



ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ

Βρυξέλλες, 30.4.2004
COM(2004) 327 τελικό

ΠΡΑΣΙΝΟ ΒΙΒΛΙΟ

ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΙΣ ΣΥΜΠΡΑΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΤΟΜΕΑ ΚΑΙ ΤΟ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

(υποβληθέν από την Επιτροπή)

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

| | | |
|--------|--|----|
| 1. | <i>Η εξέλιξη των συμπράξεων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα: διαπιστώσεις και προκλήσεις</i> | 3 |
| 1.1. | Το φαινόμενο "συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα" | 3 |
| 1.2. | Η πρόκληση της εσωτερικής αγοράς: εξασφάλιση της ανάπτυξης των ΣΔΙΤ σε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού και νομικής σαφήνειας..... | 5 |
| 1.3. | Συγκεκριμένο αντικείμενο και σχέδιο της παρούσας Πράσινης Βίβλου..... | 8 |
| 2. | <i>Οι ΣΔΙΤ καθαρά συμβατικού τύπου και το κοινοτικό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης</i> | 9 |
| 2.1. | Το στάδιο της επιλογής του εταίρου του ιδιωτικού τομέα..... | 10 |
| 2.1.1. | Σύμπραξη καθαρά συμβατικού τύπου: πράξη ανάθεσης που χαρακτηρίζεται δημόσια σύμβαση | 10 |
| 2.1.2. | Σύμπραξη καθαρά συμβατικού τύπου: πράξη ανάθεσης που χαρακτηρίζεται σύμβαση παραχώρησης..... | 12 |
| 2.2. | Ειδικά ζητήματα που αφορούν την επιλογή οικονομικού φορέα στο πλαίσιο μιας ΣΔΙΤ ιδιωτικής πρωτοβουλίας | 15 |
| 2.3. | Η φάση μετά την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα | 16 |
| 2.3.1. | Το συμβατικό πλαίσιο του σχεδίου..... | 16 |
| 2.3.2. | Η ανάθεση ορισμένων εργασιών σε υπεργολάβους..... | 19 |
| 3. | <i>Η ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου και το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης</i> | 20 |
| 3.1. | Σύσταση σύμπραξης που συνεπάγεται τη δημιουργία ενός φορέα ad hoc, ο οποίος ελέγχεται από κοινού από τον δημόσιο τομέα και τον ιδιωτικό τομέα..... | 21 |
| 3.2. | Απόκτηση του ελέγχου ενός δημόσιου φορέα από έναν ιδιωτικό φορέα | 23 |
| 4. | <i>Τελικές παρατηρήσεις</i> | 25 |

1. Η ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΩΝ ΣΥΜΠΡΑΞΕΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΤΟΜΕΑ: ΔΙΑΠΙΣΤΩΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΚΛΗΣΕΙΣ

1.1. Το φαινόμενο "συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα"

1. Για τον όρο "σύμπραξη δημοσίου και ιδιωτικού τομέα" ("ΣΔΙΤ") δεν υπάρχει ορισμός σε κοινοτικό επίπεδο. Ο όρος αυτός αναφέρεται γενικά σε μορφές συνεργασίας των δημοσίων αρχών με τον κόσμο των επιχειρήσεων που αποσκοπούν στην εξασφάλιση της χρηματοδότησης, της κατασκευής, της ανακαίνισης, της διαχείρισης ή της συντήρησης μιας υποδομής ή στην παροχή μιας υπηρεσίας.
2. Οι ΣΔΙΤ χαρακτηρίζονται συνήθως από τα ακόλουθα στοιχεία:
 - Τη μακρά σχετικά διάρκεια της σχέσης που συνεπάγεται μια συνεργασία μεταξύ του εταίρου του δημοσίου τομέα και του εταίρου του ιδιωτικού τομέα, με αντικείμενο τις διάφορες πτυχές ενός σχεδίου που πρόκειται να υλοποιηθεί.
 - Τον τρόπο χρηματοδότησης του σχεδίου, η οποία εξασφαλίζεται εν μέρει από τον ιδιωτικό τομέα, πολλές φορές με πολύπλοκες ρυθμίσεις μεταξύ των διαφόρων συντελεστών. Ωστόσο, η ιδιωτική χρηματοδότηση μπορεί να συμπληρωθεί από δημόσια χρηματοδότηση, συχνά πολύ μεγάλου ύψους.
 - Ο σημαντικός ρόλος του οικονομικού φορέα, ο οποίος συμμετέχει σε διάφορα στάδια του σχεδίου (μελέτη, υλοποίηση, εφαρμογή, χρηματοδότηση). Ο εταίρος του δημοσίου τομέα επικεντρώνεται κυρίως στον καθορισμό των στόχων που πρέπει να επιτευχθούν όσον αφορά το δημόσιο συμφέρον, την ποιότητα των προσφερομένων υπηρεσιών, την πολιτική των τιμών, και εξασφαλίζει τον έλεγχο της τήρησης των στόχων αυτών.
 - Η κατανομή των κινδύνων μεταξύ του εταίρου του δημοσίου τομέα και του εταίρου του ιδιωτικού τομέα, στον οποίο μεταφέρονται αστάθμητοι παράγοντες που βαρύνουν συνήθως το δημόσιο τομέα. Στις ΣΔΙΤ δεν είναι ωστόσο αυτονόητο ότι ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα πρέπει να αναλάβει όλους τους κινδύνους ή το μεγαλύτερο μέρος των κινδύνων που συνδέονται με το σχέδιο. Η ακριβής κατανομή των κινδύνων πραγματοποιείται κατά περίπτωση, ανάλογα με την ικανότητα κάθε πλευράς να τους αξιολογεί, να τους ελέγχει και να τους διαχειρίζεται.
3. Κατά τη διάρκεια της τελευταίας δεκαετίας το φαινόμενο ΣΔΙΤ αναπτύχθηκε σε πολλά πεδία του δημοσίου τομέα. Η αύξηση των ΣΔΙΤ οφείλεται σε διάφορους παράγοντες. Αφενός, λόγω των δημοσιονομικών περιορισμών που αντιμετωπίζουν τα κράτη μέλη, οι ΣΔΙΤ ανταποκρίνονται στην ανάγκη του δημοσίου τομέα για ιδιωτική χρηματοδότηση και, αφετέρου, προσφέρουν στο δημόσιο τομέα τη δυνατότητα να επωφεληθεί περισσότερο από την τεχνογνωσία και τις μεθόδους λειτουργίας του ιδιωτικού τομέα. Η ανάπτυξη των ΣΔΙΤ εντάσσεται εξάλλου στη γενικότερη εξέλιξη του ρόλου του κράτους στον οικονομικό τομέα, το οποίο πέρασε από το ρόλο του άμεσου φορέα σ' ένα ρόλο οργανωτή, ρυθμιστή και ελεγκτή.
4. Οι δημόσιες αρχές των κρατών μελών πολλές φορές έχουν χρησιμοποιήσει ρυθμίσεις ΣΔΙΤ για την υλοποίηση σχεδίων υποδομής, ιδίως στους τομείς των μεταφορών, της δημόσιας υγείας, της παιδείας και της δημόσιας ασφάλειας. Σε ευρωπαϊκό επίπεδο,

έχει αναγνωρισθεί ότι η χρησιμοποίηση ΣΔΙΤ θα μπορούσε να συμβάλει στην υλοποίηση διευρωπαϊκών δικτύων μεταφορών, υλοποίηση η οποία έχει καθυστερήσει πάρα πολύ κυρίως λόγω ανεπαρκών επενδύσεων¹. Στο πλαίσιο της πρωτοβουλίας για την ανάπτυξη, το Συμβούλιο ενέκρινε μια σειρά μέτρων με σκοπό την αύξηση των επενδύσεων στις υποδομές του διευρωπαϊκού δικτύου και στον τομέα της καινοτομίας, καθώς και στην έρευνα και στην ανάπτυξη, ιδίως με την εφαρμογή ρυθμίσεων για τις ΣΔΙΤ².

