρρυνση της εκ μέρους των πολιτών σπατάλης χρημάτων που συνδέεται με τα παίγνια και, γενικώς, η αποτροπή κάθε διατάραξης της κοινωνικής τάξης, οι οποίοι δικαιολογούν την επιβολή περιορισμών<sup>82</sup>. Στο πλαίσιο αυτό οι ηθικής, θρησκευτικής ή πολιτιστικής φύσεως ιδιαιτερότητες, καθώς και οι ηθικώς και οικονομικώς επιζήμιες, για το άτομο και την κοινωνία, συνέπειες των παιγνίων και των στοιχημάτων μπορούν να δικαιολογήσουν την αναγνώριση υπέρ των εθνικών αρχών επαρκούς εξουσίας εκτίμησης προκειμένου να καθορίζουν τις απαιτήσεις που συνεπάγεται η προστασία των καταναλωτών και της κοινωνικής τάξης.

Μολονότι τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να καθορίζουν τους σκοπούς της πολιτικής τους στον τομέα των τυχερών παιγνίων και, ενδεχομένως, να προσδιορίζουν με ακρίβεια το επίπεδο της επιδιωκόμενης προστασίας, εντούτοις οι περιορισμοί που επιβάλλουν πρέπει να τηρούν την αρχή της αναλογικότητας. Επί τη βάση δε της αρχής αυτής το Δικαστήριο έκρινε ότι εθνική κανονιστική ρύθμιση η οποία απέκλειε και εξακολουθεί να αποκλείει τις επιχειρήσεις που έχουν συσταθεί υπό τη μορφή κεφαλαιουχικής εταιρίας, των οποίων οι μετοχές είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού της αποτροπής του ενδεχομένου συμμετοχής των επιχειρηματιών που δραστηριοποιούνται στον τομέα των τυχερών παιγνίων σε εγκληματικές πράξεις ή απάτες και άρα δεν συνάδει προς την αρχή της αναλογικότητας<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> C-338/04, απόφαση της 6<sup>ης</sup> Μαρτίου 2007, Συλλογή 2007, σελ. 1-1891.

<sup>82</sup> Βλ. απόφαση της 24ης Μαρτίου 1994, C-275/92, Schindler, Συλλογή 1994, σ. I-1039, σκέψεις 57 έως 60.

<sup>83</sup> Σκέψεις 42-49 της απόφασης.

Παράβαση της ίδιας αρχής υφίσταται ανατρέχοντας και πάλι στο πεδίο των παραχωρήσεων τυχερών παίγνιων, σε περίπτωση ανανέωσης υφιστάμενων συμβάσεων χωρίς προσφυγή σε διαδικασία διαγωνισμού. Όπως έκρινε το Δικαστήριο το ενλόγω μέτρο δεν είναι ικανό να εξασφαλίσει την εκπλήρωση του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι την αποθάρρυνση άσκησης παράνομων δραστηριοτήτων και βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την εμπλοκή των επιχειρηματιών που δραστηριοποιούνται στον τομέα των στοιχημάτων ιπποδρομιών σε παράνομες ή παραβατικές δραστηριότητες<sup>84</sup>.

Η διαπίστωση που συνάγεται από την ως άνω παρουσίαση της νομολογίας είναι ότι το ΔΕΚ προκειμένου να επιλύσει ζητήματα που άπτονται της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων παραχώρησης επικαλείται ή παραπέμπει σε μεγάλο βαθμό σε αποφάσεις του επί των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Τούτο όμως σημαίνει ότι ο συμβατικός τύπος της παραχώρησης υπηρεσίας δεν είναι αποξενωμένος από τις διεπόμενες από το κοινοτικό δίκαιο δημόσιες συμβάσεις παρόλου που τυπικώς δεν έχει υπαχθεί στο ρυθμιστικό πεδίο των οδηγιών. Προς επίρρωση της εν τοις πράγμασι ομοιογένειας των προαναφερθέντων συμβάσεων συνέβαλε η νομολογιακή ανάλυση της έννοιας της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας και των σημείων διαφοροποίησής της από τις λοιπές δημόσιες συμβάσεις.

## **II. Η εννοιολογική αποσαφήνιση των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας**

Το Δικαστήριο, στο πλαίσιο εξέτασης υποθέσεων με αντικείμενο ποικιλόμορφες συμβατικές μορφές τις οποίες τα κράτη μέλη δεν υπήγαν στις κοινοτικές οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, επεσήμανε την ύπαρξη συγκεκριμένων στοιχείων, η συνδρομή των οποίων συνεπάγεται την αποδοχή της παραχώρησης υπηρεσίας. Σημειωτέον ότι η νέα οδηγία 2004/18 αν και αποκλείει ρητώς τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών του πεδίου εφαρμογής της, εντούτοις περιλαμβάνει ορισμό του ενλόγω συμβατικού τύπου<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> C-260/04, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2007, Συλλογή 2007, σελ.1-7083, σκέψεις 25-36.

<sup>85</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 4 της οδηγίας, σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών είναι μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.

## **A. Βασικά χαρακτηριστικά της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών**

Στην αρχικές του αποφάσεις Data Processing και Lottomatica το ΔΕΚ αρκέστηκε στην επισήμανση της μη μεταβίβασης ευθύνης προς τον ιδιώτη φορέα στον οποίο είχε ανατεθεί η παροχή της υπηρεσίας, δίχως όμως να γίνεται περαιτέρω αναφορά στην επίδραση του κριτηρίου αυτού για την αποδοχή της ύπαρξης ή μη παραχώρησης<sup>86</sup>.

Η στάση αυτή του Δικαστηρίου δεν αντικατοπτρίζει πλήρως την άποψη που διατύπωναν στις εκάστοτε υποθέσεις οι Γενικοί Εισαγγελείς, οι οποίοι προχώρησαν σε μεγαλύτερη εμβάθυνση της έννοιας της παραχώρησης προετοιμάζοντας το έδαφος για την οριστική τοποθέτηση του Δικαστηρίου επί του θέματος.

### ***1. Η «δυναμική» θέση των Γενικών Εισαγγελέων***

Στην προπαρατεθείσα υπόθεση BFI Holding BV ο Γενικός Εισαγγελέας La Pergola εξέφρασε την άποψη ότι 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 δικαιωμάτων<sup>87</sup>.

Περαιτέρω, το αντικείμενο της παραχώρησης πρέπει να είναι γενικού ενδιαφέροντος ούτως ώστε μια δημόσια αρχή να είναι θεσμικώς υπεύθυνη για την παροχή του, το δε γεγονός ότι ένας τρίτος παρέχει την υπηρεσία σημαίνει ότι ο παραχωρησιούχος υποκαθιστά την αρχή που αναθέτει την παραχώρηση σχετικά με την υποχρέωσή της να εξασφαλίζει την παροχή της υπηρεσίας στο κοινωνικό σύνολο<sup>88</sup>.

Υιοθετώντας τις ανωτέρω απόψεις στην υπόθεση R.I.SAN. Srl ο Γενικός Εισαγγελέας Alber τόνισε ότι δεν υπάρχει ένας ομοιόμορφος ορισμός της έννοιας της παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο, ωστόσο, για να υφίσταται παραχώρηση θα πρέπει να συντρέχουν ορισμένα στοιχεία: Οι αποδέκτες των υπηρεσιών πρέπει να

<sup>86</sup> Σκέψη 13 της απόφασης Data Processing και σκέψεις 6, 7 και 13 της απόφασης Lottomatica.

<sup>87</sup> Βλ. και Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής παρ. 2.2.

<sup>88</sup> Σκέψη 26 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

είναι τρίτα πρόσωπα ξένα προς τον συμβατικό δεσμό, η παρεχόμενη υπηρεσία να ανταποκρίνεται σε μια αποστολή γενικού συμφέροντος, ήτοι μια αποστολή που καταρχήν παρέχεται από μια δημόσια αρχή. Επιπρόσθετα η αμοιβή του παραχωρησιούχου οφείλει να τελεί σε συνάρτηση προς τις παρεχόμενες υπηρεσίες διότι ο παραχωρησιούχος επωμίζεται τον οικονομικό κίνδυνο που απορρέει από την παροχή των υπηρεσιών<sup>89</sup>.

Στην υπόθεση Telaustria ο Γενικός Εισαγγελέας Fennely προέβη με τις προτάσεις του σε εμπεριστατωμένη ανάλυση των δομικών χαρακτηριστικών στοιχείων της έννοιας των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών, επεσημαίνοντας ότι λόγω της απουσίας σχετικού νομοθετικού ορισμού εναπόκειται στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει τα κριτήρια που συνιστούν την έννοια της παραχώρησης<sup>90</sup>.

Ειδικότερα, κατά το Γενικό Εισαγγελέα το πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών δεν πρέπει να τύχει στενής ερμηνείας, καθώς οι εν λόγω συμβάσεις δεν συνιστούν εξαιρέσεις από τους κανόνες δημοσιότητας που επιβάλλουν οι κοινοτικές οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων αλλά αποτελούν ένα είδος «συμφωνίας» που δεν καλύπτεται από τις εν λόγω οδηγίες<sup>91</sup>.

Κατάλληλο σημείο αφετηρίας για τον ορισμό της παραχώρησης υπηρεσίας συνιστά κατά τον Γενικό Εισαγγελέα η μεταβίβαση του δικαιώματος εκμετάλλευσης της εκχωρούμενης υπηρεσίας και η ανάληψη από τον παραχωρησιούχο του κυρίου ή τουλάχιστον ουσιώδους οικονομικού - επιχειρηματικού κινδύνου που συνδέεται με την παροχή της. Η δε εξέταση της φύσης της ανατεθείσας εκμετάλλευσης παρέχει την πιο σημαντική ένδειξη περί τυχόν ανάληψης οικονομικού κινδύνου από τον παραχωρησιούχο<sup>92</sup>.

Εφόσον αποδειχθεί πράγματι ότι ο κίνδυνος εκμετάλλευσης μετακυλίστηκε στον παραχωρησιούχο από την αναθέτουσα αρχή, τότε υπάρχει ισχυρό τεκμήριο ότι πρόκειται για παραχώρηση. Πάντως, το γεγονός και μόνον ότι πιθανώς ο

---

<sup>89</sup> Σκέψη 50 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>90</sup> Σκέψη 26 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>91</sup> Σκέψη 29 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>92</sup> Σκέψη 30 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

παραχωρησιούχος μπορεί να εκμεταλλευτεί επωφελώς την παραχώρηση δεν αρκεί για να θεωρηθεί πως δεν υφίσταται οικονομικός κίνδυνος. Αντίθετα θα πρέπει να αποδειχθεί ότι η δυνατότητα απωλειών είναι κατά πάσα πιθανότητα ελάχιστη ή ακόμα και ανύπαρκτη<sup>93</sup>.

Ως προς το αντικείμενο της παραχώρησης ο Γενικός Εισαγγελέας τόνισε ότι δεν πρέπει να υφίσταται κανένας ποιοτικός περιορισμός ως προς το είδος των συμβάσεων που θα μπορεί μια αρχή νομίμως να αναθέσει δια της παραχώρησης, αν και είναι σφόδρα πιθανόν ότι θα ενυπάρχει δημόσιο συμφέρον στις περισσότερες υπηρεσίες που αντίθενται κατά αυτόν τον τρόπο<sup>94</sup>. Η αποδοχή της άποψης ότι μόνον δημοσίου συμφέροντος υπηρεσίες είναι κατάλληλες να αποτελέσουν αντικείμενο παραχώρησης είναι θέμα που πρέπει να αποφασιστεί από τον κοινοτικό νομοθέτη εφόσον κρίνει ότι χρειάζεται να προβεί σε εναρμόνιση των κανόνων επί του θέματος και συνεπώς το Δικαστήριο δεν μπορεί να προβεί στη διάκριση αυτή.

## **2. Οι προβλέψεις της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης**

Τα ανωτέρω ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών είχαν βέβαια εν μέρει αποτυπωθεί και από την Επιτροπή στην Ερμηνευτική της Ανακοίνωση, η οποία όπως επισημαίνει στο κείμενό της στηρίχθηκε κυρίως στην σχετική νομολογία του Δικαστηρίου καθώς και την *opinion juris*<sup>95</sup>.

*Συγκεκριμένα κατά την Επιτροπή «το κριτήριο της εκμετάλλευσης αποτελεί ουσιώδες χαρακτηριστικό προκειμένου να κριθεί αν η εκάστοτε εξεταζόμενη σύμβαση είναι σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών. 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 το στοιχείο που επιτρέπει να καθοριστεί η ανάληψη του κινδύνου*

---

<sup>93</sup> Σκέψη 28, 30 και 37 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, βλ. επίσης και Γκιτσάκη, ο.π., σελ.1143.

<sup>94</sup> Σκέψη 35 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>95</sup> Παρ. 2.2 της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης της Επιτροπής.

εκμετάλλευσης. Επομένως οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών χαρακτηρίζονται από μεταβίβαση της ευθύνης εκμετάλλευσης»<sup>96</sup>.

### 3. Η «φειδωλή» θέση του Δικαστηρίου

Όπως έχουμε ήδη ανωτέρω σημειώσει, στις αρχικές του αποφάσεις το Δικαστήριο δεν διακρινόταν από την τάση να προβαίνει σε άμεσο χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως παραχώρηση υπηρεσιών. Ακόμη όμως και μετά την έντονη παρέμβαση των Γενικών Εισαγγελέων και της Επιτροπής το ΔΕΚ αποδεχόταν την ύπαρξη παραχώρησης υπηρεσιών μόνον όταν ένας συμβατικός τύπος συγκεντρώνει συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, η εμφάνιση των οποίων δεν απαντάται στις άλλες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων.

Στην απόφαση *Telaustria* το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν είναι ανάγκη να επικυρώσει τον ορισμό της παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας που αναφέρεται στο άρθρο 1, στοιχείο η', της πρότασης της 13ης Δεκεμβρίου 1990 και τόνισε ότι οι συμβάσεις παραχώρησης ορίζονται κυρίως από τον τρόπο αμοιβής του παρέχοντος υπηρεσίες<sup>97</sup>.

Στην προαναφερθείσα απόφαση *Contse* το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι σε περίπτωση που η υπηρεσία παρέχεται από τρίτον, το στοιχείο της διατήρησης της ευθύνης από την αναθέτουσα αρχή για κάθε ζημία που προκλήθηκε λόγω παράβασης κατά την εκτέλεση της υπηρεσίας έχει ως αποτέλεσμα ότι οι συνυφασμένοι με την παροχή της υπηρεσίας κίνδυνοι δεν μετατίθενται. Το γεγονός αυτό θεωρούμενο μαζί με το στοιχείο ότι η παροχή της υπηρεσίας συνδυάζεται με αμοιβή από την αναθέτουσα αρχή οδήγησε το Δικαστήριο στην κρίση ότι δεν επρόκειτο για σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών<sup>98</sup>. Αξίζει όμως να σημειωθεί ότι, παρά το ως άνω συμπέρασμα, το Δικαστήριο προχώρησε σε εκτιμήσεις χρήσιμες για το πεδίο των παραχωρήσεων καθώς επρόκειτο για ζητήματα σχετιζόμενα με θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Παρ. 2.2 της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης της Επιτροπής.

<sup>97</sup> Σκέψη 42 της απόφασης.

<sup>98</sup> Σκέψη 22 της απόφασης.

<sup>99</sup> Σκέψη 23 της απόφασης.

Στην απόφαση Frigerio Luigi<sup>100</sup> που αφορούσε την απευθείας ανάθεση σε ιδιωτική επιχείρηση της υπηρεσίας διαχείρισης στερεών αποβλήτων ενός δήμου, το Δικαστήριο επικεντρώθηκε εκ νέου στο στοιχείο της αντιπαροχής προς τον παρέχοντα υπηρεσία, αναφέροντας ότι εφόσον η αμοιβή προέρχεται από την τοπική αρχή και όχι από τους χρήστες, η σύμβαση δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως παραχώρηση<sup>101</sup>.