5. Αν και είναι αλήθεια ότι η συνεργασία δημοσίου και ιδιωτικού τομέα μπορεί να προσφέρει μικροοικονομικά πλεονεκτήματα που επιτρέπουν την υλοποίηση ενός σχεδίου στην καλύτερη σχέση ποιότητας/τιμής, διατηρώντας παράλληλα τους στόχους του δημοσίου συμφέροντος, η χρησιμοποίηση των ΣΔΙΤ δεν θα πρέπει ωστόσο να παρουσιάζεται ως θαυματουργός λύση για το δημόσιο τομέα που αντιμετωπίζει δημοσιονομικούς περιορισμούς³. Η πείρα έχει αποδείξει ότι σεκάθε σχέδιο πρέπει να αξιολογείται εάν η επιλογή της σύμπραξης παρουσιάζει πραγματική προστιθέμενη αξία σε σχέση με άλλες επιλογές, όπως είναι μια πιο κλασική σύμβαση⁴.
6. Η Επιτροπή διαπιστώνει εξάλλου με ενδιαφέρον ότι ορισμένα κράτη μέλη και ορισμένες υπό ένταξη χώρες έχουν δημιουργήσει εργαλεία συντονισμού και προώθησης των ΣΔΙΤ, τα οποία αποσκοπούν, μεταξύ άλλων, στη διάδοση "ορθών πρακτικών" στον τομέα των ΣΔΙΤ σε εθνικό ή ευρωπαϊκό επίπεδο. Τα εργαλεία αυτά αποσκοπούν στο να καταστήσουν τους ειδικούς αμοιβαία διαθέσιμους (παραδείγματος χάριν οι Task Forces του Ηνωμένου Βασιλείου ή της Ιταλίας) και κατ' αυτό τον τρόπο να συμβουλευούν τους χρήστες σχετικά με τις διαφορετικές μορφές ΣΔΙΤ και τα στάδιά τους, όπως την αρχική μελέτη, τον τρόπο επιλογής ενός εταίρου ιδιωτικού τομέα, την καλύτερη κατανομή κινδύνων, την επιλογή συμβατικών ρητρών ή ακόμη και την απορρόφηση κοινοτικής χρηματοδότησης.
7. Οι δημόσιες αρχές έχουν επίσης χρησιμοποιήσει δομές συμπράξεων με τον ιδιωτικό τομέα για να εξασφαλίσουν τη διαχείριση των δημοσίων υπηρεσιών, ιδίως σε τοπικό επίπεδο. Οι δημόσιες υπηρεσίες που αφορούν τη διαχείριση των αποβλήτων ή τη διανομή νερού ή ενέργειας ανατίθενται επίσης όλο και πιο συχνά σε επιχειρήσεις, που είναι δημόσιες, ιδιωτικές ή μεικτές. Το Πράσινο Βιβλίο για τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας υπενθυμίζει σχετικά με το θέμα αυτό ότι εφόσον μια δημόσια αρχή

¹ Βλ. την ανακοίνωση της Επιτροπής της 23ης Απριλίου 2003 "Ανάπτυξη του διευρωπαϊκού δικτύου μεταφορών: καινοτόμος χρηματοδότηση, διαλειτουργικότητα τηλεδιοδίων", COM (2003) 132, και την έκθεση της ομάδας υψηλού επιπέδου για το διευρωπαϊκό δίκτυο μεταφορών της 27ης Ιουνίου 2003.

² Συμπεράσματα της Προεδρίας, Ευρωπαϊκό Συμβούλιο των Βρυξελλών στις 12 Δεκεμβρίου 2003.

³ Η Eurostat, η στατιστική υπηρεσία των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, έλαβε στις 11 Φεβρουαρίου 2004 (πρβλ. ανακοινωθέν τύπου STAT/04/18) μια απόφαση σχετικά με τη λογιστική αντιμετώπιση, στους εθνικούς λογαριασμούς, των συμβάσεων που συνάπτονται από δημόσιους φορείς στο πλαίσιο συμπράξεων με ιδιωτικούς φορείς. Η απόφαση προσδιορίζει τον αντίκτυπο στο δημόσιο έλλειμμα/πλεόνασμα και στο δημόσιο χρέος. Η Eurostat συνιστά τα στοιχεία του ενεργητικού που συνδέονται με μια σύμπραξη δημοσίου και ιδιωτικού τομέα να ταξινομούνται ως μη δημόσια στοιχεία του ενεργητικού και επομένως να μην εγγράφονται στον ισολογισμό των δημοσίων διοικητικών αρχών, εφόσον πληρούνται οι εξής δύο προϋποθέσεις: 1. ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα αναλαμβάνει τον κίνδυνο της κατασκευής, και 2. ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα αναλαμβάνει τον έναν τουλάχιστον από τους ακόλουθους δύο κινδύνους: τον κίνδυνο της διαθεσιμότητας ή τον κίνδυνο που συνδέεται με τη ζήτηση.

⁴ Βλέπε την ανακοίνωση της Επιτροπής στο Συμβούλιο και στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο "Τα δημόσια οικονομικά στην ΟΝΕ – 2003" που δημοσιεύτηκε στο έντυπο European Economy αριθ. 3/2003 [COM (2003) 283 τελικό].

αποφασίζει να αναθέσει τη διαχείριση μιας υπηρεσίας σε τρίτο, οφείλει να τηρήσει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, ακόμη και στην περίπτωση που κρίνεται ότι η υπηρεσία αυτή σχετίζεται με το γενικό συμφέρον⁵. Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο έχει εξάλλου αναγνωρίσει ότι η τήρηση των κανόνων αυτών "μπορεί να αποτελέσει ένα αποτελεσματικό μέσο για την αποφυγή άσκοπων περιορισμών του ανταγωνισμού, ενώ συγχρόνως επιτρέπει στις ίδιες τις δημόσιες αρχές να καθορίζουν και να ελέγχουν τις προϋποθέσεις για τη διασφάλιση της ποιότητας, της διαθεσιμότητας, των κοινωνικών προδιαγραφών και της προστασίας του περιβάλλοντος"⁶.

1.2 Η πρόκληση της εσωτερικής αγοράς: εξασφάλιση της ανάπτυξης των ΣΔΙΤ σε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού και νομικής σαφήνειας.

8. Η παρούσα Πράσινη Βίβλος αναλύει το φαινόμενο των ΣΔΙΤ από την πλευρά του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης. Το κοινοτικό δίκαιο δεν προβλέπει ειδικούς κανόνες που να καλύπτουν τις ΣΔΙΤ. Είναι όμως γεγονός ότι κάθε πράξη, συμβατική ή μονομερής, με την οποία ένας δημόσιος φορέας αναθέτει την παροχή μιας οικονομικής δραστηριότητας σε τρίτο υπόκειται στους κανόνες και στις αρχές που απορρέουν από τη Συνθήκη, ιδίως όσον αφορά την ελευθερία εγκατάστασης και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (άρθρα 43 και 49 της συνθήκης ΕΚ)⁷. Στις αρχές αυτές περιλαμβάνονται ιδίως οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και της αμοιβαίας αναγνώρισης⁸. Επιπλέον, εφαρμόζονται λεπτομερείς διατάξεις στις περιπτώσεις που καλύπτονται από τις οδηγίες για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων^{9 10}. Οι οδηγίες αυτές σκοπό έχουν "την προστασία των συμφερόντων

⁵ COM (2003) 270 τελικό. Το κείμενο του Πράσινου Βιβλίου και διάφορες απόψεις σχετικά με αυτό υπάρχουν στο διαδίκτυο στη διεύθυνση:

http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest.

⁶ Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με το Πράσινο Βιβλίο για τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας, εγκρίθηκε στις 14 Ιανουαρίου 2004.

⁷ Οι κανόνες που αφορούν την εσωτερική αγορά, συμπεριλαμβανομένων των κανόνων και των αρχών για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης, εφαρμόζονται σε κάθε δραστηριότητα οικονομικού χαρακτήρα, δηλαδή σε κάθε δραστηριότητα που αφορά την παροχή υπηρεσιών, αγαθών ή έργων σε μια αγορά, ακόμη και αν οι εν λόγω υπηρεσίες, αγαθά ή έργα αποσκοπούν στην εξασφάλιση μιας "δημόσιας υπηρεσίας", όπως αυτή καθορίζεται από ένα κράτος μέλος.

⁸ Βλ. την ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο, EEEE C 121 της 29ης Απριλίου 2000.

⁹ Δηλ. τις οδηγίες 92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ, 93/37/ΕΟΚ, 93/38/ΕΟΚ σχετικά με το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης, αντίστοιχα, δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών. Οι οδηγίες αυτές θα αντικατασταθούν από την οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και από την οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, οι οποίες θα δημοσιευτούν σύντομα στην EEEE. Στον ιστοχώρο http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm έχει δημοσιευτεί η [προσωρινή] έκδοση των νέων αυτών οδηγιών.

¹⁰ Επιπλέον, σε ορισμένους τομείς, και ιδίως στον τομέα των μεταφορών, η δημιουργία μιας ΣΔΙΤ μπορεί να υπόκειται σε μια ειδική κλαδική νομοθεσία. Βλ. τον κανονισμό (ΕΟΚ) αριθ. 2408/92 του Συμβουλίου της 23ης Ιουλίου 1992 για την πρόσβαση των κοινοτικών αερομεταφορέων σε δρομολόγια ενδοκοινοτικών αεροπορικών γραμμών, τον κανονισμό (ΕΟΚ) αριθ. 3577/92 του Συμβουλίου της 7ης Δεκεμβρίου 1992 για την εφαρμογή της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών στις θαλάσσιες μεταφορές στο εσωτερικό των κρατών μελών, τον κανονισμό (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 1969 περί των ενεργειών των κρατών μελών που αφορούν τις

των εγκατεστημένων σε κράτος μέλος επιχειρηματιών, οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές που είναι εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος και, προς τούτο, την αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποψήφιοι κατά τη σύναψη συμβάσεως καθώς και τον αποκλεισμό του ενδεχομένου η δημοσίου δικαίου αναθέτουσα αρχή να καθορίζει τη στάση της με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως"¹¹. Η εφαρμογή των λεπτομερών διατάξεων των οδηγιών αυτών περιορίζεται ωστόσο σε ορισμένες υποθέσεις και αφορούν κυρίως τη φάση της σύναψης των συμβάσεων.

9. Το καθεστώς που εφαρμόζεται στην επιλογή ενός εταίρου του ιδιωτικού τομέα εξαρτάται κατ' αρχάς από το είδος της συμβατικής σχέσης του εταίρου με τον αναθέτοντα οργανισμό¹². Σύμφωνα με το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, όλες οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός αναθέτοντος οργανισμού και ενός φορέα, στο βαθμό που έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση εργασιών, την υλοποίηση ενός έργου ή την παροχή μιας υπηρεσίας, χαρακτηρίζονται "δημόσιες συμβάσεις" έργων ή υπηρεσιών. Η έννοια της "παραχώρησης" ορίζεται ως μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια δημόσια σύμβαση, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.
10. Η εκτίμηση των στοιχείων των ορισμών αυτών, σύμφωνα με το Δικαστήριο, πρέπει να γίνεται κατά τρόπο ώστε να μη διακυβεύεται η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας¹³. Για παράδειγμα, ο τυπικός χαρακτήρας που προσδίδεται στην έννοια της σύμβασης στο εθνικό δίκαιο δεν μπορεί να προβληθεί ως επιχείρημα για να στερήσει τις οδηγίες από την πρακτική τους αποτελεσματικότητα. Επίσης, η επαχθής αιτία της εν λόγω σύμβασης δεν σημαίνει υποχρεωτικά την άμεση καταβολή ενός τιμήματος από τον εταίρο του δημοσίου τομέα, αλλά είναι δυνατόν να απορρέει από οποιαδήποτε άλλη μορφή οικονομικής αντιπαροχής έχει λάβει ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα.

υποχρεώσεις που είναι συνυφασμένες με την έννοια της δημοσίας υπηρεσίας στον τομέα των σιδηροδρομικών, οδικών και εσωτερικών πλωτών μεταφορών, όπως τροποποιήθηκε από τον κανονισμό (ΕΟΚ) αριθ. 1893/91, και την τροποποιημένη πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με δράσεις των κρατών μελών για τους όρους παροχής δημοσίας υπηρεσίας στον τομέα των σιδηροδρομικών, οδικών και εσωτερικών πλωτών συγκοινωνιών (COM(2002) 107 τελικό).

¹¹ Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Impresa Lombardini κατά ANAS*, απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, σκέψη 36 και, κατά την ίδια έννοια, υπόθεση C-380/98, *University of Cambridge*, Συλ. σ. I-8035 και υπόθεση C-19/00, *SIAC construction*, Συλ. σ. I-7725.

¹² Στις ΣΔΙΤ, εταίροι του δημοσίου τομέα είναι κατά πρώτο λόγο οι εθνικές, περιφερειακές και τοπικές αρχές. Μπορεί επίσης να είναι οργανισμοί δημοσίου δικαίου που έχουν συσταθεί με σκοπό την εκτέλεση αποστολών κοινής ωφέλειας υπό τον έλεγχο του κράτους, ή επιχειρήσεις διαχείρισης ορισμένων βιομηχανιών του δικτύου. Για λόγους απλοποίησης, στο έγγραφο αυτό θα χρησιμοποιηθεί ο όρος "αναθέτων οργανισμός" για όλους τους οργανισμούς αυτούς. Ο όρος αυτός καλύπτει επίσης τις "αναθέτουσες αρχές" κατά την έννοια των οδηγιών 92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ, 93/37/ΕΟΚ και 2004/18/ΕΚ και τους αναθέτοντες φορείς που είναι οι "δημόσιες αρχές" και οι "δημόσιες επιχειρήσεις" κατά την έννοια των οδηγιών 93/38/ΕΟΚ και 2004/17/ΕΚ.

¹³ Απόφαση του Δικαστηρίου της 12ης Ιουλίου 2001, υπόθεση C-399/98, *Scala*, Συλ. I-5409, βλ. κυρίως τις σκέψεις 53 έως 55.

11. Οι δημόσιες συμβάσεις έργων ή υπηρεσιών που έχουν οριστεί ως συμβάσεις προτεραιότητας¹⁴ υπόκεινται στις λεπτομερείς διατάξεις των κοινοτικών οδηγιών. Οι συμβάσεις παραχώρησης έργων και οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που ορίζονται ως "μη προτεραιότητας" διέπονται από ορισμένες μόνο διατάξεις του παράγωγου δικαίου. Τέλος, ορισμένες δραστηριότητες, και ιδίως οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, διαφεύγουν από οποιοδήποτε πλαίσιο παράγωγου δικαίου. Το ίδιο ισχύει εξάλλου και για οποιαδήποτε ανάθεση πραγματοποιείται μέσω μονομερούς πράξης.
12. Κατά συνέπεια το ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα έχει αποτελέσει κατά συνέπεια αντικείμενο κοινοτικού συντονισμού σε πολλά επίπεδα και διάφορους βαθμούς έντασης, διατηρώντας, σε εθνικό επίπεδο, πολύ διαφορετικές προσεγγίσεις, παρά το γεγονός ότι οποιαδήποτε ανάθεση σε τρίτο διέπεται από ένα ελάχιστο κορμό αρχών που απορρέουν από τα άρθρα 43 έως 49 της συνθήκης ΕΚ.
13. Όσον αφορά το φαινόμενο ΣΔΙΤ, η Επιτροπή έχει ήδη αναλάβει πρωτοβουλίες στον τομέα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Δημοσίευσε το 2000 ερμηνευτική ανακοίνωση σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο¹⁵, με την οποία καθόρισε, βάσει των κανόνων και των αρχών που απορρέουν από τη Συνθήκη και το εφαρμοστέο παράγωγο δίκαιο, το περίγραμμα της έννοιας της σύμβασης παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο, καθώς και τις υποχρεώσεις που βαρύνουν τις δημόσιες αρχές κατά την επιλογή των οικονομικών φορέων, στους οποίους ανατίθενται οι συμβάσεις παραχώρησης. Επιπλέον, οι νέες οδηγίες του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου που αποσκοπούν στον εκσυγχρονισμό και στην απλοποίηση του κοινοτικού νομοθετικού πλαισίου καθιερώνουν μια καινοτόμο διαδικασία ανάθεσης, η οποία έχει σχεδιαστεί ειδικά για να ανταποκρίνεται στις ιδιαιτερότητες της ανάθεσης "ιδιαίτερα πολύπλοκων συμβάσεων" και, κατά συνέπεια, ορισμένων μορφών ΣΔΙΤ. Η νέα αυτή διαδικασία, η οποία ονομάζεται "ανταγωνιστικός διάλογος", επιτρέπει στις δημόσιες αρχές να συζητούν με τις υποψήφιες επιχειρήσεις με σκοπό τον προσδιορισμό λύσεων που θα μπορούσαν να καλύψουν τις ανάγκες τους.
14. Είναι γεγονός ότι πολλοί εκπρόσωποι ενδιαφερομένων ομάδων θεωρούν ότι οι κοινοτικοί κανόνες που εφαρμόζονται στην επιλογή των επιχειρήσεων που καλούνται να συνεργαστούν με μια δημόσια αρχή στο πλαίσιο μιας ΣΔΙΤ, και ο αντίκτυπός τους στις συμβατικές σχέσεις που διέπουν την εκτέλεση της σύμπραξης, δεν είναι αρκετά σαφείς και δεν είναι ομοιογενείς στα διάφορα κράτη μέλη. Αυτή η κατάσταση μπορεί να δημιουργήσει αβεβαιότητα για τους κοινοτικούς φορείς και κατά συνέπεια να αποτελέσει πραγματικό εμπόδιο στη δημιουργία ή την επιτυχία των ΣΔΙΤ, εις βάρος της χρηματοδότησης σημαντικών σχεδίων υποδομής και της ανάπτυξης δημοσίων υπηρεσιών ποιότητας.
15. Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο κάλεσε την Επιτροπή να εξετάσει την πιθανότητα έγκρισης μιας πρότασης οδηγίας με σκοπό την ομοιογενή ρύθμιση του τομέα των συμβάσεων παραχώρησης και των άλλων μορφών ΣΔΙΤ¹⁶. Η Ευρωπαϊκή

¹⁴ Δηλ. εκείνες που περιλαμβάνονται στον κατάλογο του παραρτήματος ΙΑ της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ ή στο παράρτημα ΧVIA της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ.

¹⁵ Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο. ΕΕΕΕ L 121 της 29ης Απριλίου 2000.