Η έκδοση της οδηγίας 2004/18 και ο περιεχόμενος σε αυτήν ορισμός της σύμβασης παραχώρησης δημοσίων υπηρεσιών με προεξέχον στοιχείο του την εκμετάλλευση της υπηρεσίας από τον ιδιώτη δεν μετέβαλε τη νομολογιακή στάση επί του θέματος

Στην απόφαση ASM Brescia SpA<sup>102</sup> με αντικείμενο την ανάθεση της διαχείρισης της δημόσιας υπηρεσίας φυσικού αερίου, ο Γενικός Εισαγγελέας Maduro υπενθύμισε ότι η έννοια της παραχώρησης έχει «αυτόνομο» ορισμό στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου και άρα στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να εξακριβώσει αν η συναφθείσα σύμβαση ανταποκρίνεται στον ορισμό της «σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας», όπως αυτός προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου και την Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής<sup>103</sup>.

Επίσης, στην απόφαση Coditel Brabant SA<sup>104</sup> το Δικαστήριο εξέτασε σύμβαση μεταξύ δήμου και διαδημοτικού συνεταιρισμού για την εκμετάλλευση δημοτικού δικτύου καλωδιακής τηλεόρασης και παρατήρησε ότι η αμοιβή του συνεταιρισμού δεν προέρχεται από τον δήμο, αλλά από πληρωμές που πραγματοποιούν οι χρήστες του δικτύου. Όπως όμως επεσήμανε το ΔΕΚ αυτός ο τρόπος αμοιβής χαρακτηρίζει την παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας<sup>105</sup>.

Η ως άνω προσέγγιση από το Δικαστήριο των θεμελιωδών στοιχείων της έννοιας της παραχώρησης υπηρεσίας καταδεικνύει την ιδιομορφία του συγκεκριμένου συμβατικού τύπου, η ανταγωνιστική λειτουργία του οποίου στην ευρωπαϊκή αγορά

---

<sup>100</sup> C-357/06, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007.

<sup>101</sup> Σκέψη 17 της απόφασης.

<sup>102</sup> C-347/06, απόφαση της 17<sup>ης</sup> Ιουλίου 2008.

<sup>103</sup> Σκέψη 20 της απόφασης.

<sup>104</sup> C-324/07, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2008.

<sup>105</sup> Σκέψη 24 της απόφασης.



επιβάλλει ευελιξία και δικαιολογεί την «αυτονόμησή» του μέσω της νομολογιακής μη ένταξης στις αυστηρές προβλέψεις των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, εμφανίζεται η τάση του ΔΕΚ για συσταλτική ερμηνεία των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών σε περιπτώσεις όπου το αντάλλαγμα συνίσταται στην εκμετάλλευση από τον ιδιώτη της παροχής, ο οποίος επωμίζεται σε μέγιστο βαθμό και τον οικονομικό κίνδυνο της ανατεθείσας υπηρεσίας.

Εντούτοις, η ιδιαιτερότητα της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών δεν εκτείνεται σε βαθμό ώστε να μην υφίσταται πεδίο ταύτισης ή συνύπαρξης με τις άλλες κατηγορίες που εντάσσονται στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων. Πράγματι, σε αρκετές περιπτώσεις το ΔΕΚ βρέθηκε αντιμέτωπο με πολύπλοκες συμβατικές περιπτώσεις, όπου χρειάστηκε να προβεί σε λεπτές διακρίσεις προκειμένου να προχωρήσει στην εξακρίβωση των εφαρμοστέων διατάξεων.

## **B. Η διακριση της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας από τις άλλες συμβατικές μορφές του πεδίου των δημοσίων συμβάσεων**

Η αυτονομία της βούλησης συνεπάγεται την εμφάνιση νέων συμβατικών σχέσεων που συνδυάζουν τα στοιχεία διαφόρων κατηγοριών συμβάσεων προκειμένου να επιτευχθούν ευχερέστερα οι στόχοι που επιδιώκουν οι συμβαλλόμενοι. Υπάρχουν άπειροι δυνατοί συνδυασμοί σε συνάρτηση με το περιεχόμενο των συμβατικών υποχρεώσεων, καθώς μια μόνο νομική πράξη μπορεί να περιλαμβάνει περισσότερες, να υπάρχει πολλαπλότητα αντικειμένων και, στην κατάσταση αυτή, κάθε πράξη να συνεπάγεται διαφορετικές παροχές.

Οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων διακρίνονται ως προς το πεδίο της εφαρμογής τους με βάση το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι αν πρόκειται για έργο, προμήθεια ή υπηρεσία<sup>106</sup> και, όταν το αντικείμενο αυτό είναι πολλαπλό ή συνεπάγεται διάφορες παροχές, η έμφαση δίδεται σε εκείνες τις παροχές των οποίων η οικονομική αξία είναι υψηλότερη. Η χρήση αυτών των δύο κριτηρίων επιτρέπει να προσδιορίζεται το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των εν λόγω οδηγιών.

---

<sup>106</sup> Βλ. Άρθρο 1, στοιχείο α', των οδηγιών 93/36 και 93/37, άρθρο 1, σκέψη 4, της οδηγίας 93/38, δέκατη αιτιολογική σκέψη και άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18.

Στην περίπτωση της παραχώρησης η υιοθέτηση των ως άνω κριτηρίων δεν μπορεί να θεωρηθεί ως η πλέον κατάλληλη διότι, ο διαχωρισμός μεταξύ συμβάσεων παραχώρησης έργων και συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών συνεπάγεται ότι μόνον στις πρώτες εφαρμόζεται το ειδικό καθεστώς της οδηγίας 93/37, όπως έχει αντικατασταθεί από την οδηγία 2004/18. Ανακύπτει συνεπώς το πρόβλημα της εύρεσης κριτηρίου διάκρισης των συμβάσεων παραχώρησης ιδίως στις περιπτώσεις των μικτών συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών, οι οποίες αποτελούν και την πλέον συνηθισμένη περίπτωση στην πράξη καθώς ο ανάδοχος αναλαμβάνει την υλοποίηση εργασιών και την εκμετάλλευση της δημόσιας υπηρεσίας που συνδέεται με την υλοποίηση αυτή<sup>107</sup>.

### ***1. Το πρόβλημα των μικτών συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών***

Στην απόφαση *Gestión Hotelera*<sup>108</sup> το Δικαστήριο, εξέτασε διαγωνισμό για την παραχώρηση της δημιουργίας και εκμετάλλευσης καζίνο, καθώς και την εκμετάλλευση ξενοδοχείου, συνεπαγόμενο την υποχρέωση εκτέλεσης εργασιών διαρρύθμισης<sup>109</sup>. Το Δικαστήριο έκρινε ότι το αν εμπίπτει μια μικτή σύμβαση στην εφαρμογή της οδηγίας περί δημοσίων έργων εξαρτάται από το κύριο αντικείμενο του διαγωνισμού. Εν προκειμένω το γεγονός ότι οι πραγματοποιηθήσες εργασίες στο καζίνο είχαν παρεπόμενο χαρακτήρα οδήγησε το Δικαστήριο στην κρίση ότι δεν μπορεί να χαρακτηριστεί η σύμβαση ως δημοσίων έργων, καίτοι το γεγονός αυτό πρέπει να εκτιμηθεί από το εθνικό δικαστήριο<sup>110</sup>.

Στην υπόθεση C-412/04 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας<sup>111</sup>, το Δικαστήριο προέβη σε έλεγχο της ιταλικής πολεοδομικής νομοθεσίας σχετικά με την παρέχόμενη σε ιδιώτες δυνατότητα να υποβάλλουν στους αναθέτοντες φορείς προτάσεις εκτέλεσης δημοσίων έργων ή έργων κοινής ωφελείας και να υπογράφουν τις

<sup>107</sup> Βλ. Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής παρ. 2.3.

<sup>108</sup> C-331/92, απόφαση της 19ης Απριλίου 1994, Συλλογή 1994, σ. I-132.

<sup>109</sup> Σημείο 19 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Lenz στην υπόθεση αυτή.

<sup>110</sup> Σκέψεις 26 έως 29 της απόφασης. Βλ. και Τροβά Ε., όπ.π. σελ. 100-101 σύμφωνα με την οποία για τη συνολική στάθμιση θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη και η σχέση της αυτονομίας έκαστου συμβατικού αντικειμένου.

<sup>111</sup> Απόφαση της 21 Φεβρουαρίου 2008.

αντίστοιχες συμβάσεις, προβλέποντας τη χρηματοδότηση και τη διαχείριση των έργων.

Ειδικότερα ο νόμος προέβλεπε ότι οι αναθέτουσες αρχές αποτιμούν τη δυνατότητα εκτέλεσης των προτάσεων που έχουν υποβληθεί από τους ιδιώτες υπό διάφορες απόψεις: οικοδομικές εργασίες, πολεοδομία, περιβάλλον, ποιότητα του προγράμματος, λειτουργικότητα, εκμετάλλευση του έργου, πρόσβαση του κοινού, απόδοση, κόστος διαχείρισης και διατήρησης, διάρκεια της παραχώρησης κ.α. Κατόπιν εξέτασης και σύγκρισης των προτάσεων αυτών και αφού ακούσουν τους επιχειρηματίες που το επιθυμούν, οι αναθέτουσες αρχές ανακοινώνουν ποια πρόταση είναι δημοσίου συμφέροντος. Στη συνέχεια εφαρμόζεται κλειστή διαδικασία με σκοπό να προκαλέσει την υποβολή δύο άλλων προσφορών, η δε παραχώρηση ανατίθεται στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση κατά την οποία εξετάζονται η πρόταση του αρχικά επιλεγέντος επιχειρηματία και οι άλλες δυο προσφορές. Κατά τη διαδικασία αυτή, ο εν λόγω επιχειρηματίας μπορεί να προσαρμόσει την πρότασή του προς εκείνη που η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ως την καλύτερη.

Όπως σημείωσε ο Γενικός Εισαγγελέας Colomer η απόφαση *Gestión Hotelera* πρέπει να νοηθεί υπό το πνεύμα ότι οι παρεπόμενες υποχρεώσεις δεν είναι ικανές να προσδιορίσουν τους κανόνες των κοινοτικών οδηγιών που τυγχάνουν εφαρμογής, οι οποίοι πρέπει να εξακριβώνονται σύμφωνα με το κριτήριο της υπεροχής<sup>112</sup>.

Περαιτέρω, υπένθυμισε τις αποφάσεις του Δικαστηρίου *Teckal*<sup>113</sup> και *Carbotermo*<sup>114</sup> σύμφωνα με τις οποίες κρίθηκε ότι δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο συγχρόνως προϊόντα και υπηρεσίες εμπίπτει στις διατάξεις που έχουν εφαρμογή στα πρώτα, όταν η «αξία» των προϊόντων υπερβαίνει εκείνη των υπηρεσιών<sup>115</sup>. Επί τη βάση αυτών των αποφάσεων ο Γενικός Εισαγγελέας διαπιστώνει ότι το στοιχείο της αξίας των παροχών συνιστά αντικειμενικό κριτήριο που δεν πρέπει να αγνοείται στο πλαίσιο εξακρίβωσης του αντικειμένου ή της κύριας παροχής, ενώ θα πρέπει να

---

<sup>112</sup> Σκέψη 38 των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>113</sup> C-107/98, απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, Συλλογή 1999, σ. I-8121.

<sup>114</sup> C-340/04, απόφαση της 11ης Μαΐου 2006, Συλλογή 2006, σ. I-4137.

<sup>115</sup> Σκέψη 38 της απόφασης *Teckal*, κρίση στην οποία εμμένει το Δικαστήριο και στην απόφαση *Carbotermo* (σκέψεις 31 και 47).

ληφθεί υπόψη η ουσιώδης λειτουργία που επιτελεί –ανεξαρτήτως του αν η δημόσια σύμβαση περιλαμβάνεται ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών<sup>116</sup>.

Το ΔΕΚ κρίνοντας την υπόθεση επανέλαβε καταρχήν την ήδη διατυπωθείσα θέση του ότι, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία σύμβασης δημοσίου έργου όσο και στοιχεία ενός άλλου τύπου δημόσιας σύμβασης, εκείνο που καθορίζει ποια κοινοτική οδηγία περί δημοσίων συμβάσεων έχει, κατ' αρχήν, εφαρμογή είναι το κύριο στοιχείο της συμβάσεως<sup>117</sup>.

Το δε κύριο αντικείμενο της σύμβασης πρέπει να προσδιορίζεται στο πλαίσιο αντικειμενικής εξέτασης του συνόλου της σύμβασης. Ο προσδιορισμός αυτός πρέπει να γίνεται βάσει των ουσιωδών υποχρεώσεων που υπερσχύουν και οι οποίες, ως τέτοιες, χαρακτηρίζουν αυτή τη σύμβαση, κατ' αντίθεση προς όσες είναι απλώς και μόνον παρεπομένου ή συμπληρωματικού χαρακτήρα και δεν επιβάλλονται από το ίδιο το αντικείμενο της σύμβασης, δεδομένου ότι η αντίστοιχη αξία των διάφορων εκάστοτε παροχών δεν είναι παρά ένα κριτήριο μεταξύ άλλων που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη για τον εν λόγω προσδιορισμό<sup>118</sup>.

Συνοψίζοντας την ανωτέρω νομολογία καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι το ΔΕΚ υιοθετεί λειτουργικά κριτήρια για τη διάκριση μεταξύ συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών, αναζητώντας το σκοπό της σύμβασης. Στην περίπτωση που η προβλεπόμενη εκτέλεση έργων έχει παρεπόμενο μόνον χαρακτήρα ενώ η σύμβαση επιδιώκει την ικανοποίηση μιας υπηρεσίας τότε πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών. Αντιστρόφως, αν η σύμβαση αφορά κατά κύριο λόγο την κατασκευή ενός έργου για λογαριασμό της αναθέτουσας αρχής τότε πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης έργων<sup>119</sup>. Το ίδιο θα πρέπει να γίνει ερμηνευτικά δεκτό και στην περίπτωση που η κατασκευή του έργου αποτελεί την αναγκαία και συστατική

---

<sup>116</sup> Σκέψη 39 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>117</sup> Το Δικαστήριο παρέπεμψε στην απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 2007, C-220/05 *Auroux*, Συλλογή 2007, σ. I-385, σκέψη 37.

<sup>118</sup> Σκέψεις 46-50 της απόφασης. Με τις σκέψεις αυτές το ΔΕΚ θεώρησε ότι η ιταλική νομοθεσία έχει ως αποτέλεσμα να αγνοούνται οι επιταγές των οδηγιών 92/50 και 93/36 στο μέτρο που η εφαρμογή της μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό των διαδικασιών που προβλέπουν οι οδηγίες αυτές ορισμένων μικτών συμβάσεων.

<sup>119</sup> Βλ. και Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής παρ. 2.3.

προυπόθεση για την εκμετάλλευση της παραχωρούμενης υπηρεσίας<sup>120</sup>. Αντιθέτως, μια σύμβαση παραχώρησης που δεν περιλαμβάνει έργα παρά μόνον επικουρικός ή αφορά αποκλειστικά και μόνον τη διαχείριση και εκμετάλλευση υπάρχοντος έργου, χωρίς την κατασκευή νέων εγκαταστάσεων θεωρείται σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών.

Ένα άλλο ζητήμα επί του οποίου εύλογα μπορεί κάποιος να αναρωτηθεί είναι ο λόγος διαφοροποίησης κατά το κοινοτικό δίκαιο της σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών από τη σύμβαση δημόσιας υπηρεσίας.

## ***2. Η διάκριση σύμβασης υπηρεσίας και σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας***

Στην απόφαση Parking Brixen η Γενική Εισαγγελέας Kokott τόνισε ότι η παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι ο παρέχων την υπηρεσία αποκτά από την αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να εκμεταλλεύεται τη δική του παροχή. Ο ανάδοχος αναλαμβάνει τους συνδεδόμενους με τη σχετική υπηρεσία κινδύνους και αμείβεται, τουλάχιστον εν μέρει, από τον χρήστη της υπηρεσίας, ο οποίος καταβάλλει, π.χ., ένα τέλος. Επομένως, πρόκειται για τριμερή σχέση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής, του παρέχοντος τις υπηρεσίες και του χρήστη αυτών. Αντιθέτως, η δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών συνεπάγεται μόνο διμερή νομική σχέση, στο πλαίσιο της οποίας η ίδια η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει την αμοιβή για την παρεχόμενη υπηρεσία και αναλαμβάνει τον σχετικό κίνδυνο<sup>121</sup>.

Το Δικαστήριο στην εν λόγω υπόθεση διαπίστωσε ότι καταβαλλόμενη στον παρέχοντα υπηρεσία αντιπαροχή για την εκμετάλλευση χώρου στάθμευσης συνίσταται αποκλειστικώς στην παροχή άδειας να εισπράττει από τους χρήστες του χώρου στάθμευσης τέλη για τη χρήση αυτή. Συνεπώς, από οικονομική άποψη, ο παρέχων την υπηρεσία μπορεί να αντλεί όφελος από τη δική του παροχή, ήτοι την εκμετάλλευση και τη λειτουργία του χώρου στάθμευσης. Ταυτοχρόνως φέρει τον οικονομικό κίνδυνο της εκμετάλλευσης του χώρου στάθμευσης, δεδομένου ότι οφείλει να χρηματοδοτεί, από τα εισπραττόμενα τέλη, όχι μόνον τις τρέχουσες

<sup>120</sup> Βλ. Γκιτσάκη, οπ.π. σελ. 305-306.

<sup>121</sup> Σκέψεις 30 και 31 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

δαπάνες, αλλά και τη συντήρηση του χώρου και την καταβαλλόμενη στο δημόσιο ετήσια αποζημίωση. Από το σύνολο των στοιχείων αυτών προκύπτει κατά το ΔΕΚ ότι η ανάθεση από δημόσια αρχή της διαχείρισης δημόσιου χώρου στάθμευσης σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος αμείβεται από τα τέλη που καταβάλλουν οι χρήστες του χώρου στάθμευσης, ενώ ο ίδιος καταβάλλει ως αντιπαροχή ετήσια αποζημίωση στην αναθέτουσα αρχή, δεν συνιστά δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών αλλά παραχώρηση υπηρεσίας<sup>122</sup>.

Στην απόφαση C-382/05 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας<sup>123</sup>, με αντικείμενο την ανάθεση συμβάσεων για την επεξεργασία αστικών αποβλήτων, το Δικαστήριο προς απόκρουση της επιχειρηματολογίας της ιταλικής κυβέρνησης ότι από την εθνική της νομολογία προκύπτει ότι οι εν λόγω συμβάσεις πρέπει να χαρακτηριστούν ως παραχωρήσεις υπηρεσιών και όχι ως συμβάσεις δημόσιας υπηρεσίας, σημειώνει ότι ο ορισμός μιας δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο, οπότε ο χαρακτηρισμός των επίμαχων συμβάσεων στο ιταλικό δίκαιο δεν ασκεί επιρροή για να κριθεί αν οι τελευταίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50. Κατά συνέπεια, το ζήτημα αν οι επίμαχες συμβάσεις πρέπει να χαρακτηριστούν ως παραχωρήσεις υπηρεσιών πρέπει να κριθεί με γνώμονα μόνο το κοινοτικό δίκαιο<sup>124</sup>.

Εν προκειμένω, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι οι εν λόγω συμβάσεις προβλέπουν την καταβολή από τον Περιφερειάρχη στον επιχειρηματία μιας προσόδου της οποίας το ύψος καθορίζεται σε ευρώ ανά τόνο των αποβλήτων που οι σχετικοί δήμοι μεταφέρουν στον επιχειρηματία αυτόν. Ωστόσο, από τον ορισμό που περιέχεται στην οδηγία 92/50 προκύπτει ότι μια δημόσια σύμβαση υπηρεσιών περιέχει μια αντιπαροχή που καταβάλλεται ευθέως από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα υπηρεσίες. Συνεπώς, μια πρόσοδος όπως αυτή που προβλέπουν οι επίμαχες συμβάσεις δύναται να αποτελέσει το χαρακτηριστικό στοιχείο μιας δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών κατά την έννοια της οδηγίας<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Σκέψεις 37 έως 43 της απόφασης.

<sup>123</sup> Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Ιουλίου 2007, Συλλογή 2007, σελ.1-6657.

<sup>124</sup> Το Δικαστήριο παρέπεμψε στις αποφάσεις της 20ής Οκτωβρίου 2005, C-264/03, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2005, σ. I-8831, σκέψη 36, και της 18ης Ιανουαρίου 2007, C-220/05, Auroux κ.λπ., σκέψη 40.

<sup>125</sup> Βλ. όσον αφορά την καταβολή ενός πάγιου ποσού ανά κάδο απορριμμάτων από ένα δήμο σε μια εταιρία στην οποία είχε ανατεθεί κατ' αποκλειστικότητα η συλλογή και επεξεργασία αποβλήτων, την

Επιπρόσθετα το Δικαστήριο παρατήρησε ότι ο προβλεπόμενος από τις επίμαχες συμβάσεις τρόπος αμοιβής δεν έγκειται στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των σχετικών υπηρεσιών ούτε συνεπάγεται ότι ο επιχειρηματίας φέρει τον κίνδυνο που συνδέεται με την εκμετάλλευση<sup>126</sup>. Συγκεκριμένα, όχι μόνον ο επιχειρηματίας αμείβεται, στην ουσία, από τον Περιφερειάρχη μέσω μιας προσόδου η οποία καθορίζεται ανά τόνο των αποβλήτων που του μεταφέρονται, αλλά ο Περιφερειάρχης δεσμεύεται, αφενός, να μεταφέρουν όλοι οι σχετικοί δήμοι στον επιχειρηματία το σύνολο των καταλοίπων των αποβλήτων τους και αφετέρου, να μεταφέρεται στον τελευταίο μια ελάχιστη ετήσια ποσότητα αποβλήτων<sup>127</sup>.

Αναφορικά με το γεγονός ότι οι επιχειρηματίες μπορούν, εκτός από την είσπραξη της συμφωνημένης προσόδου, να έχουν έσοδα από τη μεταπώληση του ηλεκτρισμού που θα παράγεται από την επεξεργασία των αποβλήτων, το Δικαστήριο επεσήμανε ότι το επαχθές μιας σύμβασης έγκειται στην αντιπαροχή που προσφέρεται λόγω της παροχής υπηρεσιών την οποία προβλέπει η αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, είναι πρόδηλο ότι η αντιπαροχή που λαμβάνεται από τον επιχειρηματία έγκειται, στην ουσία, στην πρόσοδο που καταβάλλεται από τον Περιφερειάρχη, το δε απλώς γεγονός ότι ο επιχειρηματίας μπορεί, πέραν της αμοιβής που λαμβάνει να έχει ορισμένα παρεπόμενα έσοδα από τρίτους σε αντάλλαγμα της παροχής μιας υπηρεσίας δεν είναι αρκετό για να αναιρέσει τον χαρακτηρισμό των επίμαχων συμβάσεων ως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών<sup>128</sup>.

Επιπρόσθετα, η μακρά διάρκεια των επίμαχων συμβάσεων και το γεγονός ότι η εκτέλεσή τους συνοδεύεται με σημαντικές αρχικές επενδύσεις του επιχειρηματία δεν

---

απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας, Συλλογή 2005, σ. I-9705, σκέψεις 8 και 32.

<sup>126</sup> Σκέψη 35 της απόφασης.

<sup>127</sup> Σκέψη 36 της απόφασης. Περαιτέρω, οι υπο κρίση συμβάσεις προέβλεπαν επιπλέον αναπροσαρμογή της προσόδου στην περίπτωση που η πραγματική ετήσια ποσότητα των μεταφερθέντων αποβλήτων είναι μικρότερη του 95 % ή μεγαλύτερη του 115 % αυτής της εγγυημένης ελάχιστης ποσότητας, και τούτο για να εξασφαλιστεί η χρηματοοικονομική ισορροπία του επιχειρηματία. Ομοίως, προέβλεπαν ότι το ύψος της προσόδου θα επανεκτιμάται κάθε χρόνο ανάλογα με την εξέλιξη του κόστους σχετικά με το προσωπικό, τα αναλώσιμα και τις εργασίες συντηρήσεως, καθώς και ανάλογα με έναν οικονομικό δείκτη. Οι ίδιες συμβάσεις τέλος προέβλεπαν αναδιαπραγμάτευση της προσόδου όταν, λόγω τροποποιήσεως του νομοθετικού πλαισίου, ο επιχειρηματίας θα πρέπει να προβεί, για να συμμορφωθεί με το νέο πλαίσιο, σε επενδύσεις πάνω από ένα ορισμένο επίπεδο

<sup>128</sup> Σκέψεις 39 έως 41 της απόφασης.

είναι ούτε και αυτά καθοριστικά για τον χαρακτηρισμό των συμβάσεων αυτών, καθόσον τέτοια χαρακτηριστικά μπορούν να βρεθούν τόσο σε δημόσιες συμβάσεις όσο και σε παραχωρήσεις υπηρεσιών<sup>129</sup>.

Τέλος, για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως δημόσιας σύμβασης υπηρεσίας ή ως παραχώρησης υπηρεσιών δεν είναι καθοριστικό ούτε το γεγονός ότι οι παροχές που προσφέρει ο επιχειρηματίας απαιτούν ενδεχομένως να έχει ο τελευταίος σημαντική αυτονομία κατά την εκτέλεση των υποχρεώσεών του<sup>130</sup>.

Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το Δικαστήριο έκρινε ότι οι επίμαχες συμβάσεις πρέπει να θεωρηθούν δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών υποκειμένες στην οδηγία 92/50 και όχι παραχωρήσεις υπηρεσιών διαφεύγουσες την οδηγία αυτή. Είναι όμως προφανές από την προπαρατεθείσα απόφαση ότι μεταξύ της σύμβασης δημοσίων υπηρεσιών και της σύμβασης παραχώρησης υφίσταται στενός εννοιολογικός δεσμός με μόνη διαφοροποίηση στο είδος του συμβατικού ανταλλάγματος.

Ολοκληρώνοντας την νομολογιακή αντιμετώπιση και οριοθέτηση της έννοιας της παραχώρησης υπηρεσίας αναφορικά με τις λοιπές κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων το συμπέρασμα που δύναται να συναχθεί είναι διττό :

Η θέση της παραχώρησης υπηρεσίας εκτός του αυστηρού ρυθμιστικού πλαισίου των κοινοτικών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων μαρτυρά το σεβασμό του Δικαστηρίου προς τις επιλογές του κοινοτικού νομοθέτη, καθώς χωρίς να υπερβαίνει τα όρια τοποθετεί τον ενλόγω συμβατικό τύπο υπό τον έλεγχο του κοινοτικού δικαίου συμβάλλοντας στην ομοιόμορφη αντιμετώπιση των παραχωρήσεων από τα κράτη, μέσω της θέσπισης ενός *minimum* πλέγματος υποχρεώσεων που πρέπει να διέπει τη διαδικασία σύναψης των σχετικών συμβάσεων.

Πέραν τούτου, η αποσαφήνιση της έννοιας της παραχώρησης υπηρεσίας συντελεί στην αναγνώριση και υπαγωγή στο κοινοτικό δίκαιο ποικίλων φαινομένων δημοσίων

---

<sup>129</sup> Σκέψη 42 της απόφασης.

<sup>130</sup> Σκέψη 44 της απόφασης.



συμβάσεων που απαντώνται στα κράτη και δεν έχουν τύχει μέχρι στιγμής ειδικής κοινοτικής ρύθμισης. Κατά αυτόν τον τρόπο το Δικαστήριο συντελεί έμμεσα αλλά όχι ακούσια στην προσέγγιση των εθνικών κατηγοριών δημοσίων συμβάσεων.

## ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

### **Οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας ως μηχανισμός από το ΔΕΚ για την περιφρούρηση των κοινοτικών δικαιωμάτων**

Η νομολογιακή παρέμβαση στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας βασίστηκε πρωτίστως στην ανάγκη προστασίας του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού έναντι των εθνικών αρχών, λόγω της παρατηρούμενης τάσης τους για υποστήριξη των οικείων οικονομικών φορέων. Δεδομένου δε ότι η «μεροληπτική» αυτή συμπεριφορά εκδηλώθηκε υπό ποικίλες μορφές με απώτερο σκοπό τη δικαιολόγηση της απουσίας διαγωνιστικής διαδικασίας, το Δικαστήριο δεν δίστασε να εντυφλήσει σε «εσωτερικές» πρακτικές ανάθεσης της εκμετάλλευσης μιας δημόσιας υπηρεσίας προκειμένου να διαπιστώσει αν υφίσταται κίνδυνος καταστρατήγησης του ανταγωνισμού.

### **I. Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και η ελευθερία οργάνωσης των αναθετουσών αρχών**

Χαρακτηριστικό γνώρισμα των ιδιωτικών οικονομικών φορέων συνιστά η δυνατότητά τους να προσαρμόζουν με μεγάλη ευελιξία τις μορφές οργάνωσης και λειτουργίας τους με στόχο τη βελτίωση της απόδοσής τους. Ως προς τους δημόσιους φορείς το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει ούτε επιβάλλει κάποια ιδιαίτερη οργανωτική μορφή.

Ως βασική αρχή, οι δημόσιες αρχές διατηρούν την ευχέρεια να εκτελούν τα καθήκοντά τους αποκλειστικώς με δικά τους μέσα, ήτοι προσφεύγοντας στις δικές τους υπηρεσίες και χωρίς να απευθύνονται σε νομικώς αυτοτελείς επιχειρήσεις, δημόσιες ή ιδιωτικές. Στην περίπτωση αυτή είναι ευνόητο ότι οι δημόσιες αρχές δεν δεσμεύονται από το δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Βλ. Fatome Etienne et Alain Menemenis, *Intérêt général, concurrence et service public*, AJDA, 16 Ιανουαρίου 2006, σελ. 67-68.

Αντιθέτως, όταν μια δημόσια αρχή προτίθεται να απευθυνθεί σε επιχείρηση με οργανική αυτονομία, είναι μάλλον πρόδηλο ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να παραχωρήσει άνευ ετέρου μια υπηρεσία χωρίς να λαμβάνει προηγουμένως υπόψη άλλους πιθανούς υποψηφίους και χωρίς να διεξάγει, προς τον σκοπό αυτό, διαφανή διαδικασία διαγωνισμού.

#### **A. Το πρόβλημα των in house αναθέσεων: η εξαίρεση από την υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού**

Ιδιαίτερα κρίσιμο ζήτημα για την προστασία του ανταγωνισμού συνιστά η διάκριση μεταξύ εσωτερικών αναθέσεων γνωστών και ως «in-house αναθέσεων» και εξωτερικών συμβάσεων, καθώς δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις κατά τις οποίες η μεταξύ τους διαφοροποίηση αποδεικνύεται δυσχερής. Οι in-house αναθέσεις υπό στενή έννοια είναι πράξεις με τις οποίες ένας οργανισμός δημοσίου δικαίου αναθέτει το αντικείμενο σύμβασης σε μια από τις υπηρεσίες του που δεν διαθέτουν νομική προσωπικότητα. Υπό ευρεία έννοια, στις in-house αναθέσεις περιλαμβάνονται ορισμένες περιπτώσεις κατά τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν συμβάσεις με εταιρίες τις οποίες ελέγχουν οι ίδιες και οι οποίες διαθέτουν νομική προσωπικότητα<sup>132</sup>.

Είναι φανερό ότι ενώ οι in-house αναθέσεις υπό στενή έννοια δεν υπάγονται σε καμία περίπτωση στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου ότι πρόκειται για διοικητικές πράξεις αμιγώς εσωτερικής φύσεως, στις in-house αναθέσεις υπό ευρεία έννοια<sup>133</sup> προκύπτει συχνά ένα περίπλοκο ζήτημα οριοθέτησης, ήτοι αν υφίσταται ή όχι υποχρέωση διασφάλισης ανταγωνισμού<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Βλ. Kotschy B, Les derniers arrêts sur l'exemption in-house: coup de grâce ou limitation des excès?, RDUE, 4/2005, σελ. 854επ..

<sup>133</sup> Καλούμενες επίσης σε ορισμένες περιπτώσεις και «οιονεί in-house αναθέσεις» Βλ., και σημείο 49 των προτάσεων της γενικής εισαγγελία Stix-Hackl στην απόφαση C-26/03, Stadt Halle, Συλλογή 2005, I-1.