¹⁶ Γνωμοδότηση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σε πρώτη ανάγνωση σχετικά με την πρόταση της Επιτροπής COM (2000) 275 της 10.05.2002.

Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή εκτιμά επίσης ότι επιβάλλεται να υπάρξει μια νομοθετική πρωτοβουλία¹⁷.

16. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή είχε ανακοινώσει, στη στρατηγική της για την εσωτερική αγορά 2003-2006¹⁸, ότι θα δημοσίευε μια Πράσινη Βίβλο σχετικά με τις ΣΔΙΤ και το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, με σκοπό να δώσει το έναυσμα για μια συζήτηση σχετικά με την εξεύρεση του καλύτερου δυνατού τρόπου που θα εξασφαλίζει ότι οι ΣΔΙΤ μπορούν να αναπτυχθούν μέσα σ' ένα πλαίσιο αποτελεσματικού ανταγωνισμού και νομικής σαφήνειας. Η δημοσίευση μιας Πράσινης Βίβλου περιλαμβάνεται επίσης μεταξύ των ενεργειών που προβλέπονται στο πλαίσιο της ευρωπαϊκής πρωτοβουλίας για την ανάπτυξη¹⁹. Τέλος, απαντά σε ορισμένα αιτήματα που διατυπώθηκαν κατά τη διάρκεια της δημόσιας διαβούλευσης σχετικά με το Πράσινο Βιβλίο για τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας²⁰.

1.3. Συγκεκριμένο αντικείμενο και σχέδιο της παρούσας Πράσινης Βίβλου

17. Ο σκοπός της Πράσινης Βίβλου είναι να δώσει το έναυσμα για μια συζήτηση σχετικά με την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης στο φαινόμενο των ΣΔΙΤ. Επομένως, η συζήτηση που εγκαινιάζεται με τον τρόπο αυτό θα επικεντρωθεί στους κανόνες που πρέπει να εφαρμόζονται όταν αποφασίζεται η ανάθεση μιας αποστολής ή ενός καθήκοντος σε τρίτο. Αφορά το σχέδιο που έπεται της οικονομικής και οργανωτικής επιλογής που πραγματοποιεί μια τοπική ή εθνική αρχή και δεν μπορεί κατά κανένα τρόπο να θεωρηθεί ότι επιχειρεί να αξιολογήσει την επιλογή της ανάθεσης ή όχι σε εξωτερικούς φορείς της διαχείρισης των δημοσίων υπηρεσιών· η επιλογή αυτή ανήκει στην αρμοδιότητα των δημοσίων αρχών. Μάλιστα, το κοινοτικό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης είναι ουδέτερο ως προς την επιλογή των κρατών μελών να εξασφαλίσουν μια δημόσια υπηρεσία με τις ίδιες τις δικές τους υπηρεσίες ή με την ανάθεσή της σε τρίτο.
18. Πιο συγκεκριμένα, η παρούσα Πράσινη Βίβλος σκοπό έχει να παρουσιάσει την έκταση εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων κατά το στάδιο επιλογής του εταίρου του ιδιωτικού τομέα και κατά το στάδιο που ακολουθεί την επιλογή αυτή, ώστε να διαπιστωθούν τυχόν αβεβαιότητες και να αναλυθεί εάν το κοινοτικό πλαίσιο είναι το κατάλληλο για τις ανάγκες και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των ΣΔΙΤ. Θα εξεταστούν πιθανές δυνατότητες κοινοτικής παρέμβασης. Καθώς η παρούσα Πράσινη Βίβλος αποσκοπεί στο να ξεκινήσει μια διαβούλευση, δεν έχει αποφασιστεί καμιά προκαθορισμένη επιλογή κοινοτικής παρέμβασης. Τα διαθέσιμα μέσα για τη βελτίωση του ανοίγματος των ΣΔΙΤ στον ανταγωνισμό μέσα σ' ένα σαφές νομικό περιβάλλον είναι όντως πολύ διαφορετικά: νομοθετικά μέσα, ερμηνευτικές ανακοινώσεις, ενέργειες με στόχο τον καλύτερο συντονισμό των εθνικών πρακτικών ή την ανταλλαγή ορθών πρακτικών μεταξύ των κρατών μελών.

¹⁷ Γνωμοδότηση ΕΟΚΕ, ΕΕ C 14 της 16.1.2001, εισηγητής κ. Lenvaux, σημείο 4.1.3, και γνωμοδότηση ΕΟΚΕ, ΕΕ C 193 της 10.07.2001, εισηγητής κ. Bo Green, σημείο 3.5.

¹⁸ Στρατηγική της εσωτερικής αγοράς - Προτεραιότητες 2003-2006, COM (2003) 238 τελικό.

¹⁹ Ανακοίνωση της Επιτροπής "Ευρωπαϊκή πρωτοβουλία για την ανάπτυξη - Επενδύσεις στα δίκτυα και τη γνώση για την ανάπτυξη και την απασχόληση", COM (2003) 690 τελικό της 11ης Νοεμβρίου 2003. Η έκθεση αυτή εγκρίθηκε από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο των Βρυξελλών στις 12 Δεκεμβρίου 2003.

²⁰ Πρβλ. Έκθεση σχετικά με τα αποτελέσματα της διαβούλευσης σχετικά με το Πράσινο Βιβλίο για τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας, βλ. υποσημείωση 5.

19. Επομένως, παρότι η Βίβλος αυτή αφορά κυρίως θέματα που συνδέονται με το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, πρέπει να υπενθυμιστεί ότι η Επιτροπή έχει ήδη λάβει, σε άλλους τομείς, μέτρα που αποσκοπούν στην άρση των εμποδίων που θα μπορούσαν να παρεμποδίσουν τη δημιουργία ΣΔΙΤ. Έτσι, διευκρινίστηκαν πρόσφατα οι κανόνες που αφορούν τη λογιστική αντιμετώπιση, στους εθνικούς λογαριασμούς, των συμβάσεων που συνάπτονται από δημόσιους φορείς στο πλαίσιο συμπράξεων με ιδιωτικούς φορείς²¹. Πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι η έγκριση του καταστατικού της ευρωπαϊκής εταιρείας θα διευκολύνει τη δημιουργία διευρωπαϊκών ΣΔΙΤ²².
20. Για τους σκοπούς της ανάλυσης αυτής της Πράσινης Βίβλου, προτείνεται να γίνει η ακόλουθη διάκριση:
- ΣΔΙΤ καθαρά συμβατικού τύπου, στις οποίες η σύμπραξη μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού τομέα βασίζεται σε αποκλειστικά συμβατικούς δεσμούς, και
 - ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου, στις οποίες υπάρχει συνεργασία μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού τομέα στο πλαίσιο ενός άλλου φορέα.

Η διάκριση αυτή βασίζεται στη διαπίστωση ότι οι διαφορετικές πρακτικές ΣΔΙΤ που απαντώνται στα κράτη μέλη μπορούν να διαιρεθούν σε δύο μεγάλες κατηγορίες. Η καθεμιά από αυτές δημιουργεί ιδιαίτερα ζητήματα όσον αφορά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης, τα οποία αξίζει να εξεταστούν ξεχωριστά, όπως και γίνεται στα κεφάλαια που ακολουθούν²³.

2. ΟΙ ΣΔΙΤ ΚΑΘΑΡΑ ΣΥΜΒΑΤΙΚΟΥ ΤΥΠΟΥ ΚΑΙ ΤΟ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΓΙΑ ΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΙ ΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

21. Ο όρος ΣΔΙΤ καθαρά συμβατικού τύπου αναφέρεται στις συμπράξεις που βασίζονται σε αποκλειστικά συμβατικούς δεσμούς μεταξύ των διαφόρων παραγόντων. Καλύπτει τις διάφορες ρυθμίσεις με τις οποίες ανατίθενται ένα ή περισσότερα καθήκοντα μικρότερης ή μεγαλύτερης σπουδαιότητας στον εταίρο του ιδιωτικού τομέα, καθήκοντα στα οποία είναι δυνατόν να περιλαμβάνονται σχεδιασμός, η χρηματοδότηση, η υλοποίηση, η ανακαίνιση ή η εκμετάλλευση ενός έργου ή μιας υπηρεσίας.
22. Στο πλαίσιο αυτό, ένα από τα πιο γνωστά μοντέλα, το οποίο συχνά ονομάζεται "μοντέλο παραχώρησης"²⁴, χαρακτηρίζεται από την άμεση σχέση που υπάρχει μεταξύ του εταίρου του ιδιωτικού τομέα και του τελικού χρήστη: ο εταίρος του

²¹ Βλ. υποσημείωση 3.

²² Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 2157/2001 του Συμβουλίου της 8ης Οκτωβρίου 2001.