<sup>134</sup> Βλ. Giorello Mario, Gestions in house, entreprises publiques et marches publics: la Cour de Justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général, RDUE, 1/2006, σελ. 28, Παναγόπουλου Σπ., Ανάθεση συμβάσεων «οιονεί» αυτεπιστασίας (in house) μετά την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ, ΔηΣΚΕ 1-3/2007, σελ. 40επ., Γέροντα Απ., Οι «εσωτερικές αναθέσεις» (in house transactions-αναθέσεις) στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων κατά τη νομολογία του ΔΕΚ, ΕφημΔΔ, 3/2008 σελ.390επ.

Στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας η εν λόγω προβληματική απασχόλησε ιδιαίτερος το ΔΕΚ λόγω της τάσης των κρατών να προσπαθούν να ελέγχουν υπό διάφορες μορφές την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας.

### **1. Ο βαθμός συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής**

Στην ήδη αναλυθείσα υπόθεση Coname, κρίθηκε η εκ μέρους ενός δήμου απευθείας ανάθεση σύμβασης παραχώρησης με αντικείμενο τη διαχείριση της δημόσιας υπηρεσίας διανομής του φυσικού αερίου σε εταιρία της οποίας τα κεφάλαια είναι κατά πλειονότητα δημόσια και στο κεφάλαιο της οποίας ο δήμος αυτός συμμετέχει με ποσοστό 0,97 %<sup>135</sup>.

Το Δικαστήριο εξέτασε αν συντρέχουν αντικειμενικές περιστάσεις που μπορούν να δικαιολογήσουν την απευθείας ανάθεση και τόνισε ότι το γεγονός ότι ο δήμος συμμετέχει με ποσοστό 0,97 % στο κεφάλαιο της εταιρείας δεν συνιστά, αυτό και μόνο, μια από τις αντικειμενικές αυτές περιστάσεις. Συγκεκριμένα, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η ανάγκη ενός δήμου να ασκεί έλεγχο στον παραχωρησιούχο ο οποίος διαχειρίζεται μια δημόσια υπηρεσία μπορεί να συνιστά αντικειμενική περίπτωση πρέπει να τονιστεί ότι η συμμετοχή με ποσοστό 0,97 % είναι τόσο μικρή ώστε δεν μπορεί να καταστήσει δυνατό ένα τέτοιο έλεγχο<sup>136</sup>.

Η ιταλική κυβέρνηση εντούτοις ισχυρίστηκε ότι η πλειονότητα των δήμων δεν έχουν τα μέσα για να εξασφαλίσουν με εσωτερικές οργανωτικές δομές την παροχή δημοσίων υπηρεσιών, όπως είναι η διανομή του φυσικού αερίου στο έδαφός τους, και είναι συνεπώς υποχρεωμένοι να προσφεύγουν σε οργανωτικές δομές, όπως αυτή της υπό κρίση εταιρείας, στο κεφάλαιο της οποίας πολλοί δήμοι συμμετέχουν. Το ΔΕΚ προς απόκρουση της επιχειρηματολογίας αυτής ήλεγξε την οργανωτική δομή της εταιρείας και διαπίστωσε ότι αποτελεί εταιρία η οποία είναι ανοικτή, τουλάχιστον εν μέρει, στο ιδιωτικό κεφάλαιο, οπότε δεν μπορεί να θεωρηθεί «εσωτερική» οργανωτική δομή διαχείρισης μιας δημόσιας υπηρεσίας ως προς τους δήμους που

---

<sup>135</sup> C-231/03, Απόφαση της 21<sup>ης</sup> Ιουλίου 2005, Συλλογή 2005, σελ. I-7287.

<sup>136</sup> Σκέψεις 23-24 της απόφασης.

μετέχουν σ' αυτή<sup>137</sup>. Υπό τις συνθήκες αυτές το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει τη μη διεξαγωγή διαγωνισμού για την ανάθεση της παραχώρησης.

## 2. Η επίδραση της νομολογίας *Teckal*

Ήδη από τα τέλη της προηγούμενης δεκαετίας το Δικαστήριο είχε ενασχοληθεί με το ζήτημα των *in house* αναθέσεων στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Η πλέον δε χαρακτηριστική απόφαση είναι η *Teckal*<sup>138</sup>, η οποία αφορούσε την χωρίς διαγωνισμό σύναψη σύμβασης που είχε ως αντικείμενο την προμήθεια προϊόντων μεταξύ μιας κοινότητας και μιας κοινοπραξίας μεταξύ πολλών κοινοτήτων.

Στην ενλόγω απόφαση το Δικαστήριο έκρινε ότι η οδηγία 93/36 περί συμβάσεων δημοσίων προμηθειών τυγχάνει εφαρμογής στην περίπτωση όπου ένας οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης προτίθεται να συνάψει εγγράφως σύμβαση, με τυπικώς διακεκριμένο και αυτόνομο σε σχέση με αυτόν όσον αφορά τη λήψη αποφάσεων οργανισμό<sup>139</sup>. Διαφορετική περίπτωση, ήτοι μη εφαρμογή της κοινοτικής οδηγίας συντρέχει μόνον αν πληρούνται σωρευτικώς δυο κριτήρια: η δημόσια αρχή ασκεί επί του αντισυμβαλλομένου της έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών (πρώτο κριτήριο) και ο αντισυμβαλλόμενος πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του με την ή τις δημόσιες αρχές που τον ελέγχουν (δεύτερο κριτήριο)<sup>140</sup>.

Ωστόσο, στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών η εφαρμογή της νομολογίας *Teckal* δεν μπορεί να θεωρηθεί αυτόματη. Και τούτο διότι, όπως συνάγεται από την ενλόγω απόφαση, η εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων εξαρτάται από την ύπαρξη σύμβασης, ήτοι μιας συμφωνίας μεταξύ δυο διαφορετικών προσώπων<sup>141</sup>. Τουναντίον στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών όπου δεν εφαρμόζονται οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων αλλά οι κανόνες των

<sup>137</sup> Σκέψεις 25-28 της απόφασης.

<sup>138</sup> Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, *Teckal*, Συλλογή 1999, σ. I-8121.

<sup>139</sup> Σκέψεις 46, 49 και 50 της απόφασης.

<sup>140</sup> Το Δικαστήριο κατέστησε σαφές ότι οι εκτιμήσεις αυτές διέπουν επίσης την εφαρμογή των οδηγιών 92/50 και 93/37/ΕΟΚ με τις αποφάσεις της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, *Stadt Halle* και RPL *Lochau*, σκέψεις 48, 49 και 52, και της 13ης Ιανουαρίου 2005, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-84/03, σκέψη 39.

<sup>141</sup> Σκέψεις 46 και 49 της απόφασης *Teckal*.

άρθρων 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, καθώς και των γενικών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των δυσμενών διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, η εφαρμογή αυτών των κανόνων δεν προϋποθέτει την ύπαρξη σύμβασης.

Παρά την ενλόγω διαφοροποίηση, το Δικαστήριο διαπίστωσε στην προεκτεθείσα υπόθεση *Parking Brixen* ότι υπάρχει δυνατότητα εφαρμογής των εκτιμήσεων της απόφασης *Teckal* επί των διατάξεων της ΣυνθΕΚ και επί των αρχών που διέπουν τις παραχωρήσεις δημόσιων υπηρεσιών. Ειδικότερα το Δικαστήριο ερωτήθηκε ως προς τη συμβατότητα με το κοινοτικό δίκαιο της παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας χωρίς προηγούμενο διαγωνισμό, όταν η ανάδοχος επιχείρηση είναι ανώνυμη εταιρία η οποία προέκυψε από τη μετατροπή ειδικής επιχείρησης ανήκουσας σε δημόσια αρχή και της οποίας το εταιρικό κεφάλαιο κατά τον χρόνο της σύναψης της συμβάσεως ανήκε κατά 100 % στην παραχωρούσα δημόσια αρχή<sup>142</sup>.

Συνεπώς, στον τομέα των παραχωρήσεων δημόσιων υπηρεσιών δεν εφαρμόζονται οι κοινοτικές οδηγίες περί ανάθεσης της σύμβασης, όταν η δημόσια αρχή εκπληρώνει τα δημοσίου συμφέροντος καθήκοντά της με τα δικά της διοικητικά, τεχνικά και λοιπά μέσα, χωρίς να απευθύνεται σε τρίτους φορείς εκτός των υπηρεσιών της<sup>143</sup>.

### **3. Η εφαρμογή της εξαίρεσης**

Απαλλαγή από την υποχρέωση διαγωνιστικής διαδικασίας συντρέχει στην περίπτωση της ανάθεσης από δήμο σε διαδημοτικό συνεταιρισμό της παραχώρησης της εκμετάλλευσης του δημοτικού δικτύου καλωδιακής τηλεόρασης, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην υπόθεση *Coditel Brabant S.A.*<sup>144</sup> Εν προκειμένω το Δικαστήριο προέβη σε παρουσίαση των θέσεων του επί των αποφάσεων που αποτέλεσαν την εξέλιξη της νομολογίας *Teckal*, προχωρώντας όμως και στην επέκτασή τους στις παραχωρήσεις υπηρεσίας.

Αφού υπενθύμισε ότι εφόσον ιδιωτική επιχείρηση κατέχει συμμετοχή στο κεφάλαιο του ανάδοχου φορέα, η παραχωρούσα δημόσια αρχή δεν μπορεί να ασκήσει, στον εν

<sup>142</sup> C-458/03, Απόφαση της 13<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005, Συλλογή 2005, σελ. I-8585.

<sup>143</sup> Σκέψεις 60-61 της απόφασης

<sup>144</sup> C-324/07, Απόφαση της 13<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2008.

λόγω φορέα, έλεγχο ανάλογο με αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών<sup>145</sup>, επανέλαβε ότι το γεγονός ότι η παραχωρούσα δημόσια αρχή κατέχει μόνη ή από κοινού με άλλες δημόσιες αρχές το σύνολο του κεφαλαίου μιας αναδόχου εταιρίας αποτελεί κατ' αρχήν ένδειξη για το ότι η αρχή αυτή ασκεί επί της εν λόγω εταιρίας έλεγχο ανάλογο με εκείνον που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες<sup>146</sup>.

Στη συνέχεια το Δικαστήριο εξέτασε αν συντρέχουν οι δυο προϋποθέσεις της νομολογίας Teckal. Στην υπό κρίση υπόθεση ο ανάδοχος φορέας ήταν διαδημοτικός συνεταιρισμός αποτελούμενος αφενός από δήμους και αφετέρου από μία διαδημοτική ένωση που και αυτή έχει ως μέλη της αποκλειστικά δήμους. Ο εν λόγω συνεταιρισμός δεν ήταν ανοιχτός σε ιδιώτες επιχειρηματίες. Περαιτέρω το διοικητικό του συμβούλιο απαρτιζόταν από τους εκπροσώπους των δήμων που είναι μέλη, οι οποίοι διορίζονταν από τη γενική συνέλευση, που αποτελείται από εκπροσώπους των δήμων-μελών. Η εν λόγω σύνθεση οδήγησε το ΔΕΚ στο συμπέρασμα ότι οι δημόσιες αρχές ελέγχουν τα όργανα λήψης αποφάσεων του συνεταιρισμού και είναι έτσι σε θέση να ασκούν καθοριστική επιρροή<sup>147</sup>.

Θα μπορούσε βέβαια να υποστηριχθεί ότι, οι ευρύτερες εξουσίες του διοικητικού συμβουλίου του συνεταιρισμού προσδίδουν σε αυτόν τα χαρακτηριστικά επιχείρησης που δρα υπό συνθήκες οικονομίας της αγοράς και άρα διαθέτει ένα περιθώριο αυτονομίας που δυσκολεύει τον έλεγχο εκ μέρους των δημοσίων αρχών που είναι μέλη του. Όπως όμως επεσήμανε το Δικαστήριο ο συνεταιρισμός δεν έχει τη μορφή μετοχικής ή ανώνυμης εταιρίας που μπορεί να επιδιώξει στόχους ανεξαρτήτως των μετόχων της. Καταστατικός δε σκοπός του είναι η υλοποίηση των καθηκόντων δημοτικού συμφέροντος για την εκπλήρωση των οποίων συστάθηκε και δεν εξυπηρετεί κανένα άλλο συμφέρον διαφορετικό από αυτό των δημοσίων αρχών που είναι μέλη του. Τα ανωτέρω δεδομένα συντελούν στην διαπίστωση ότι πληρούται η πρώτη προϋπόθεση της νομολογίας Teckal, ήτοι οι δήμοι-μέλη του διαδημοτικού

---

<sup>145</sup> Βλ. απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 49.

<sup>146</sup> Βλ. C-340/04, απόφαση της 11<sup>ης</sup> Μαΐου 2006, Carbotermo και Consorzio Alisei, Συλλογή 2006, σελ. I-4137, σκέψη 37, και C-295/05, απόφαση της 19ης Απριλίου 2007, Asemfo, Συλλογή 2007, σ. I-2999, σκέψη 57.

<sup>147</sup> Σκέψεις 32-35 της απόφασης.

συνεταιρισμού ασκούν επί αυτού έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκούν αυτοί επί των δικών τους υπηρεσιών<sup>148</sup>.

Η βαρύνουσα σημασία που αποδίδεται στην αποτελεσματικότητα του ελέγχου επί του αναδόχου φορέα, δεν συνεπαγεται ότι σε περίπτωση συνεργασίας πολλών δημοσίων αρχών απαιτείται ο έλεγχος να είναι και ατομικός, ήτοι να ασκείται από κάθε δημόσια αρχή. Κατά το Δικαστήριο, η απαίτηση ατομικού ελέγχου θα επέβαλε υποχρέωση τήρησης ανταγωνισμού σε κάθε περίπτωση στην οποία μια δημόσια αρχή θα ήθελε να προσχωρήσει σε ομάδα απαρτιζόμενη από άλλες αρχές, όπως ο διαδημοτικός συνεταιρισμός. Επομένως, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, στην περίπτωση όπου περισσότερες δημόσιες αρχές ελέγχουν ανάδοχο φορέα στον οποίο αναθέτουν την εκπλήρωση ενός από τα καθήκοντά τους δημοσίου συμφέροντος, ο έλεγχος που οι δημόσιες αυτές αρχές ασκούν επί του εν λόγω φορέα μπορεί να ασκηθεί από κοινού<sup>149</sup>.

Από την ενλόγω απόφαση συνάγεται ότι το Δικαστήριο αφενός μεν δεν αναγνωρίζει καθολική υπεροχή στην αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού αφετέρου δε αποφεύγει την υπερβολικά εκτεταμένη επέμβαση στα δικαιώματα αυτοδιοίκησης των δήμων και, συνεπώς, και στην αρμοδιότητα των κρατών μελών<sup>150</sup>. Η θέση αυτή όμως δεν θα πρέπει να οδηγήσει στην εσφαλμένη διαπίστωση ότι το Δικαστήριο αποδέχεται μια ευρεία ερμηνεία των κριτηρίων της νομολογίας Teckal στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας. Αντιθέτως σε κάθε υπόθεση τονίζει την ανάγκη στενής ερμηνείας της εξαίρεσης από την υποχρέωση τήρησης ανταγωνισμού.

## **B. Η συστατική ερμηνεία της εξαίρεσης**

Αποτελεί πάγια θέση του Δικαστηρίου ότι, ως εξαιρέσεις από τους γενικούς κανόνες του κοινοτικού δικαίου, οι δύο προϋποθέσεις της απόφασης Teckal πρέπει να ερμηνεύονται συστατικώς, ενώ το βάρος απόδειξης περί της συνδρομής έκτακτων

<sup>148</sup> Σκέψεις 36-42 της απόφασης.

<sup>149</sup> Σκέψεις 46-54 της απόφασης.

<sup>150</sup> Η διαδημοτική σύμπραξη χωρίς συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου αποτελεί, λόγω των αποτελεσμάτων συνέργειας που επιφέρει, ένα συχνά χρησιμοποιούμενο σε πολλά κράτη μέλη τρόπο αποτελεσματικής και μη δαπανηρής εκπλήρωσεως δημοσίων καθηκόντων, βλ. σκέψη 87 των προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως Trstenjak στην υπό κρίση απόφαση.



περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει εκείνος ο οποίος τις επικαλείται<sup>151</sup>.

Στο πεδίο των παραχωρήσεων υπηρεσίας ο περιορισμός της εξαίρεσης επικυρώθηκε με την ήδη εκτεθείσα υπόθεση Parking Brixen, όπου και πάλι καταδεικνύεται ο συνδυαστικός ρόλος Γενικού Εισαγγελέα και Δικαστηρίου στη έκφραση της νομολογίας.

### ***1. Η αξιολογική εκτίμηση των κριτηρίων από την Γενική Εισαγγελέα***

Στην υπόθεση Parking Brixen η Γενική Εισαγγελέας προέβη σε ιδιαίτερα εμπειριστατωμένη ανάλυση των δυο κριτηρίων που συνηγορούν υπέρ της μη διεξαγωγής διαγωνισμού, στηριζόμενη σε αξιολογικές εκτιμήσεις, καθώς, όπως επισημαίνει, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων δεν εξαρτάται αποκλειστικά από τη συνδρομή παραμέτρων αμιγώς τυπικής φύσης<sup>152</sup>.

Καταρχήν, η νομολογιακή θέση ότι αρκεί έστω και η μειοψηφική συμμετοχή ιδιώτη για τον αποκλεισμό της αποδοχής άσκησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ελέγχου ανάλογου προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών, αποδεικνύει την καθιέρωση μιας προϋπόθεσης αυστηρότερης σε σχέση με το δίκαιο του ανταγωνισμού<sup>153</sup>. Επομένως, για την ερμηνεία της έννοιας της άσκησης ελέγχου δεν μπορεί να γίνει προσφυγή στους αντίστοιχους κανόνες του δικαίου του ανταγωνισμού.

Ειδικότερα η παρουσία ιδιώτη τρίτου συνεπάγεται πάντοτε έναν ελάχιστο βαθμό συνεκτίμησης, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των συμφερόντων του εν λόγω τρίτου. Άλλωστε μόνον υπό αυτή την προϋπόθεση θα δεχθεί κατά κανόνα μια ιδιωτική επιχείρηση να διαθέσει στη δημόσια αρχή την τεχνογνωσία ή την οικονομική της ισχύ. Επομένως, όταν ένας ιδιώτης τρίτος συμμετέχει σε μια επιχείρηση, τότε η σύγκρουση των οικονομικών του συμφερόντων με τους σκοπούς

---

<sup>151</sup> Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Stadt Halle και RPL Lochau, σκέψη 46.

<sup>152</sup> Σκέψεις 46επ. των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

<sup>153</sup> Σκέψεις 52 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

δημόσιου συμφέροντος της δημόσιας αρχής δύναται να έχει ως συνέπεια τη μη πλήρη εκπλήρωση των σκοπών δημοσίου συμφέροντος<sup>154</sup>.

Επί τη βάση των ανωτέρω σκέψεων θα πρέπει επομένως να γίνει δεκτό ότι οι «επιχειρήσεις μικτής οικονομίας», όπου η συνύπαρξη δημόσιου και ιδιωτικού συμφέροντος αποτελεί το κύριο χαρακτηριστικό δεν μπορούν να υπαχθούν στην εξαίρεση<sup>155</sup>.

Στην υπό κρίση περίπτωση, κατά τον χρόνο ανάθεσης της παραχώρησης η ανάδοχος εταιρεία δεν είχε τη μορφή επιχείρησης μικτής οικονομίας, αλλά θυγατρικής εξ ολοκλήρου ανήκουσας στον δήμο, ο οποίος όφειλε, το αργότερο εντός δύο ετών από τη μετατροπή της θυγατρικής επιχείρησης σε ανώνυμη εταιρία, να εγκαταλείψει τη θέση του μοναδικού μετόχου υπέρ μιας απλής πλειοψηφικής συμμετοχής.

Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων διέπεται όμως από την αρχή της ασφάλειας δικαίου, η οποία επιτάσσει οι υποχρεώσεις των αναθετουσών αρχών να κρίνονται κατά την ημερομηνία σύναψης της σύμβασης. Η συνεκτίμηση επομένως μεταγενέστερων περιστάσεων είναι δυνατή μόνον εφόσον η επέλευσή τους ήταν απολύτως προβλέψιμη κατά τον χρόνο συνάψεως της σύμβασως<sup>156</sup>. Ως εκ τούτου, η παροχή στους τρίτους, εντός ορισμένης προθεσμίας, της δυνατότητας συμμετοχής στο κεφάλαιο εταιρίας δεν αρκεί, αυτή και μόνον, προς απόδειξη του ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ασκεί επί της εταιρίας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η ερμηνεία στην οποία προέβη η Γενική Εισαγγελέας ως προς την έννοια του «αναλόγου» ελέγχου που ασκεί η δημόσια αρχή στον ανάδοχο φορέα. Ειδικότερα, η Γενική Εισαγγελέας παρατήρησε ότι ο έλεγχος που ασκούν οι δημόσιες αρχές επί των διοικητικών τους υπηρεσιών χαρακτηρίζεται, από νομική άποψη, κυρίως από το διευθυντικό δικαίωμα και την εποπτική εξουσία<sup>157</sup>. Τέτοιας μορφής εξουσίες όμως δεν συναντώνται στις σχέσεις με τα διοικητικά

<sup>154</sup> Σκέψη 53 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

<sup>155</sup> Αυτό υποδηλώνεται στην προαναφερθείσα απόφαση Stadt Halle (σκέψη 50). Ως προς την έννοια της επιχείρησης μικτής οικονομίας, βλ. σημείο 58 των προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως Stix-Hackl στην υπόθεση Stadt Halle.

<sup>156</sup> Σκέψεις 56 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

<sup>157</sup> Σκέψη 67 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

όργανα των δημόσιων επιχειρήσεων, ιδίως όταν οι επιχειρήσεις αυτές έχουν τη μορφή ανώνυμης εταιρίας ή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης.

Επομένως, η απαίτηση να διαθέτει η αναθέτουσα αρχή έναντι του αντισυμβαλλομένου της τις ίδιες νομικές δυνατότητες επιρροής που διαθέτει έναντι των δικών της υπηρεσιών του θα απέκλειε ουσιαστικά την εφαρμογή του πρώτου κριτηρίου της νομολογίας Teckal ως προς τις κεφαλαιουχικές εταιρίες ιδιωτικού δικαίου διότι οι αναθέτουσες αρχές θα όφειλαν, ακόμη και αν αποτελούσαν τον μοναδικό εταίρο των εταιριών αυτών, να εξασφαλίζουν παντοτε συνθήκες ανταγωνισμού. Η εν λόγω ερμηνεία θα λειτουργούσε, όπως χαρακτηριστικά σημείωσε η Γενική Εισαγγελέας, αποτρεπτικά στη χρησιμοποίηση της ιδιωτικού δικαίου νομικής μορφής της ανώνυμης εταιρίας ή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης για τον σκοπό της αμιγώς εσωτερικής αναδιοργάνωσης<sup>158</sup>.

Επί τη βάση των ανωτέρω η δυνατότητα επιρροής της δημόσιας αρχής επί των δημόσιων επιχειρήσεων δεν θα πρέπει να ταυτίζεται με τον έλεγχο που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες. Καθοριστικός παράγοντας για τη διαπίστωση αναλογίας ελέγχου θα πρέπει να συνιστά η πραγματική δυνατότητα της δημόσιας αρχής να επιβάλλει πλήρως στην εταιρία τους σκοπούς δημοσίου συμφέροντος που η ίδια επιδιώκει. Μόνον εφόσον η εταιρία διαθέτει στην πράξη τόσο ευρεία αυτονομία ώστε η δημόσια αρχή να μη δύναται πλέον να επιβάλλει πλήρως στην εταιρία τους σκοπούς δημοσίου συμφέροντος που η ίδια επιδιώκει, δεν είναι πλέον δυνατό να γίνεται λόγος για έλεγχο ανάλογο προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Κατα τη Γενική Εισαγγελέα η μετατροπή των επιχειρήσεων σε ανώνυμες εταιρίες μπορεί, βεβαίως, σε ορισμένες περιπτώσεις να έχει αποφασισθεί ως ένα πρώτο βήμα προς την ιδιωτικοποίηση των οικείων τομέων. Τούτο όμως δεν συμβαίνει πάντοτε. Επιπλέον, η επιλογή της νομικής μορφής της ανώνυμης εταιρίας είναι δυνατό να συμβάλει στην επίτευξη του θεμιτού σκοπού της ενισχύσεως της διαφάνειας. Εάν γίνονταν δεκτή η αντίθετη ερμηνεία η δημόσια αρχή δεν θα είχε πλέον άλλη επιλογή από την ιδιωτικοποίηση του τομέα που καλύπτουν οι αρμοδιότητές της. Σε ορισμένες περιπτώσεις, θα ήταν νοητή έως και η επιστροφή στην παλαιότερη κατάσταση με τη επαναμετατροπή των θυγατρικών εταιριών σε επιχειρήσεις ανήκουσες στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως. Μια τόσο εκτεταμένη επέμβαση στην εξουσία των κρατών μελών δεν είναι αναγκαία, λαμβανομένης υπόψη επίσης της επιδιωκόμενης μέσω του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων απελευθερώσεως των αγορών. Το δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων δεν αποσκοπεί στην ιδιωτικοποίηση «διά της τεθλασμένης» ακόμη και των υπηρεσιών δημοσίου συμφέροντος που η δημόσια αρχή αποφασίζει να εξακολουθήσει να παρέχει με τα δικά της μέσα.

<sup>159</sup> Σκέψεις 72-73 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

Στις προτάσεις της η Γενική Εισαγγελέας προχώρησε σε εξέταση και του δεύτερου κριτηρίου κατά τη νομολογία Teckal, ήτοι την πραγματοποίηση του κύριου μέρους της δραστηριότητας του αντισυμβαλλόμενου με την ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν<sup>160</sup>. Συγκεκριμένα, ελέγχθηκαν οι καταστατικές διατάξεις της αναδόχου εταιρείας, σύμφωνα με τις οποίες το πεδίο δραστηριοτήτων της περιλαμβάνει μεγάλο αριθμό δραστηριοτήτων δημοσίου συμφέροντος, τις οποίες η εταιρία μπορεί να ασκεί σε τοπικό, εθνικό ή διεθνές επίπεδο.

Εντούτοις, η Γενική Εισαγγελέας παρατηρεί ότι οι καταστατικές διατάξεις δεν ασκούν από μόνες τους καθοριστική επιρροή διότι είναι σύνηθες να διατυπώνονται με ιδιαιτέρως ευρύ τρόπο, προκειμένου να καλύψουν όχι μόνον τις σε δεδομένη στιγμή υφιστάμενες, αλλά και ενδεχόμενες μελλοντικές δραστηριότητες της εταιρίας. Σε αντίθετη περίπτωση θα ήταν πρακτικώς αδύνατο οι επιχειρήσεις αυτές να πληρούν το δεύτερο κριτήριο της νομολογίας Teckal<sup>161</sup>.

Ενόψει τούτου θα πρέπει να υιοθετηθεί και πάλι ένα λειτουργικό κριτήριο, ήτοι η πραγματική δραστηριότητα της επιχειρήσεως. Η πραγματική δραστηριότητα μιας εταιρίας, ανεξαρτήτως της νομικής μορφής της, αποτελεί την ασφαλέστερη ένδειξη για το αν η επιχείρηση αυτή λειτουργεί στην αγορά όπως οι άλλες επιχειρήσεις ή αν η σχέση της με το δημόσιο είναι τόσο στενή ώστε οι συναπτόμενες μεταξύ αυτής και των αναθετουσών αρχών συμβάσεις να μπορούν να θεωρούνται εσωτερικές αναθέσεις. Η δε πρωτεύουσα ή μη σημασία μια δραστηριότητας πρέπει να κριθεί με κριτήρια ποσοτικά αλλά και ποιοτικά<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Ωστόσο το Δικαστήριο δεν προέβη σε έλεγχο αυτής της προϋπόθεσης αλλά αρκέστηκε στην αποδοχή της μη πλήρωσης του πρώτου κριτηρίου της νομολογίας Teckal.

<sup>161</sup> Σκέψεις 79-80 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως.

<sup>162</sup> Η Γενική Εισαγγελέας χρησιμοποίησε ως κριτήριο το ποσοστό του κύκλου εργασιών που πραγματοποιεί η επιχείρηση αυτή από τις συμβάσεις που συνάπτει με τον δημόσιο οργανισμό που την ελέγχει. Όταν μια επιχείρηση δραστηριοποιείται σε περισσότερους τομείς, πρέπει να εξετάζεται σε πόσους από τους τομείς αυτούς η επιχείρηση πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς της για τους οργανισμούς δημόσιου δικαίου που την ελέγχουν και πόσο σημαντικός είναι καθένας από τους τομείς αυτούς για την επιχείρηση. Περαιτέρω, εξετάστηκε ενδελεχώς η γεωγραφική ακτίνα δράσεως της επιχείρησης. Το γεγονός και μόνον ότι μια δημοτική επιχείρηση ασκεί ή δύναται να ασκήσει τις δραστηριότητές της και πέραν των ορίων του δήμου δεν αποκλείει κατ' ανάγκη το ενδεχόμενο να πραγματοποιεί το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων της για τον δήμο αυτό.

## 2. Η ρεαλιστική προσέγγιση του Δικαστηρίου

Το Δικαστήριο δεν υιοθέτησε πλήρως τις θέσεις της Γενικής Εισαγγελέως αλλά έκρινε ότι τα στοιχεία που συνηγορούν υπέρ της άποψης ότι η ανάδοχος εταιρεία διαθέτει τα χαρακτηριστικά επιχείρησης που δρα υπό συνθήκες οικονομίας της αγοράς, είναι:

- α) η μετατροπή της ειδικής επιχείρησης σε ανώνυμη εταιρία και η φύση του εταιρικού αυτού τύπου·
- β) η διεύρυνση του εταιρικού σκοπού, δεδομένου ότι η εταιρία μπορεί πλέον να ασκεί δραστηριότητες σε σημαντικούς τομείς, όπως της μεταφοράς προσώπων και εμπορευμάτων, της πληροφορικής και των τηλεπικοινωνιών.
- γ) η υποχρεωτική, μετά από σύντομο χρονικό διάστημα, επένδυση ξένων κεφαλαίων στην εταιρία·
- δ) η επέκταση του κατά τόπον πεδίου δραστηριοτήτων της εταιρίας σε όλη την ιταλική επικράτεια και στο εξωτερικό<sup>163</sup>.

Ειδική βαρύτητα απέδωσε όμως το Δικαστήριο στο στοιχείο της έκτασης της εξουσίας που παρέχεται στο διοικητικό συμβούλιο της αναδόχου εταιρείας. Όπως τονίστηκε, η ύπαρξη δυνατότητας άσκησης καθοριστικής επιρροής εκ της δημόσιας αρχής πρέπει να καλύπτει αφενός μεν τους στρατηγικούς στόχους αφετέρου δε τις σημαντικές αποφάσεις της εταιρίας<sup>164</sup>.

Στην προκειμένη περίπτωση το καταστατικό της εταιρείας απονέμει στο εν λόγω συμβούλιο ευρύτατες εξουσίες για τη διαχείριση της εταιρίας, στις οποίες καταλέγεται η δυνατότητα διενέργειας κάθε πράξεως που κρίνεται αναγκαία προς επίτευξη του εταιρικού σκοπού. Περαιτέρω, η εξουσία σύστασης ασφάλειας για ποσό έως 5 εκατομμύρια ευρώ και η εξουσία διενέργειας περαιτέρω πράξεων άνευ προηγούμενης έγκρισης της γενικής συνέλευσης αποτελούν εκφάνσεις της ευρείας αυτονομίας που διαθέτει η εταιρία αυτή έναντι των μετόχων της. Το δε γεγονός ότι ο έλεγχος εκ μέρους του δήμου περιορίζεται κυρίως στη λήψη των μέτρων που μπορεί να λαμβάνει, κατά το εταιρικό δίκαιο, η πλειοψηφία των εταίρων, κρίθηκε από το

---

<sup>163</sup> Σκέψη 67 της απόφασης.

<sup>164</sup> Σκέψη 65 της απόφασης.

Δικαστήριο ότι ελαττώνει αισθητά τον βαθμό εξάρτησης που υφίστατο μεταξύ του δήμου και της ειδικής επιχείρησης<sup>165</sup>.