²³ Η διάκριση αυτή δεν λαμβάνει υπόψη τους νομικούς χαρακτηρισμούς που δίνονται από το εθνικό δίκαιο και δεν προδικάζει κατά κανένα τρόπο το χαρακτηρισμό των ρυθμίσεων ή των συμβάσεων αυτού του είδους από κοινοτικό δίκαιο. Η ανάλυση που ακολουθεί έχει επομένως ως μοναδικό στόχο να διακρίνει μεταξύ αυτών τις ρυθμίσεις που συνήθως χαρακτηρίζονται ΣΔΙΤ, ώστε, σε ένα δεύτερο στάδιο, να βοηθήσει στον καθορισμό των κανόνων του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης που αρμόζει να εφαρμοστούν σε αυτές.

²⁴ Πρέπει να υπομνησθεί ότι ο χαρακτηρισμός που δίνεται από το εθνικό δίκαιο ή από τα μέρη δεν επηρεάζει το νομικό χαρακτηρισμό των συμβάσεων αυτών για τους σκοπούς της εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης.

ιδιωτικού τομέα παρέχει μια υπηρεσία στο κοινό "στη θέση τού" αλλά και υπό τον έλεγχο τού εταίρου του δημοσίου τομέα. Χαρακτηρίζεται επίσης από τον τρόπο αμοιβής του αντισυμβαλλομένου (παραχωρησιούχου), που αποτελείται από τέλη που επιβάλλονται στους χρήστες της υπηρεσίας και, κατά περίπτωση, συμπληρώνεται από επιδοτήσεις εκ μέρους των δημοσίων αρχών.

23. Σε άλλους τύπους ρυθμίσεων, ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα καλείται να υλοποιήσει και να διαχειριστεί μια υποδομή για τη δημόσια διοίκηση (π.χ. ένα σχολείο, ένα νοσοκομείο, ένα σωφρονιστικό κέντρο, μια υποδομή που αφορά τις μεταφορές). Το χαρακτηριστικότερο παράδειγμα του μοντέλου αυτού είναι η ρύθμιση τύπου PFI²⁵. Στο μοντέλο αυτό η αμοιβή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα δεν έχει τη μορφή τελών που καταβάλλονται από τους χρήστες του έργου ή της υπηρεσίας, αλλά τακτικών πληρωμών που καταβάλλονται από το δημόσιο τομέα. Οι πληρωμές αυτές μπορεί να είναι σταθερές, αλλά μπορεί επίσης να υπολογίζονται με μεταβλητό τρόπο, ανάλογα, για παράδειγμα, με τη διαθεσιμότητα του σχετικού έργου ή των σχετικών υπηρεσιών, ή ακόμη ανάλογα με τη συχνότητα χρήσης του έργου²⁶.

1. Ποια είδη ΣΔΙΤ καθαρά συμβατικού τύπου γνωρίζετε; Οι ρυθμίσεις αυτές αποτελούν αντικείμενο ειδικού πλαισίου (νομοθετικού ή άλλου) στη χώρα σας;

2.1. Το στάδιο της επιλογής του εταίρου του ιδιωτικού τομέα

2.1.1. *Σύμπραξη καθαρά συμβατικού τύπου: πράξη ανάθεσης που χαρακτηρίζεται δημόσια σύμβαση*

24. Το καθεστώς που εφαρμόζεται στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων ή δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, οι οποίες χαρακτηρίζονται ως συμβάσεις προτεραιότητας²⁷, απορρέει από τις διατάξεις των κοινοτικών οδηγιών που ορίζουν τους λεπτομερείς κανόνες, ιδίως όσον αφορά τα θέματα δημοσιότητας και συμμετοχής. Όταν η δημόσια αρχή είναι μια αναθέτουσα αρχή που ενεργεί στο πλαίσιο των κλασικών οδηγιών²⁸, πρέπει κανονικά να εφαρμόσει ανοικτή ή κλειστή διαδικασία για την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα. Κατ' εξαίρεση, και υπό ορισμένες συνθήκες, είναι δυνατόν να εφαρμοστεί ορισμένες φορές η διαδικασία με διαπραγμάτευση. Όσον αφορά αυτό το ζήτημα, η Επιτροπή επιθυμεί να υπενθυμίσει ότι η παρέκκλιση που προβλέπεται από το άρθρο 7 παράγραφος 2 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και αφορά την εφαρμογή διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη της σύμβασης "όταν πρόκειται για έργα των οποίων η φύση ή διάφοροι αστάθμητοι παράγοντες δεν επιτρέπουν το συνολικό προκαθορισμό των τιμών", έχει πολύ περιορισμένο πεδίο εφαρμογής. Η παρέκκλιση αυτή αφορά μόνο εξαιρετικές περιπτώσεις στις οποίες υπάρχει *a priori* αβεβαιότητα σχετικά με το χαρακτήρα ή την έκταση των έργων που πρέπει να πραγματοποιηθούν, αλλά δεν καλύπτει τις περιπτώσεις στις οποίες η αβεβαιότητα προκύπτει από άλλες αιτίες, όπως είναι η

²⁵ Το αρκτικόλεξο PFI είναι από τις λέξεις "Private Finance Initiative", ένα πρόγραμμα της βρετανικής κυβέρνησης που επιτρέπει τον εκσυγχρονισμό των δημοσίων υποδομών μέσω της προσφυγής σε ιδιωτική χρηματοδότηση. Το ίδιο μοντέλο χρησιμοποιείται και σε άλλα κράτη μέλη με σημαντικές, πολλές φορές, παραλλαγές. Το μοντέλο PFI, για παράδειγμα, έδωσε την έμπνευση για την ανάπτυξη του 'Betriebsmodell' στη Γερμανία.

²⁶ Πρβλ. την περίπτωση των 'εικονικών διωδίων', που χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο σχεδίων για αυτοκινητοδρόμους, ιδίως στο Ηνωμένο Βασίλειο, στην Πορτογαλία, στην Ισπανία και στη Φινλανδία.

²⁷ Δηλαδή, εκείνες που περιλαμβάνονται στον κατάλογο του παραρτήματος ΙΑ της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ και στο παράρτημα ΧVIA της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ.

²⁸ Δηλαδή, των οδηγιών 93/37/ΕΟΚ, 92/50/ΕΟΚ και 2004/18/ΕΚ.

δυσκολία προκαθορισμού της τιμής λόγω της πολυπλοκότητας της νομικής ή χρηματοοικονομικής ρύθμισης που εφαρμόζεται²⁹.

25. Μετά την έκδοση της οδηγίας 2004/18/EK, κατά τη σύναψη ιδιαίτερα πολύπλοκων συμβάσεων είναι δυνατόν να χρησιμοποιείται μια νέα διαδικασία που ονομάζεται "ανταγωνιστικός διάλογος"³⁰. Η διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου εφαρμόζεται στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο αναθέτων οργανισμός δεν είναι αντικειμενικά σε θέση να καθορίσει τα τεχνικά μέσα που μπορούν να ανταποκριθούν στις ανάγκες και στους στόχους του, καθώς και στην περίπτωση κατά την οποία ο αναθέτων οργανισμός δεν είναι αντικειμενικά σε θέση να καθορίσει τις νομικές και/ή χρηματοοικονομικές ρυθμίσεις ενός σχεδίου. Η νέα αυτή διαδικασία θα επιτρέπει στους αναθέτοντες οργανισμούς να αναπτύσσουν, κατόπιν διαλόγου με τους υποψηφίους, τις κατάλληλες λύσεις οι οποίες θα ανταποκρίνονται στις ανάγκες αυτές. Στο τέλος του διαλόγου αυτού, οι υποψήφιοι θα καλούνται να υποβάλουν την τελική τους προσφορά με βάση τη λύση ή τις λύσεις που εντοπίστηκαν κατά τη διάρκεια του διαλόγου. Οι προσφορές αυτές πρέπει να περιλαμβάνουν όλα τα απαιτούμενα και απαραίτητα στοιχεία για την υλοποίηση του σχεδίου. Οι αναθέτοντες οργανισμοί αξιολογούν τις προσφορές με βάση τα προκαθορισμένα κριτήρια ανάθεσης. Ο υποψήφιος που έχει υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μπορεί να κληθεί να αποσαφηνίσει σημεία της προσφοράς του ή να επιβεβαιώσει τις δεσμεύσεις που περιέχονται σ' αυτήν, με την προϋπόθεση ότι με τον τρόπο αυτό δεν τροποποιούνται ουσιαστικά στοιχεία της προσφοράς ή της πρόσκλησης υποβολής προσφορών, δεν στρεβλώνεται ο ανταγωνισμός και δεν εισάγονται διακρίσεις.
26. Η διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου πρέπει να εξασφαλίζει την αναγκαία ευελιξία στις συζητήσεις με τους υποψηφίους για όλες τις πτυχές της σύμβασης κατά τη φάση της εφαρμογής, εξασφαλίζοντας παράλληλα ότι κατά τη διεξαγωγή των συζητήσεων τηρούνται οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και δεν διακυβεύονται τα δικαιώματα που παρέχει η Συνθήκη στους οικονομικούς φορείς. Βασίζεται στην ιδέα ότι οι διαρθρωμένες μέθοδοι επιλογής πρέπει να προστατεύονται σε όλες τις περιπτώσεις, επειδή συμβάλλουν στην εξασφάλιση της αντικειμενικότητας και της ακεραιότητας της διαδικασίας που οδηγεί στην επιλογή ενός φορέα. Με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται η ορθή χρήση των δημοσίων κεφαλαίων, μειώνεται ο κίνδυνος αδιαφανών πρακτικών και ενισχύεται η ασφάλεια δικαίου που είναι απαραίτητη για την εφαρμογή τέτοιου είδους σχεδίων.
27. Εξάλλου, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι οι νέες οδηγίες ενισχύουν το συμφέρον των αναθετότων οργανισμών να διατυπώνουν τις τεχνικές προδιαγραφές βάσει επιδόσεων ή λειτουργικών απαιτήσεων. Οι νέες διατάξεις θα επιτρέψουν επομένως στους αναθέτοντες οργανισμούς να διευρύνουν τις δυνατότητες εξέτασης καινοτόμων λύσεων κατά τη φάση της σύναψης, όποια και αν είναι η διαδικασία που εφαρμόζεται³¹.