Υπό το πρίσμα των θέσεων της απόφασης Parking Brixen το Δικαστήριο στην απόφαση ANAV<sup>166</sup> ασχολήθηκε με την ανάθεση χωρίς διαγωνισμό από δήμο της υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών σε ανώνυμη εταιρεία της οποίας το κεφάλαιο ανήκε εξ'ολοκλήρου στο δήμο. Κρίσιμο γεγονός εν προκειμένω συνιστούσε η σχεδόν ταυτόχρονη απόφαση του δήμου να εκχωρήσει το 80% της συμμετοχής του στην εταιρεία, απόφαση την οποία όμως τελικώς ανακάλεσε<sup>167</sup>.

Κατά το Δικαστήριο το άνοιγμα του κεφαλαίου της εταιρείας σε ιδιώτες μετόχους κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης θα είχε εμμέσως ως αποτέλεσμα την ανάθεση της σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας σε επιχείρηση μικτού κεφαλαίου οικονομίας χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού, γεγονός που δεν συνάδει προς το κοινοτικό δίκαιο<sup>168</sup>.

Επαναλαμβάνοντας την πάγια θέση ότι η έστω και μειοψηφική, συμμετοχή ιδιωτικής επιχείρησης στο κεφάλαιο εταιρίας της οποίας μέτοχο αποτελεί και η αναθέτουσα δημόσια αρχή αποκλείει, εν πάση περιπτώσει, τη δυνατότητα της δημόσιας αυτής αρχής να ασκεί σε μια τέτοια εταιρία έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών το Δικαστήριο διαπιστώνει ότι εφόσον η παραχωρησιούχος εταιρία είναι, έστω εν μέρει, ανοιχτή στο ιδιωτικό κεφάλαιο, δεν δύναται να θεωρηθεί τμήμα της «εσωτερικής» διαχείρισης μιας δημόσιας υπηρεσίας στο πλαίσιο του

---

<sup>165</sup> Σκέψεις 68-69 της απόφασης.

<sup>166</sup> C- 410/04, Απόφαση της 6<sup>ης</sup> Απριλίου 2006, συλλογή 2006, σελ. 1-3303.

<sup>167</sup> Συγκεκριμένα, με απόφαση της 17ης Ιουλίου 2003, ο Comune di Bari προκήρυξε δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση της υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών. Με απόφαση της 9ης Οκτωβρίου 2003 εγκατέλειψε τη διαδικασία του δημόσιου διαγωνισμού και στις 18 Δεκεμβρίου 2003, ο εν λόγω δήμος προέβη σε απευθείας ανάθεση της επίμαχης υπηρεσίας στη δημόσια επιχείρηση. Παράλληλα στις 27 Δεκεμβρίου 2002, ο δήμος αποφάσισε να προβεί σε εκχώρηση τμήματος της συμμετοχής του, αντιστοιχώντας στο 80 % των μετοχών που κατέχει στο κεφάλαιο της εταιρίας αυτής, ενώ, στις 21 Μαΐου 2004 αποφάσισε να προκηρύξει διαγωνισμό για την επιλογή του πλειοψηφούντος ιδιώτη εταίρου. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ο Comune di Bari ισχυρίστηκε ότι έχει ανακαλέσει την απόφασή του να εκχωρήσει τμήμα των μετοχών που κατείχε στο κεφάλαιο της δημόσιας επιχείρησης, υποστηρίζοντας ότι στις 13 Ιανουαρίου 2005, αποφάσισε να μη δώσει συνέχεια στην προηγούμενη απόφασή του και να μην προβεί στην ιδιωτικοποίηση της εταιρίας αυτής.

<sup>168</sup> Σκέψη 30 της απόφασης, βλ. επίσης απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας, Συλλογή 2005, σελ 1-9705, σκέψη 48.

οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης που την ελέγχει<sup>169</sup>. Κατόπιν δε αυτών διευκρινίσεων το ΔΕΚ παρέπεμψε στο εθνικό δικαστήριο να εξακριβώσει αν ο δήμος προτίθεται πράγματι να αναθέσει τη συμμετοχή στην εταιρεία σε ιδιώτες μετόχους.

Από την προεκτεθείσα επισκόπηση της νομολογίας του Δικαστηρίου επί του ζητήματος των in house αναθέσεων διαπιστώνεται ότι το ΔΕΚ επιχειρεί να διατηρήσει μια λεπτή ισορροπία μεταξύ της διασφάλισης της ελεύθερης αγοράς και της οργανωτικής ελευθερίας των αναθετουσών αρχών, αν και η επέκταση της νομολογίας Teckal στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας καταρχήν συνηγορεί υπέρ της ανάγκης προστασίας του ανταγωνισμού. Το Δικαστήριο αναγνωρίζει ρητά ότι ο τύπος και η ουσία δύναται να μη συμβαδίσουν και για το λόγο αυτό η εξαίρεση από την υποχρέωση τήρησης συνθηκών ανταγωνισμού απαιτεί την ύπαρξη μιας εταιρικής ενότητας διαφορετικής από την δημόσια αρχή στο τυπικό επίπεδο κυρίως όμως αυτόνομης στον επίπεδο των αποφάσεων.

Αξίζει βέβαια να σημειωθεί ότι το Δικαστήριο δεν έχει δώσει μέχρι στιγμή ενδείξεις σχετικά με την ερμηνεία του δευτέρου κριτηρίου της νομολογίας Teckal. Φαίνεται ότι το εν λόγω κριτήριο υπολείπεται, αν και ορισμένες από τις ενδείξεις που χρησιμοποιεί το ΔΕΚ για την ανάλυση του πρώτου κριτηρίου εύλογα θα μπορούσαν να υιοθετηθούν και για το δεύτερο. Από την άλλη πλευρά είναι δύσκολο να υποθέσει κανείς ότι στην παρούσα φάση οργάνωσης της δημόσιας διοίκησης είναι δυνατόν μια επιχείρηση στην οποία η δημόσια αρχή ασκεί έλεγχο ανάλογο προς τις δικές της υπηρεσίες να δραστηριοποιείται παράλληλα και σε άλλους τόμους ανεξάρτητους της δημόσιας αρχής που την ελέγχει. Είναι λοιπόν σφόδρα πιθανόν, πολλώ μάλλον και υπό το φως της συστατικής ερμηνείας του πρώτου κριτηρίου, ότι στην πλειοψηφία των υποθέσεων όπου θα πληρούται το πρώτο κριτήριο το ίδιο θα συντρέχει και με το δεύτερο και αντιστρόφως, ήτοι η έλλειψη αναλόγου ελέγχου θα οδηγεί στη μη πλήρωση και του κριτηρίου της κύριας δραστηριότητας<sup>170</sup>.

Πέραν της ως άνω νομολογιακής ενίσχυσης του ελεύθερου ανταγωνισμού, η νομολογία του ΔΕΚ στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας συμβάλλει στην ενδυνάμωση και του δικαιώματος δικαστικής προστασίας των ιδιωτών -

<sup>169</sup> Σκέψεις 31-33 της απόφασης.

<sup>170</sup> Βλ. Giorello Mario, όπ. π., σελ. 37-38.

οικονομικών φορέων αφενός μεν με την παροχή σε αυτούς δραστικών μηχανισμών για την αντιμετώπιση τυχόν παραβάσεων αφετέρου δε δια της απαγκίστρωσης του υπό κρίση συμβατικού τύπου από την έννοια της δημόσιας υπηρεσίας.

## II. Η διεύρυνση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας

Η διαπίστωση ότι οι μηχανισμοί δικαστικής προστασίας των κρατών, οι οποίοι στοχεύουν στη εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, δεν ήταν επαρκείς για τον έλεγχο της τήρησης των κοινοτικών διατάξεων, ιδίως σε ένα στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση, οδήγησε τον κοινοτικό νομοθέτη στη θέσπιση της οδηγίας 89/665<sup>171</sup>, γνωστή και ως «δικονομική οδηγία».

Η εν λόγω οδηγία επέφερε καινοτόμες ρυθμίσεις στους δημόσιους διαγωνισμούς καθώς σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 2 *«τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με την επείγουσα διαδικασία, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης του δημοσίου ή της εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές»*<sup>172</sup>.

Αναφορικά με το πεδίο εφαρμογής της υπό κρίση οδηγίας θα πρέπει να σημειωθεί ότι αφορά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που υπάγονται στο κανονιστικό πεδίο των ουσιαστικών οδηγιών 93/36, 93/37 και 92/50<sup>173</sup>. Επομένως, δεδομένου ότι οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας δεν εμπίπτουν στις κανόνες περί δημοσίων

---

<sup>171</sup> Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Δεκεμβρίου 1989 για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 395 της 30/12/1989 σ. 0033 – 0035.

<sup>172</sup> Για μια ανάλυση των διατάξεων της οδηγίας και τη μεταφορά της στο εσωτερικό μας δίκαιο με τον νόμο 2522/1997 βλ. Βλαχόπουλο Σπ., Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας : το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, Εκδ. Σάκκουλας 1998, Ρέμελη Κων., Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ: (ν.2522/97) οι κοινοτικές καταβολές της προσωρινής προστασίας στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες, Εκδ. Σάκκουλας 2000, Συνοδινό Χάρη, Αποτελεσματική δικαστική προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων της Διοίκησης, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2001.

<sup>173</sup> Βλ. άρθρο 1 της οδηγίας.



συμβάσεων, ο συγκεκριμένος συμβατικός τύπος καταρχήν αποκλείεται από το καθεστώς την οδηγία 89/665.

#### **A. Η επίδραση της νομολογίας επί των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στην εφαρμογή της οδηγίας 89/665 σε άλλες κατηγορίες συμβάσεων.**

Οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων στοχεύουν στη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισεως μεταξύ των συμμετεχόντων στη διαδικασία διαγωνισμού και της διαφάνειας σε όλες τις φάσεις της, προβλέποντας παράλληλα την υποχρέωση των κρατών μελών να θεσπίσουν τα κατάλληλα ένδικα μέσα σε εθνικό επίπεδο προκειμένου να καταστεί αποτελεσματική η τήρηση των ανωτέρω αρχών<sup>174</sup>. Ο σκοπός αυτός αποτελεί το βασικό θεμέλιο και της δικονομικής οδηγίας 89/665.

Ωστόσο, οι ίδιες αρχές διαπνέουν, όπως έχει ήδη ανωτέρω επισημανθεί, κατά πάγια νομολογία του ΔΕΚ και τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών. Ο συνδετικός αυτός ιστός αναγνωρίστηκε από το Δικαστήριο το οποίο χρησιμοποίησε τη νομολογία του στο πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών για να επεκτείνει την παρεχόμενη από τη δικονομική οδηγία δικαστική προστασία και σε μη ρυθμιζόμενους από τις ουσιαστικές οδηγίες τομείς.

Ειδικότερα, στην απόφαση *Hospital Ingénieure (HI)*<sup>175</sup>, με αντικείμενο τη σύναψη σύμβασης δημόσιας υπηρεσίας το Δικαστήριο εξέτασε αν υπάγεται στο πεδίο της δικονομικής οδηγίας η απόφαση ανάκλησης προκήρυξης διαγωνισμού. Και τούτο διότι αφενός μεν η δικονομική οδηγία δεν προσδιορίζει τις παράνομες αποφάσεις οι οποίες δύναται να προσβληθούν, αφετέρου δε η οδηγία 92/50 δεν ρυθμίζει το θέμα ανάκλησης προκήρυξης.

Όπως όμως τόνισε ο Γενικός Εισαγγελέας Tizzano, οι οδηγίες περί των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με τις παραδοσιακές αρχές της κοινοτικής νομολογίας, ήτοι κατά τρόπο που να μην περιορίζεται η έκτασή και να

---

<sup>174</sup> Ο ενλόγω σκοπός αναφέρεται ρητώς στο προοίμιο των οδηγιών 93/36, 93/37, 93/38 και 92/50.

<sup>175</sup> C- 92/00, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Ιουνίου 2002, Συλλογή 2002, σελ. I-5553.

μην θίγεται η πρακτική τους αποτελεσματικότητα<sup>176</sup>. Η σημαντικότερη βέβαια αποστολή τους είναι η διασφάλιση της τήρησης των υπέρτερων αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας<sup>177</sup>.

Περαιτέρω, και η δικονομική οδηγία πρέπει να ερμηνεύεται σε στενή συμφωνία με τους στόχους που διέπουν τις ουσιαστικές οδηγίες και το σύστημα στο σύνολό του. Συνεπώς δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι πέραν των ρητώς προβλεπομένων από τις οδηγίες περιπτώσεων, υφίστανται περιορισμοί της ένδικης προστασίας, με αποτέλεσμα να μένουν αρρύθμιστα τμήματα ή φάσεις των διαγωνιστικών διαδικασιών. Και τούτο σύμφωνα πάντοτε με την αρχή της «ενδικασιμότητας»<sup>178</sup> των συνεπαγομένων οριστικές έννομες συνέπειες πράξεων, αρχή η οποία «αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου απορρέουσα από τις κοινές στα κράτη μέλη συνταγματικές παραδόσεις και παγιωθείσα με τα άρθρα 6 και 13 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως περί προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου».

Το Δικαστήριο επικαλούμενο την απόφαση *Telaustria* υπογράμμισε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η οποία αποτελεί και τη βάση των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, συνεπάγεται υποχρέωση διαφάνειας, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της τήρησής τους<sup>179</sup>. Κατα αναλογική δε εφαρμογή της νομολογίας αυτής, παρά το γεγονός ότι η οδηγία 92/50 δεν διέπει συγκεκριμένα τις λεπτομέρειες ανάκλησης προκήρυξης διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, πάντως οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν, οσάκις εκδίδουν σχετική απόφαση, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και ειδικότερα την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας<sup>180</sup>.

Επί τη βάσει δε των ανωτέρω έγινε δεκτό ότι εφόσον, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να ανακαλέσει προκήρυξη διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης

---

<sup>176</sup> Βλ. και αποφάσεις της 24ης Φεβρουαρίου 2000, C-434/97, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, σ. I-1129, σκέψη 21 και της 9ης Μαρτίου 2000, C-437/97, *EKW και Wein & Co*, Συλλογή 2000, σ. I-1157, σκέψη 41, και τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα *Mischo* στην υπόθεση C-81/98 *Alcatel Austria* Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψη 40.

<sup>177</sup> Βλ. σκέψεις 20-21 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα

<sup>178</sup> Βλ. αποφάσεις της 3ης Δεκεμβρίου 1992, C-97/91, *Oleificio Borelli* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1992, σ. I-6313, σκέψη 14, της 11ης Ιανουαρίου 2001, C-1/99, *Kofisa Italia*, Συλλογή 2001, σ. I-207, σκέψη 46), και C-226/99, *Siples*, Συλλογή 2001, σ. I-277, σκέψη 17.

<sup>179</sup> Σκέψη 61 της απόφασης *Telaustria*.

<sup>180</sup> Βλ. σκέψεις 45-47 της απόφασης.

υπηρεσιών υπόκειται στους συναφείς ουσιαστικούς κανόνες του κοινοτικού δικαίου, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι υπόκειται επίσης και στους κανόνες που προβλέπει η οδηγία 89/665 για τη διασφάλιση της τήρησης των επιταγών του κοινοτικού δικαίου επί θεμάτων δημοσίων συμβάσεων.

Υιοθετώντας το ίδιο σκεπτικό, ήτοι τις θέσεις της νομολογίας Telaustria, το Δικαστήριο δέχθηκε στην απόφαση Μακεδονικό Μετρό<sup>181</sup> την εφαρμογή της δικονομικής οδηγίας και στην περίπτωση σύμβασης παραχώρησης δημοσίων έργων. Ειδικότερα, στην υπό κρίση υπόθεση ετέθηκε το ζήτημα της δυνατότητας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά απόφασης αποκλεισμού από μια κοινοπραξία η οποία μετέβαλε τη σύνθεσή της μετά την υποβολή της προσφοράς.

Το Δικαστήριο καταρχήν υπενθύμισε ότι οι συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων διέπονται από την κοινοτική οδηγία 93/37 μόνον ως προς την τήρηση ορισμένων διατυπώσεων δημοσιότητας, άρα δεν υφίσταται ρύθμιση στο πεδίο των παραχωρήσεων ως προς το θέμα της μεταβολής σύνθεσης. Ακόμη όμως και αν τύγχανε εφαρμογής η εν λόγω οδηγία στο σύνολό της και πάλι δεν προβλέπεται σε αυτή κάποια διάταξη σχετικά με το επίδικο ζήτημα<sup>182</sup>. Κατά συνέπεια το επίδικο θέμα παραμένει αρρυθμιστο από την ουσιαστική και τη δικονομική οδηγία.