²⁹ Π.χ. η παρέκκλιση αυτή μπορεί να εφαρμοστεί στην περίπτωση έργων που πραγματοποιούνται σε γεωλογικά ασταθή περιοχή ή σε αρχαιολογική ζώνη και, για το λόγο αυτό, η έκταση των έργων που πρόκειται να πραγματοποιηθούν δεν είναι δυνατόν να προβλεφθεί κατά την έναρξη της διαδικασίας. Παρόμοια παρέκκλιση προβλέπεται από το άρθρο 11 παράγραφος 2 της οδηγίας 92/50 και από το άρθρο 30 παράγραφος 1 στοιχείο β) της οδηγίας 2004/18/EK.

³⁰ Άρθρο 29 της οδηγίας 2004/18/EK.

³¹ Άρθρο 23 της οδηγίας 2004/18/EK και άρθρο 34 της οδηγίας 2004/17/EK.

2. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η μεταφορά στο εθνικό δίκαιο της διαδικασίας του ανταγωνιστικού διαλόγου θα προσφέρει στα ενδιαφερόμενα μέρη μια διαδικασία ειδικά προσαρμοσμένη στη σύναψη των συμβάσεων που χαρακτηρίζονται δημόσιες συμβάσεις κατά την εφαρμογή μιας ΣΔΙΤ καθαρά συμβατικού τύπου, διατηρώντας παράλληλα τα θεμελιώδη δικαιώματα των οικονομικών φορέων. Συμμερίζεστε την άποψη αυτή; Εάν όχι, γιατί;
3. Σχετικά με τις συμβάσεις αυτές, υπάρχουν κατά τη γνώμη σας άλλα σημεία, εκτός από εκείνα που συνδέονται με την επιλογή της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία ενδέχεται να δημιουργήσουν πρόβλημα όσον αφορά το κοινοτικό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις; Εάν ναι, ποια και για ποιους λόγους;

2.1.2. *Σύμπραξη καθαρά συμβατικού τύπου: πράξη ανάθεσης που χαρακτηρίζεται σύμβαση παραχώρησης*

28. Λίγες είναι οι διατάξεις του παράγωγου δικαίου που συντονίζουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο. Σε ό,τι αφορά τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, υπάρχουν μόνο ορισμένες υποχρεώσεις δημοσιότητας που αποσκοπούν στην εξασφάλιση της προηγούμενης προκήρυξης διαγωνισμού για τους ενδιαφερόμενους φορείς, και μια υποχρέωση σχετικά με την ελάχιστη προθεσμία για την παραλαβή των αιτήσεων³². Ο τρόπος με τον οποίο επιλέγεται στη συνέχεια ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα επαφίεται στην ελεύθερη επιλογή των αναθετόντων οργανισμών, οι οποίοι πρέπει ωστόσο στο πλαίσιο αυτό να διασφαλίσουν την απόλυτη τήρηση των αρχών και των κανόνων που απορρέουν από τη Συνθήκη.
29. Το καθεστώς που εφαρμόζεται κατά τη σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών καθορίζεται μόνο αναφορικά προς τις αρχές που απορρέουν από τα άρθρα 43 και 49 της Συνθήκης, ιδίως δε τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και της αμοιβαίας αναγνώρισης³³. Στην απόφασή του για την υπόθεση *Telaustria*, το Δικαστήριο αναφέρει σχετικά με το θέμα αυτό ότι « [η] υποχρέωση διαφάνειας που απόκειται στην αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού »³⁴.
30. Κατά τη γνώμη της Επιτροπής, το καθεστώς που απορρέει από τις σχετικές διατάξεις της Συνθήκης είναι δυνατόν να συνοψιστεί στις ακόλουθες υποχρεώσεις: καθορισμός των κανόνων που εφαρμόζονται για την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα, επαρκής δημοσιότητα όσον αφορά την πρόθεση σύναψης

³² Βλ. άρθρο 3 παράγραφος 1 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και άρθρα 56 έως 59 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

³³ Παρόλο που η Επιτροπή είχε προτείνει να περιληφθούν οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών στην οδηγία 92/50/ΕΟΚ, το Συμβούλιο αποφάσισε να τις εξαιρέσει από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτή κατά τη νομοθετική διαδικασία.

³⁴ Υπόθεση C-324/98. Βλ. επίσης τη διάταξη της 30ής Μαΐου 2002, υπόθεση C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Συλ. I-4685. Οι αρχές αυτές εφαρμόζονται επίσης σε άλλες κρατικές πράξεις με τις οποίες ανατίθεται μια οικονομική υπηρεσία σε τρίτο, όπως για παράδειγμα οι συμβάσεις που εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών λόγω του ότι το ύψος τους δεν υπερβαίνει τα όρια εφαρμογής του παράγωγου δικαίου (διάταξη του Δικαστηρίου της 3ης Δεκεμβρίου 2001, υπόθεση C-59/00, *Vestergaard*, Συλ. I-9505) ή οι υπηρεσίες που δεν είναι υπηρεσίες προτεραιότητας.

σύμβασης παραχώρησης και τους κανόνες που διέπουν την επιλογή, ώστε να υπάρχει έλεγχος της αμεροληψίας καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας, πραγματικός διαγωνισμός των φορέων οι οποίοι πιθανώς ενδιαφέρονται και/ή είναι σε θέση να εξασφαλίσουν την εκπλήρωση των σχετικών καθηκόντων, τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης για όλους τους συμμετέχοντες καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας, ανάθεση βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που δεν δημιουργούν διακρίσεις.

31. Επομένως, το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης προκύπτει ουσιαστικά από υποχρεώσεις γενικού χαρακτήρα, οι οποίες δεν απαιτούν κανένα συντονισμό των νομοθεσιών των κρατών μελών. Εξάλλου, και παρά το γεγονός ότι τα κράτη μέλη έχουν την ελευθερία να το πράξουν, πολύ λίγα είναι εκείνα τα οποία επέλεξαν να θεσπίσουν εθνική νομοθεσία με σκοπό να καθορίσουν γενικούς και λεπτομερείς κανόνες οι οποίοι να διέπουν τη σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών³⁵. Έτσι, οι κανόνες που εφαρμόζονται για την επιλογή του αναδόχου (παραχωρησιούχου) από τον αναθέτοντα οργανισμό είναι τις περισσότερες φορές ανάλογοι με την περίπτωση.
32. Η κατάσταση αυτή ενδέχεται να δημιουργήσει πρόβλημα στους κοινοτικούς φορείς. Πράγματι, η έλλειψη συντονισμού των εθνικών νομοθεσιών θα μπορούσε να αποτελέσει εμπόδιο σ' ένα πραγματικό κοινοτικό άνοιγμα των διαδικασιών αυτών, ιδίως όταν οι διαδικασίες αυτές υλοποιούνται σε διακρατικό επίπεδο. Η ανασφάλεια δικαίου που συνδέεται με την έλλειψη σαφών και συντονισμένων κανόνων θα μπορούσε επιπλέον να οδηγήσει σε αύξηση του κόστους των διαδικασιών αυτών.
33. Εξάλλου, κάποιοι υποστηρίζουν ότι οι στόχοι της εσωτερικής αγοράς κινδυνεύουν να μην επιτευχθούν σε ορισμένες περιπτώσεις, λόγω έλλειψης ουσιαστικού ανταγωνισμού στην αγορά. Η Επιτροπή επιθυμεί να υπενθυμίσει στο σημείο αυτό ότι οι οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις αποσκοπούν όχι μόνο στη διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, αλλά επιβάλλουν και τη συμμετοχή ενός ελάχιστου αριθμού υποψηφίων στις διαδικασίες, είτε πρόκειται για ανοικτές, κλειστές, με διαπραγμάτευση ή με ανταγωνιστικό διάλογο³⁶. Πρέπει να αξιολογηθεί εάν η αποτελεσματική εφαρμογή των διατάξεων αυτών επαρκεί ή εάν είναι αναγκαίο να ληφθούν άλλα μέτρα για να εξασφαλιστεί ένα περισσότερο ανταγωνιστικό περιβάλλον.
34. Η Επιτροπή έχει επίσης διαπιστώσει, στο πλαίσιο των διαδικασιών επί παραβάσει, ότι δεν είναι πάντοτε εύκολο να καθοριστεί ευθύς εξαρχής εάν η σύμβαση που αποτελεί το αντικείμενο της διαδικασίας είναι δημόσια σύμβαση ή σύμβαση παραχώρησης. Πράγματι, για τις συμβάσεις που χαρακτηρίζονται παραχωρήσεις κατά τη στιγμή της εκκίνησης της διαδικασίας, η κατανομή των κινδύνων και των οφελών μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο διαπραγματεύσεων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας. Μπορεί να συμβεί, μετά τις διαπραγματεύσεις αυτές, η εν λόγω σύμβαση στο τέλος να χαρακτηριστεί "δημόσια σύμβαση": αυτός ο

³⁵ Η Ισπανία (νόμος της 23ης Μαΐου 2003 για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων), η Ιταλία (νόμος Merloni του 1994, όπως τροποποιήθηκε) και η Γαλλία (νόμος Sapin του 1993) διαθέτουν ωστόσο τέτοιου είδους νομοθεσία.

³⁶ Άρθρο 19 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, άρθρο 22 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, άρθρο 27 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ και άρθρο 31 της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ. Βλ. επίσης το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ και το άρθρο 54 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

επαναπροσδιορισμός θέτει συχνά υπό αμφισβήτηση τη νομιμότητα της διαδικασίας σύναψης που επιλέχτηκε από τον αναθέτοντα οργανισμό. Σύμφωνα με τις απόψεις που έχουν εκφράσει τα ενδιαφερόμενα μέρη, η κατάσταση αυτή βαρύνει τις διαδικασίες αυτές με μια ανασφάλεια δικαίου, η οποία δυσχεραίνει την ανάπτυξή τους.

35. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή θα μπορούσε να εξετάσει την υποβολή νομοθετικής πρότασης για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων παραχώρησης στην Ευρωπαϊκή Ένωση. Αυτή η νέα νομοθετική πράξη θα προστεθεί στα κείμενα που ήδη υπάρχουν στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Με τον τρόπο αυτό, θα καθοριστεί λεπτομερώς το καθεστώς που θα διέπει τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης.
36. Εξάλλου, πρέπει να εξεταστεί αν υπάρχουν αντικειμενικοί λόγοι που θα δικαιολογούσαν την υπαγωγή της σύναψης των συμβάσεων παραχώρησης σε διαφορετικό καθεστώς από εκείνο που διέπει τη σύναψη άλλων ΣΔΙΤ συμβατικού τύπου. Στο πλαίσιο αυτό, υπενθυμίζεται ότι το κριτήριο του δικαιώματος εκμετάλλευσης και το παρακολούθημά του, δηλαδή η μεταβίβαση των αστάθμητων κινδύνων που είναι συνυφασμένοι με την εκμετάλλευση, διακρίνουν τις δημόσιες συμβάσεις από τις συμβάσεις παραχώρησης. Αν διαπιστωθεί ότι στο πλαίσιο της σύναψης ορισμένων ΣΔΙΤ καθαρά συμβατικού τύπου υπάρχει συχνά αβεβαιότητα δικαίου, που συνδέεται με τη δυσχέρεια να προσδιοριστεί εκ των προτέρων η κατανομή των κινδύνων εκμετάλλευσης μεταξύ των εταίρων, η Επιτροπή θα μπορούσε να μελετήσει το ενδεχόμενο να υπαγάγει σε ενιαίο καθεστώς τη σύναψη όλων των ΣΔΙΤ συμβατικού τύπου, είτε χαρακτηρίζονται δημόσιες συμβάσεις είτε συμβάσεις παραχώρησης.

4. Έχετε ήδη οργανώσει, συμμετάσχει ή θελήσει να οργανώσετε ή να συμμετάσχετε σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης στην Ένωση; Ποια είναι η εμπειρία που αποκομίσατε ;
5. Θεωρείτε ότι το σημερινό κοινοτικό νομικό πλαίσιο είναι επαρκώς σαφές για να εξασφαλίσει τη συγκεκριμένη και ουσιαστική συμμετοχή αλλοδαπών εταιρειών ή ομίλων στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης; Κατά την άποψή σας, εξασφαλίζεται συνήθως πραγματικός ανταγωνισμός στο πλαίσιο αυτό;
6. Πιστεύετε ότι θα ήταν ευκαταία η ανάληψη μιας κοινοτικής νομοθετικής πρωτοβουλίας για την οργάνωση της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων παραχώρησης ;
7. Γενικότερα, αν πιστεύετε ότι η Επιτροπή πρέπει να προτείνει νέα νομοθετική πράξη, υπάρχουν, κατά την άποψή σας, αντικειμενικοί λόγοι που να επιβάλλουν να καλύπτει η πράξη αυτή όλες τις ΣΔΙΤ συμβατικού τύπου, είτε χαρακτηρίζονται δημόσιες συμβάσεις είτε συμβάσεις παραχώρησης, ούτως ώστε να υπαχθούν σε ταυτόσημο καθεστώς σύναψης;

2.2. Ειδικά ζητήματα που αφορούν την επιλογή οικονομικού φορέα στο πλαίσιο μιας ΣΔΙΤ ιδιωτικής πρωτοβουλίας

37. Πρόσφατα αναπτύχθηκαν σε ορισμένα κράτη μέλη κάποιες πρακτικές οι οποίες τείνουν να παρέχουν στον ιδιωτικό τομέα τη δυνατότητα να αναλαμβάνει την πρωτοβουλία για μια ΣΔΙΤ³⁷. Στα συστήματα αυτού του είδους, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν λεπτομερή πρόταση σχεδίου, κατά κανόνα κατασκευής και διαχείρισης έργων υποδομής, ενδεχομένως κατόπιν προσκλήσεως της διοίκησης.
38. Οι πρακτικές αυτές παρέχουν τη δυνατότητα να διερευνάται σε πρώιμο στάδιο η βούληση των οικονομικών φορέων να επενδύσουν σε ορισμένα σχέδια. Παροτρύνουν επίσης τους εν λόγω φορείς να αναπτύσσουν ή να εφαρμόζουν ρηξικέλευθες τεχνικές λύσεις, προσαρμοσμένες στις ιδιαίτερες ανάγκες του αναθέτοντος οργανισμού.
39. Το γεγονός ότι ένα σχέδιο κοινής ωφέλειας εκπηγάξει από την ιδιωτική πρωτοβουλία δεν μεταβάλλει τη φύση των συμβάσεων που συνάπτονται μεταξύ των αναθετότων οργανισμών και των οικονομικών φορέων. Αν οι συμβάσεις αυτές έχουν ως αντικείμενο εργασίες που καλύπτονται από το παράγωγο δίκαιο και αν συνάπτονται εξ επαχθούς αιτίας, πρέπει να χαρακτηρισθούν είτε δημόσιες συμβάσεις είτε συμβάσεις παραχώρησης και να τηρήσουν το ανάλογο καθεστώς σύναψης.
40. Κατά συνέπεια, πρέπει να εξασφαλιστεί ότι οι διαδικασίες που χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο αυτό δεν έχουν ως αποτέλεσμα να στερούν τους ευρωπαϊκούς οικονομικούς φορείς από τα δικαιώματα που τους παρέχει το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης. Ειδικότερα, η Επιτροπή θεωρεί ότι πρέπει να εξασφαλίζεται τουλάχιστον η πρόσβαση όλων των ευρωπαϊκών οικονομικών φορέων στο εν λόγω είδος σχεδίων, ιδίως μέσω της κατάλληλης δημοσιότητας της πρόσκλησης για υποβολή σχεδίου. Στη συνέχεια, αν η δημόσια αρχή επιθυμεί να υλοποιήσει κάποιο από τα σχέδια που της υποβλήθηκαν, πρέπει να οργανώσει διαγωνιστική διαδικασία με τη συμμετοχή όλων των οικονομικών φορέων που πιθανώς ενδιαφέρονται για την υλοποίηση του επιλεγέντος σχεδίου, παρέχοντας όλες τις εγγυήσεις αμερόληπτης επιλογής.
41. Για να παραμείνει το σύστημα ελκυστικό, τα κράτη μέλη επιδίωξαν ορισμένες φορές να θεσπίσουν κάποια κίνητρα για όσους αναλαμβάνουν πρωτοβουλίες. Χρησιμοποιήθηκε η δυνατότητα ανταμοιβής του φορέα που εκπόνησε το σχέδιο, π.χ. αποζημιώνοντάς τον για την πρωτοβουλία του εκτός της μεταγενέστερης διαγωνιστικής διαδικασίας. Μελετήθηκε επίσης η δυνατότητα χορήγησης ορισμένων πλεονεκτημάτων στον φορέα που ανέλαβε την πρωτοβουλία κατάρτισης του σχεδίου, πλεονεκτημάτων τα οποία θα μπορούσε ο εν λόγω φορέας να επικαλεστεί κατά τη διαγωνιστική διαδικασία που έχει ως αντικείμενο την υλοποίηση του επιλεγέντος σχεδίου. Οι λύσεις αυτές πρέπει να μελετηθούν προσεκτικά, ούτως ώστε τα ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα που παρέχονται στο φορέα που εκπόνησε το σχέδιο να μην παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων.