Παραπέμποντας όμως εκ νέου στην νομολογία Telaustria το Δικαστήριο επανέλαβε ότι όταν οι σχετικές με τις δημόσιες συμβάσεις κοινοτικές οδηγίες δεν περιέχουν διατάξεις που να τυγχάνουν ειδικώς εφαρμογής, οι γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε η αρχή της ίσης μεταχείρισης, διέπουν επίσης τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων<sup>183</sup>. Στο μέτρο δε που οι αρχές αυτές κρίθηκαν εφαρμοστέες σε απόφαση που ελήφθη στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημοσίων

---

<sup>181</sup> C-57/01, απόφαση της 23<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2003, Συλλογή 2003, σ. I-1091.

<sup>182</sup> Η μοναδική διάταξη της οδηγίας 93/37 που αφορά τις κοινοπραξίες είναι το άρθρο 21. Η εν λόγω διάταξη όμως περιορίζεται αφενός να αναφέρει ότι οι κοινοπραξίες εργοληπτών επιχειρήσεων επιτρέπεται να υποβάλλουν προσφορές και αφετέρου να απαγορεύσει την υποχρέωση να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή προτού ανατεθεί στη σύμβαση στην επιλεγείσα κοινοπραξία.

<sup>183</sup> βλ. απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress, Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψη 60, και προπαρατεθείσα απόφαση ΗΙ, σκέψη 47.

συμβάσεων, η απόφαση αυτή υπόκειται επομένως και στους κανόνες που προβλέπει η δικονομική οδηγία<sup>184</sup>.

Υπό τις συνθήκες αυτές, όταν μια απόφαση αναθέτουσας αρχής προσβάλλει τα δικαιώματα που μια κοινοπραξία εργοληπτών αντλεί από το κοινοτικό δίκαιο στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, η κοινοπραξία αυτή πρέπει να μπορεί να ασκήσει τα προβλεπόμενα στην οδηγία 89/665 ένδικα βοηθήματα.

Η προαναφερθείσα νομολογία καταδεικνύει επίσης την εξέλιξη της σημασίας των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας στην κοινοτική έννομη τάξη. Ενώ αρχικά, ο συγκεκριμένος συμβατικός τύπος αποτελούσε μέθοδο απαλλαγής από το αυστηρό κανονιστικό πλαίσιο των οδηγιών, ο ρόλος του πλέον έχει μεταλλαχθεί, καθώς χρησιμοποιείται από το Δικαστήριο ως παράδειγμα για τη διεύρυνση των κοινοτικών δικαιωμάτων.

Βέβαια το ΔΕΚ δεν έχει απαντήσει ευθέως στο ερώτημα αν οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας υπάγονται στους κανόνες της οδηγίας 89/665. Κατά τη θεωρία όμως οι ως άνω νομολογιακές θέσεις σε συνδυασμό με το γεγονός ότι οι διαγωνισμοί για την ανάθεση των εν λόγω συμβάσεων διεξάγονται βάσει διατάξεων του κοινοτικού δικαίου οδηγούν στο να δοθεί καταφατική απάντηση<sup>185</sup>. Επί του θέματος αυτού αξίζει να σημειωθεί ότι εκκρεμεί ενώπιον του ΔΕΚ προδικαστικό ερώτημα από το ελληνικό Συμβούλιο της Επικρατείας αν σύμβαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή αναθέτει στον ανάδοχο την διαχείριση επιχειρήσεως καζίνο, την εκπλήρωση αναπτυξιακού σχεδίου, συνισταμένου στην αναβάθμιση των χώρων του καζίνο και την επιχειρηματική αξιοποίηση των δυνατοτήτων της άδειας του καζίνο αυτού, ήτοι μια σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 89/665<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Βλ. σκέψη 70 της απόφασης.

<sup>185</sup> Βλ. Τροβά Ε., Η σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων στα ελληνικά δικαστήρια, ένας ξαφνικός και απρόσμενος επισκέπτης, ΔιΔικ, 2003, σελ.620-621, Συνοδινός Χάρης, Οι συμβάσεις παραχώρησης, Μια πρόχειρη αλλά αναγκαία προσπάθεια συνειδητοποίησής τους, ΔηΣΚΕ, 2004, σελ. 235.

<sup>186</sup> Υπόθεση C-145/08. Πρόκειται για αίτηση έκδοσης προδικαστικής απόφασης την οποία υπέβαλε το ΣτΕ στις 9 Απριλίου 2008 στην εκκρεμούσα δίκη Club Hotel Loutraki, Αθηναϊκή Τεχνική Α.Ε. και Ευάγγελος Μαρινάκης κατά Ε.Σ.Ρ. και Υπουργού Επικρατείας.

Προκειμένου να περιοριστούν οι κοινοτικά αρρυθμιστοι τομείς γεγονός που συμβάλλει στην ενίσχυση της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας, το ΔΕΚ αντιμετώπισε τη σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας ως μια «αυτόνομη» κοινοτική έννοια δίχως να προσκολλάται σε ερμηνευτικούς περιορισμούς των κρατών μελών συνδεδεμένους με την παροχή της εκμετάλλευσης δημόσιας υπηρεσίας.

## **B. Η ευρύτερη κοινοτική αντίληψη της παραχώρησης υπηρεσίας**

Κατά τη θεωρία του δημοσίου δικαίου ο όρος δημόσια υπηρεσία έχει διττή έννοια. Η λειτουργική έννοια<sup>187</sup> της δημόσιας υπηρεσίας αποδίδει μια δραστηριότητα η οποία αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση αναγκών του κοινωνικού συνόλου. Είναι φανερό η έννοια του δημοσίου συμφέροντος αποτελεί θεμελιώδες χαρακτηριστικό της δημόσιας υπηρεσίας<sup>188</sup>.

Επ' αυτή τη βάση είναι αναμενόμενο ότι η εξυπηρέτηση των συλλογικών αναγκών πραγματοποιείται από δημόσιους φορείς. Ωστόσο, προς τον σκοπό της επίτευξης της μέγιστης δυνατής αποδοτικότητας μιας δημόσιας υπηρεσίας είναι δυνατόν η άσκησή της να ανατεθεί και σε ιδιωτικούς φορείς. Πράγματι, και όπως έχουμε ήδη ανωτέρω επισημάνει, η παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας συνιστά μέθοδο διαχείρισης δημοσίων δραστηριοτήτων από ιδιώτες.

Σε ορισμένα κράτη μέλη, ιδίως όσα έχουν οργανωθεί υπό την επίδραση του γαλλικού δικαίου, η έννοια της παραχώρησης είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την έννοια της δημόσιας υπηρεσίας, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται παραχώρηση όταν το αντικείμενο αυτής δεν αφορά την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας<sup>189</sup>. Συνεπεία αυτής της ερμηνείας είναι ότι διάφορες κατηγορίες ανάθεσης εκμετάλλευσης υπηρεσίας δεν

---

<sup>187</sup> Ως οργανική έννοια της δημόσιας υπηρεσίας νοείται ο διοικητικός οργανισμός στον οποίο ανατέθηκε από το νόμο η διαχείριση δημοσίων δραστηριοτήτων υπό καθεστώς δημοσίου δικαίου, βλ. Σπηλιωτόπουλου Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Εκδ. Σάκκουλας 2006, σελ. 22.

<sup>188</sup> Βλ. Κονδύλη Β., Δημόσια υπηρεσία και δημόσιο συμφέρον κατά τη γαλλική θεωρία και νομολογία, ΤοΣ, 1994, σελ. 547-592 Κτιστάκη Στ., Δημόσια επιχείρηση και δημόσιο συμφέρον, Το Σ, 1991, σελ. 297

<sup>189</sup> Βλ. για το θέμα αυτό Pereon Patrick, La délégation des services publics administratifs, AJDA, 2004, p. 1449-1459.

θεωρούνται δημόσιες συμβάσεις και εκφεύγουν της αυστηρής κανονιστικής ρύθμισης που χαρακτηρίζει τις τελευταίες.

Ο κοινοτικός νομοθέτης αναγνώρισε τον πρωτεύοντα ρόλο της δημόσιας υπηρεσίας με τη θέσπιση του άρθρου 16 της Συνθήκης σύμφωνα με το οποίο «...ενόψει της θέσης που κατέχουν οι υπηρεσίες γενικού οικονομικού ενδιαφέροντος στα πλαίσια των κοινών αξιών της Ένωσης, καθώς και της συμβολής τους στην προώθηση της κοινωνικής και εδαφικής συνοχής, η Κοινότητα και τα κράτη μέλη, εντός των πλαισίων των αντιστοίχων αρμοδιοτήτων τους, και εντός του πεδίου εφαρμογής της παρούσας συνθήκης, μεριμνούν ούτως ώστε οι υπηρεσίες αυτές να λειτουργούν βάσει αρχών και προϋποθέσεων οι οποίες να επιτρέπουν την εκπλήρωση του σκοπού τους»<sup>190</sup>.

Η σπουδαιότητα της αποστολής της δημόσιας υπηρεσίας σε εθνικό και κοινοτικό επίπεδο θα μπορούσε ενδεχομένως να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι στο πεδίο των παραχωρήσεων χρήζουν δικαστικής προστασίας μόνον οι διαγωνιστικές διαδικασίες με αντικείμενο μια δημόσια υπηρεσία. Το Δικαστήριο εντούτοις δεν υιοθέτησε την προαναφερθείσα άποψη αλλά αποβλέποντας στην ενδυνάμωση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας των οικονομικών φορέων θέτει υπό τον έλεγχό την ανάθεση της εκμετάλλευσης κάθε υπηρεσίας.

Ειδικότερα, στην απόφαση BFI Holding, το ΔΕΚ επεσήμανε ότι δύσκολα μπορεί να θεωρηθεί ότι ορισμένες δραστηριότητες δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να ασκηθούν από ιδιωτικές επιχειρήσεις<sup>191</sup>. Η ενλόγω κρίση οδηγεί στη διαπίστωση ότι αν και δεν αποκλείεται το «ανεκχώρητο» συγκεκριμένων δημοσίων υπηρεσιών, παρά ταύτα η δυνατότητα παραχώρησης δεν περιορίζεται μόνον στις δημόσιες υπηρεσίες.

Η ευρύτερη αντίληψη της παραχώρησης υιοθετείται ρητώς στις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Fennely στην απόφαση Telaustria, όπου τονίζεται ότι δεν είναι απαραίτητο η εκχωρούμενη υπηρεσία να αποτελεί και υπηρεσία γενικού οικονομικού

---

<sup>190</sup> Βλ. Αδαμαντίδου Έλσα, Ανάθεση και Χρηματοδότηση υπηρεσιών γενικού οικονομικού ενδιαφέροντος, ΕΕΕυρΔ, 2004, σελ. 1-13.

<sup>191</sup> Σκέψη 44 της απόφασης.

συμφέροντος κατά την έννοια της Συνθήκης<sup>192</sup>. Η επισήμανση της μη ύπαρξης εμποδίων ως προς το είδος των υπηρεσιών που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο παραχώρησης συνεπάγεται ότι κατά το κοινοτικό δίκαιο η παραχώρηση περιλαμβάνει τη διαχείριση υπηρεσιών που εμπίπτουν στο χώρο ευθύνης της δημόσιας διοίκησης, ήτοι κάθε δημόσιας ή δημοσίου ενδιαφέροντος δραστηριότητας, η οποία υπό κανονικές συνθήκες ασκείται από μια δημόσια αρχή<sup>193</sup>. Πρόκειται επομένως για παραχώρηση υπηρεσίας και όχι για παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας.

Αξίζει δεν να επισημανθεί ότι και η Επιτροπή αντιλαμβανόμενη το «έλλειμμα» δικαστικής προστασίας που μπορεί να προκαλέσει ο περιορισμός της έννοιας της παραχώρησης από εσωτερικές κανονιστικές «δεσμεύσεις» αποδέχεται την ευρεία αντίληψη της παραχώρησης καθώς αναφέρει ότι η Ερμηνευτική της Ανακοίνωση καταλαμβάνει τις πράξεις με τις οποίες μιας δημόσια αρχή αναθέτει τη διαχείριση υπηρεσιών που υπόκεινται στη σφαίρα ευθύνης της<sup>194</sup>.

Στο πλαίσιο αυτή της θεώρησης θα μπορούσε να προβληθεί ο ισχυρισμός ότι δεν υφίστανται όρια ως προς την εξουσία των εθνικών αρχών να προσφεύγουν στην εφαρμογή του συστήματος της παραχώρησης. Δεδομένου ότι το κοινοτικό δίκαιο θέτει κανόνες που αφορούν μόνο τη διαγωνιστική διαδικασία των παραχωρήσεων, ελοχεύει ο κίνδυνος παραμερισμού των δημοσίων υπηρεσιών δια της παροχής της δυνατότητας ανάθεσης σε ιδιωτικούς φορείς της διαχείρισης κάθε υπηρεσίας καθώς είναι σφόδρα αναμενόμενο οι ιδιώτες να προτιμούν τα κερδοφόρα τμήματα των ανατεθειμένων δραστηριοτήτων και να αρνούνται όσες δεν είναι οικονομικά επικερδείς.

Ενόψει τούτου η νομολογία του Δικαστηρίου επί των συμβάσεων παραχώρησης θα μπορούσε να προσφέρει κατευθυντήριες γραμμές. Εφόσον το ΔΕΚ, όπως έχουμε ήδη σημειώσει, δεν έδειξε ανοχή στη χρήση της παραχώρησης ως μεθόδευσης απαλλαγής από τις κοινοτικές υποχρεώσεις, πολλώ μάλλον δεν θα αποδειχθεί τυχόν υποβάθμιση

---

<sup>192</sup> Σκέψη 33 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

<sup>193</sup> Βλ. Γκιτσάκη, *όπ.π.*, σελ. 356.

<sup>194</sup> Βλ. παρ. 2.2 της Ανακοίνωσης.

δημοσίων υπηρεσιών λαμβανομένου υπόψη ότι το κοινοτικό δίκαιο εφαρμόζεται και εκτελείται και δια της λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών<sup>195</sup>.

Εκ των ανωτέρω καταδεικνύεται ότι στο πεδίο των δημόσιων διαγωνισμών η ιδιομορφία της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας χρησιμοποιείται από το Δικαστήριο για την υπέρβαση εθνικών διαφοροποιήσεων με στόχο την ελαχιστοποίηση τομέων μη υποκείμενων σε δικαστικό έλεγχο συμβάλλοντας στην τόνωση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας που αποτελεί κορωνίδα της κοινοτικής νομιμότητας.

---

<sup>195</sup> Κατά τον Γκιτσάκη η διάταξη του άρθρου 10 της ΣυνθΕκ θα μπορούσε να αποτελέσει τη νομική βάση για την κοινοτική οριοθέτηση της εφαρμογής του συστήματος της παραχώρησης καθώς από την εν λόγω διάταξη απορρέει ότι η οργανωτική εξουσία των κρατών θα πρέπει να ασκείται κατά τρόπο ώστε αφενός μεν να εξασφαλίζεται η εκτέλεση και η τήρηση του κοινοτικού δικαίου και αφετέρου να μην διακυβεύεται η επίτευξη των κοινοτικών στόχων που τίθενται από τη Συνθήκη.



## ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Από την προηγηθείσα ανάλυση της νομολογίας του ΔΕΚ επί των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας μπορούμε να συνοψίσουμε τα ακόλουθα συμπεράσματα σε θέσεις:

Μολονότι οι διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων έγιναν αντικείμενο ειδικών κοινοτικών ρυθμίσεων λόγω της επιρροής που ασκούν στην ολοκλήρωση της ενιαίας οικονομικής αγοράς, η επιλογή αυτή δεν υιοθετήθηκε και για τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας. Η απουσία διακριτού ρυθμιστικού πλαισίου ανάγκασε το Δικαστήριο να αναπτύξει μια ιδιαίτερη νομολογία, η οποία χαρακτηρίζεται από δυο τάσεις:

Σε ένα πρώτο στάδιο το Δικαστήριο προσπάθησε να ανιχνεύσει αν υφίσταται ουσιώδης διαφοροποίηση μεταξύ διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας που να δικαιολογεί τη μη ύπαρξη κάποιων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου που θα μπορούσαν να εφαρμοστούν και στις δυο κατηγορίες συμβάσεων. Επομένως το ΔΕΚ αναζήτησε τα στοιχεία εκείνα που θα μπορούσαν να συμβάλλουν στην ενοποίηση, ει δυνατόν, του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι συμβάσεων που συνάπτει μια δημόσια αρχή για την εξυπηρέτηση των αναγκών του κοινωνικού συνόλου

Με αφετηρία τις διατάξεις της Συνθήκης που καθιερώνουν εξαιρέσεις από τις κοινοτικές υποχρεώσεις εφόσον συντρέχει άσκηση δημόσιας εξουσίας έγινε δεκτό ότι η μεταβίβαση μιας δημόσιας υπηρεσίας δεν συνεπάγεται παντότε και την μετάθεση προς τον παραχωρησιούχο της κρατικής ευθύνης και άρα την υπαγωγή στην εξαίρεση.

Εντούτοις, η ενασχόληση με τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων κατέστησε σαφές ότι οι αυστηρές ρυθμίσεις που έχουν μέσω αυτών θεσπιστεί δεν δύνανται να τύχουν εφαρμογής και επί των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας. Το ΔΕΚ εξάλλου δεν θα μπορούσε να προχωρήσει πέραν των ορίων που είχαν τεθεί από τον κοινοτικό νομοθέτη.

Ο αποκλεισμός της εφαρμογής των προαναφερθέντων κοινοτικών οδηγιών οδήγησε στην εξέταση της δυνατότητας εφαρμογής επί των συμβάσεων παραχώρησης του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου. Υπό την επίδραση και της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης της Επιτροπής, διαμορφώνεται πάγια νομολογία ότι η κοινοτική έννομη τάξη δεν μπορεί να ανέχεται στις διαγωνιστικές διαδικασίες παράβασεις των διατάξεων για την ελευθερία εγκατάστασης και την ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών αλλά και των γενικών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της απαγόρευσης δυσμενούς διάκρισης λόγω ιθαγένειας και της αναλογικότητας, οι οποίες εξάλλου αποτελούν και τη βάση της κανονιστικής ρύθμισης των δημοσίων συμβάσεων.

Πέραν του κοινού αυτού παρονομαστή, το Δικαστήριο, στην προσπάθειά του να αποσαφηνίσει την έννοια της παραχώρησης υπηρεσίας, καταλήγει στη διαπίστωση ότι η πλειονότητα των εννοιολογικών στοιχείων του ενλόγω συμβατικού τύπου συνηγορούν υπέρ της ένταξης της παραχώρησης στη γενικότερη έννοια των δημοσίων συμβάσεων. Ιδιαίτερο δε ενδιαφέρον παρουσιάζει το γεγονός ότι η κρίση του αυτή βασίζεται στις αποφάσεις του επί των διακρίσεων των συμβάσεων που υπάγονται στις κοινοτικές οδηγίες.

Η ως άνω προσπάθεια προσέγγισης των δημοσίων συμβάσεων θα κατέληγε στο κενό αν στο εσωτερικό των κρατών εμφανίζονται πρακτικές ή κανόνες που αποσκοπούν στην διαφυγή των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας από την κοινοτική νομιμότητα. Το δεύτερο λοιπόν χαρακτηριστικό στοιχείο της νομολογίας του ΔΕΚ συνιστά η ενίσχυση της προστασίας των κοινοτικών δικαιωμάτων.

Δεδομένου ότι το πρόβλημα των in house αναθέσεων παρουσιάζεται ιδιαίτερα έντονο στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσίας λόγω του αντικειμένου τους, με αποτέλεσμα ο κίνδυνος καταστρατήγησης του ελεύθερου ανταγωνισμού να καθίσταται πραγματικός, το Δικαστήριο περιόρισε τη νομολογία του περί εξαίρεσης από τη διεξαγωγή διαγωνισμού και ενστερνίστηκε λειτουργικά κριτήρια προκειμένου να διαφυλάξει την ανάγκη να διεξαχθεί διαγωνιστική διαδικασία.

Επιπρόσθετα, οι νομολογιακές κρίσεις επί των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας οδήγησαν το ΔΕΚ στην αποδοχή της δυνατότητας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων

και σε περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από την οδηγία 89/665, συμβάλλοντας στην ενδυνάμωση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας των ιδιωτών. Προς επίτευξη του ίδιου σκοπού το Δικαστήριο προχωρά στην «αυτονόμηση» της έννοιας της παραχώρησης υπηρεσίας, η οποία αποκτά μια κοινοτική διάσταση που δεν προσκολλάται στους περιορισμούς που θέτουν τα κράτη μέλη.

Αξίζει δε να επισημανθεί ότι την παρούσα χρονική στιγμή εκκρεμούν στο ΔΕΚ αρκετές υποθέσεις με αντικείμενο διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσίας και τη διασύνδεσή τους με την κοινοτική έννομη τάξη. Κατα συνέπεια το πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης συνεχίζει να αποτελεί γόνιμο έδαφος νομικών προβληματισμών και κριτικής σκέψης.

## ΑΡΘΟΓΡΑΦΙΑ – ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

### ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΗ ΑΡΘΟΓΡΑΦΙΑ

- Apelbaum Raphael, Les PPP et le développement du droit public français a l'étranger, AJDA, 2004, p. 1759-1766
- Arnould Joel, Les contrats de concessions, de privatisations et des services "in house" au regard des règles communautaires, RFDA,1/2000,
- Arnould Joel, Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, RFDA, 2000, p. 1016-1021
- Arrowsmith Sue, The Community's legal framework on public procurement: "The way forward "at last?, CMLR,1999, p.13-49
- Arrowsmith Sue, Public private partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?, CMLR, 2000, p. 709-737
- Auby Jean –Francois, Les cas des contrats de partenariat, Ces nouveaux contrats etaient-ils nécessaires, RFDA 2004, p.1095-1112
- Boiteau Claudie, Vers une définition du service public, RFDA, 2007, p. 803-811
- Bovis Christopher, Developing public procurement regulation: jurisprudence and its influence on law making, CMLR, 2006, p. 461-495
- Delvolve Pierre, De nouveaux contrats publics, Les contrats globaux, RFDA, 2004, p. 1079-1091
- Fatome Etienne et Alain Menemenis, Intérêt général, concurrence et service public, AJDA, 2006, 67-74
- Fouassier Christophe, Vers un véritable droit de concessions, Audaces et imprécisions d'une communication interprétative, RTDEur, 2000, p. 675-704
- Giorello Mario, Gestions in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de Justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général, RDUE, 1/2006, p.23-50
- Gonzales- Varas Santiago, Problèmes juridiques de la passation des marchés publics a la lumière des directives communautaires des secteurs "spéciaux" et des recours, RTDEur, 2004, p. 317-332

- Kotschy B, Les derniers arrêts sur l'exemptions in-house: coup de grâce ou limitation des excès?, RDUE, 4/2005, p. 845-853.
- Lecuyer – Thieffry Christine et Patrick Thieffry, Les prestations effectuées in house sans mise en concurrence, AJDA, 2005, p. 927-933
- Manunza Elisabetta, Privatised services and the concept of “bodies governed by public law” in EC directives on public procurement, ELRev, 2003, p. 273-282
- Mattera Antonio, La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de la transparence et de libéralisation, RDUE,2/2000, p. 253-311
- Melleray Fabrice, Le marché d'entreprise des travaux publics, un nouveau Lazare juridique? AJDA, 2003, p. 1260-1264
- Menemenis Alain, La réforme du partenariat public-privé, AJDA, 2004, p.1737-1754
- Pereon Patrick, La délégation des services publics administratifs, AJDA, 2004, p. 1449-1459.
- Pignon Sophie, Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics, AJDA, 2004, p. 1411-1416
- Rolin Frederic, Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house, AJDA, 2005, p. 898-901
- Seners Francois, L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public, RFDA 2007, p. 812-827

## **ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ**

- Αδαμαντίδου Έλσα, Νομολογιακές εξελίξεις στις δημόσιες συμβάσεις, ΝοΒ, 2002, σελ. 920-947
- Αδαμαντίδου Έλσα, Ανάθεση και Χρηματοδότηση υπηρεσιών γενικού οικονομικού ενδιαφέροντος, ΕΕΕυρΔ, 2004, σελ. 1-13
- Γέροντα Απ., Οι «εσωτερικές αναθέσεις» (in house transactions-αναθέσεις) στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων κατά τη νομολογία του ΔΕΚ, ΕφημΔΔ, 3/2008 σελ.390-398

- Γώγος Κωνσταντίνος, Δυο όψεις της διάκρισης ανάμεσα σε δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς στο κοινοτικό δίκαιο, ΕΕΕυρΔ, 1997, σελ. 623
- Γώγος Κωνσταντίνος, Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου στην πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις, ΕΕΕυρΔ, 1999, σελ. 79
- Καιδατζής Ακρίτας, Σχολιασμός απόφασης της 15-10-2005 (Parking Brixen) ΕΕΕυρΔ, 2005, σελ. 813-828
- Κονδύλης Βασίλης, Δημόσια υπηρεσία και δημόσιο συμφέρον κατά τη γαλλική θεωρία και νομολογία, ΤοΣ, 1994, σελ. 547-592
- Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαγγελία, Οι αναθέτουσες αρχές κατά τις κοινοτικές οδηγίες- Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, ΕΕΕυρΔ, 2000, σελ. 563
- Κτιστάκη Σταυρούλα, Δημόσια επιχείρηση και δημόσιο συμφέρον, Το Σ, 1991, σελ. 297
- Μανιάτης Αντώνιος, Διοικητική σύμβαση υπέρ του ιδιώτη, ΔιΔικ, 1998, σελ 860-865
- Μαυρομμάτη Αργυρώ, Το νέο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ένα βήμα μπροστά, ΕΕΕυρΔ, 2005, 101-114
- Μουκίου Χρυσούλα, Η αρχή της νομιμότητας και οι συμβάσεις του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ, ΔιΔικ.1997, σελ. 283
- Παναγόπουλου Σπ., Ανάθεση συμβάσεων «οιονεί» αυτεπιστασίας (in house) μετά την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ, ΔηΣΚΕ 1-3/2007, σελ. 40-52.
- Παπαγιάννης Δημήτρης, Η έννοια της αναθέτουσας αρχής στις δημόσιες συμβάσεις κατά το κοινοτικό δίκαιο, ΕλλΔ/νη, 1999, σελ.1676
- Σκουβακλής Αλέξανδρος, Οι πρόσφατες εξελίξεις στον κοινοτικό προβληματισμό για τις συμβάσεις παραχώρησης, ΕΕΕυρΔ, 2000, σελ. 637-643
- Συνοδινός Χάρης, Οι συμβάσεις παραχώρησης, Μια πρόχειρη αλλά αναγκαία προσπάθεια συνειδητοποίησής τους, ΔηΣΚΕ, 2004, σελ. 228-236
- Τροβά Ελένη, Και όνομα μεν «Ανώνυμος Εταιρία» κεκληται...: θεσμικές μεταμφιέσεις και σημειωτικά πειράματα ως άσκηση πολιτικών επιλογών και ιστορικής συνέπειας, ΔιΔικ, 1995, σελ. 1099-1119
- Τροβά Ελένη, Η σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων στα ελληνικά δικαστήρια, ένας ξαφνικός και απρόσμενος επισκέπτης, ΔιΔικ, 2003, σελ.603-621

## ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Γιαννακόπουλος Κωνσταντίνος, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Εκδ. Α. Σάκκουλα, 2003.
- Γκιτσάκης Ιωάννης, Η παραχώρηση της δημόσιας υπηρεσίας και δημοσίου έργου : εννοιολογικά στοιχεία, κανονιστικό πλαίσιο και περιπτώσεις πρακτικής εφαρμογής : κατά το ελληνικό και το ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο, Εκδ. Α. Σάκκουλας, 2007.
- Κατσιμάνη Εβίτα, Κοινοτικό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων : κριτική προσέγγιση των θεμελιωδών αρχών, Εκδ. Α. Σάκκουλας, 2007
- Κουτούπα Ρεγκάκου Ευαγγελία, Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο : διαδικασίες ανάθεσης και έννομη προστασία, Εκδ. Σάκκουλας Θεσ/κη, 1995
- Συνοδινός Χάρης, Δίκαιο ανταγωνισμού και συμβάσεις του δημοσίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2002
- Τροβά Ελένη - Κούτρας Δημήτρης, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και το δίκαιο της απελευθέρωσης του διεθνούς εμπορίου, Εκδ. Α. Σάκκουλας, 2000
- Τροβά Ελένη- Κούτρας Δημήτρης, Η κατασκευή του ενιαίου ευρωπαϊκού χώρου και η σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων : σπουδή στη διαλεκτική των πόλων εξουσίας, Εκδ. Α. Σάκκουλας, 2001.

## ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΕΚ

- C-2/74, Reyners, απόφαση της 21<sup>ης</sup> Ιουνίου 1974,
- C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 5<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 1989,
- C-111/91, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου, απόφαση της 10ης Μαρτίου 1993,
- C-275/92, Schindler, απόφαση της 24ης Μαρτίου 1994,
- C-331/92, Gestion Hotelera, απόφαση της 19ης Απριλίου 1994
- C-272/91, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 26<sup>ης</sup> Απριλίου 1994
- C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG κλπ, απόφαση της 15<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 1998,
- C-360/96, Gemeente Arnhem & BFI Holding BV, απόφαση της 10<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 1998,
- C-337/97, Meeusen, απόφαση της 8ης Ιουνίου 1999,
- C-108/98, RLSAN Srl, απόφαση της 9<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 1999,
- C-294/97, Eurowings Luftverkehr, απόφαση της 26ης Οκτωβρίου 1999,
- C-107/98, Teckal Srl, απόφαση της 1<sup>8ης</sup> Νοεμβρίου 1999,
- C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 1999,
- C-94/99, ARGE Gewässerschutz, απόφαση της 7<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2000
- C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, απόφαση της 7<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2000,
- C-237/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας, απόφαση της 1<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2001,
- C-223/99, Agora Srl, απόφαση της 10<sup>ης</sup> Μαΐου 2001,
- C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, απόφαση της 12<sup>ης</sup> Ιουλίου 2001,
- C-358/00, Buchhandler – Vereinigung GmbH, διάταξη της 30<sup>ης</sup> Μαΐου 2002,
- C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Ιουνίου 2002,
- C-470/99, Universale Bau AG, απόφαση της 12<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2002,
- C-57/01, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική ΑΕ, απόφαση της 23<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2003,
- C-18/01, Architehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, απόφαση της 22<sup>ης</sup> Μαΐου 2003,
- C-448/01, EVN και Wienstrom , απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003,
- C-26/03, Stadt Halle, απόφαση της 11<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005,
- C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005,



- C-462/03, Stabag AG, απόφαση της 16<sup>ης</sup> Ιουνίου 2005,
- C-231/03, Coname, απόφαση της 21<sup>ης</sup> Ιουλίου 2005,
- C-458/03, Parking Brixen, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005,
- C-264/03, Επιτροπή κατά Γαλλίας, απόφαση της 20<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005,
- C-234/03, Contse, απόφαση της 27<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005
- C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας, απόφαση της 10<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2005,
- C-410/04, ANAV, απόφαση της 6<sup>ης</sup> Απριλίου 2006,
- C-340/04, Carbotermo SpA, απόφαση της 11<sup>ης</sup> Μαΐου 2006,
- C-220/05, Jean Auroux v. Commune de Rouanne, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2007,
- C-338/04, Placanica, απόφαση της 6<sup>ης</sup> Μαρτίου 2007,
- C-295/05, Asemfo v Trasga, απόφαση της 19<sup>ης</sup> Απριλίου 2007,
- C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Ιουλίου 2007,
- C-260/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2007,
- C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2007,
- C-337/06, Bayerischer Rundfunk, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007,
- C-357/06, Frigerio Luigi & C. Snc, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007,
- C-532/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007,
- C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 21<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2008,
- C-393/06, Ing Aigner, απόφαση της 10<sup>ης</sup> Απριλίου 2008,
- C-347/06, ASM Brescia SpA, απόφαση της 17<sup>ης</sup> Ιουλίου 2008,
- C-324/07, Coditel Brabant S.A., απόφαση της 13<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2008