³⁷ Σε ορισμένα κράτη μέλη, η ιδιωτική πρωτοβουλία πλαισιώνεται από ειδικές ρυθμίσεις (βλ., στην Ιταλία, τον νόμο Merloni της 18ης Νοεμβρίου 1998 και, στην Ισπανία, τον κανονισμό των υπηρεσιών των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης του 1995 και το νόμο 13/2003 για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων της 23ης Μαΐου 2003). Οι ΣΔΙΤ ιδιωτικής πρωτοβουλίας αναπτύσσονται επίσης στην πράξη και σε άλλα κράτη μέλη.

8. Από όσα γνωρίζετε από την πείρα σας, εξασφαλίζεται η πρόσβαση των αλλοδαπών οικονομικών φορέων στις ΣΔΙΤ ιδιωτικής πρωτοβουλίας; Ειδικότερα, όταν η αναθέτουσα αρχή απευθύνει πρόσκληση εκδήλωσης πρωτοβουλίας, δίνεται κατά κανόνα στην πρόσκληση αυτή κατάλληλη δημοσιότητα, ώστε να εξασφαλιστεί η ενημέρωση όλων των ενδιαφερομένων φορέων; Οργανώνεται μια πραγματικά ανταγωνιστική διαδικασία επιλογής για την υλοποίηση του επιλεγέντος σχεδίου;
9. Ποιος θα ήταν, κατά την άποψή σας, ο καλύτερος τρόπος εξασφάλισης της ανάπτυξης των ΣΔΙΤ ιδιωτικής πρωτοβουλίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση, χωρίς, συγχρόνως, να θίγεται η τήρηση των αρχών της διαφάνειας, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης;

2.3. Η φάση μετά την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα

42. Το παράγωγο δίκαιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης αφορά κυρίως τη φάση ανάθεσης της σύμβασης. Αντίθετα, η φάση μετά την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα δεν καλύπτεται κατά κανόνα από το παράγωγο δίκαιο. Ωστόσο, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που απορρέουν από τη Συνθήκη, δεν επιτρέπουν γενικά, μετά την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα, καμία παρέμβαση του εταίρου του δημόσιου τομέα, στο μέτρο που μια τέτοια παρέμβαση θα ήταν δυνατόν να διακυβεύσει την ίση μεταχείριση μεταξύ των οικονομικών φορέων (προσφερόντων)³⁸.
43. Ο συχνά περίπλοκος χαρακτήρας των συμβάσεων αυτών, το χρονικό διάστημα που μπορεί να μεσολαβήσει ανάμεσα στην επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα και την υπογραφή της σύμβασης, η σχετικά μεγάλη διάρκεια των σχεδίων και, τέλος, η συχνή προσφυγή σε μηχανισμούς υπεργολαβίας καθιστούν ενίοτε προβληματική την εφαρμογή των εν λόγω κανόνων και αρχών. Παρακάτω εξετάζονται δύο ζητήματα: το συμβατικό πλαίσιο των ΣΔΙΤ και η υπεργολαβία.

2.3.1. Το συμβατικό πλαίσιο του σχεδίου

44. Οι συμβατικές διατάξεις που διέπουν τη φάση της υλοποίησης της ΣΔΙΤ ανήκουν κατ' αρχάς στο εθνικό δίκαιο. Ωστόσο, κατά την κατάρτιση των συμβατικών ρητρών πρέπει να τηρηθούν και οι σχετικοί κοινοτικοί κανόνες, και ιδίως οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Αυτό σημαίνει, ειδικότερα, ότι τα έγγραφα του διαγωνισμού πρέπει να περιγράφουν με σαφήνεια τους όρους και τις λεπτομέρειες εκτέλεσης των συμβάσεων, ούτως ώστε οι διάφοροι υποψήφιοι να μπορούν να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο και να τους λάβουν υπόψη τους στην κατάρτιση των προσφορών τους. Εξάλλου, οι εν λόγω όροι και λεπτομέρειες εκτέλεσης δεν πρέπει να επιφέρουν άμεσες ή έμμεσες διακρίσεις ή να εμποδίζουν αδικαιολόγητα την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ή την ελευθερία εγκατάστασης³⁹.

³⁸ Βλ. υπόθεση C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου (Bus Wallons)*, απόφαση της 25ης Απριλίου 1994, σκέψη 54. Βλ. επίσης την υπόθεση C-243/89, *Επιτροπή κατά Δανίας (γέφυρα επί του Storebaelt)*, απόφαση της 22ας Ιουνίου 1992.

³⁹ Υπόθεση C-19/00, *SIAC Constructions*, απόφαση της 18^{ης} Οκτωβρίου 2001, σκέψεις 41-45· υπόθεση C-31/87, *Gebroeders Beentjes κατά Κάτω Χωρών*, απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, σκέψεις 29-37. Βλ. επίσης το άρθρο 26 της οδηγίας 2004/18/EK και άρθρο 38 της οδηγίας 2004/17/EK.

45. Η επιτυχία μιας ΣΔΙΤ εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την πληρότητα του συμβατικού πλαισίου του σχεδίου, καθώς και από τον όσο το δυνατόν ακριβέστερο και σαφέστερο καθορισμό των στοιχείων που θα διέπουν την υλοποίησή της. Στο πλαίσιο αυτό, έχει καίρια σημασία η ακριβής αξιολόγηση και η βέλτιστη κατανομή των κινδύνων μεταξύ του δημόσιου και του ιδιωτικού τομέα, ανάλογα με την ικανότητα του καθενός να αναλάβει τους κινδύνους αυτούς. Σημαντική θεωρείται επίσης η πρόβλεψη μηχανισμών που να καθιστούν δυνατή την τακτική αξιολόγηση της απόδοσης του αναδόχου της ΣΔΙΤ. Στο πλαίσιο αυτό, η αρχή της διαφάνειας επιβάλλει να αναφέρονται στα έγγραφα του διαγωνισμού τα στοιχεία που επιτρέπουν την αξιολόγηση και την κατανομή των κινδύνων, καθώς και την αξιολόγηση της απόδοσης, ούτως ώστε οι υποψήφιοι να μπορούν να τα λάβουν υπόψη τους κατά την κατάρτιση των προσφορών τους.
46. Εξάλλου, η περίοδος κατά τη διάρκεια της οποίας ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα θα αναλάβει την εκμετάλλευση ενός έργου ή μιας υπηρεσίας πρέπει να καθορίζεται σε συνάρτηση με την ανάγκη εξασφάλισης της χρηματοοικονομικής ισορροπίας ενός σχεδίου. Ειδικότερα, η διάρκεια της εταιρικής σχέσης πρέπει να καθορίζεται κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να μην περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός πέραν του ορίου που είναι απαραίτητο για την εξασφάλιση της απόσβεσης των επενδύσεων και της εύλογης «ανταμοιβής» των επενδυθέντων κεφαλαίων. Τυχόν υπερβολική διάρκεια είναι δυνατόν να προσβληθεί είτε με βάση τις αρχές που διέπουν την εσωτερική αγορά⁴⁰ είτε με βάση τις περί ανταγωνισμού διατάξεις της Συνθήκης⁴¹. Ομοίως, η αρχή της διαφάνειας επιβάλλει να αναφέρονται στα έγγραφα του διαγωνισμού τα στοιχεία που καθιστούν δυνατό τον προσδιορισμό της διάρκειας, ούτως ώστε οι υποψήφιοι να μπορούν να τα λάβουν υπόψη τους κατά την κατάρτιση των προσφορών τους.
47. Οι σχέσεις που συνδέουν τους εταίρους στο πλαίσιο μιας ΣΔΙΤ, εφόσον αφορούν εργασίες που καλύπτουν μεγάλο χρονικό διάστημα, πρέπει να μπορούν να εξελίσσονται για να προσαρμόζονται στις αλλαγές του μακροοικονομικού ή του τεχνολογικού περιβάλλοντος, καθώς και στις ανάγκες του γενικού συμφέροντος. Γενικά, το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων επιτρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι εν λόγω εξελίξεις, εφόσον αυτό γίνεται κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να τηρούνται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Έτσι, τα έγγραφα του διαγωνισμού, που διαβιβάζονται στους προσφέροντες ή στους υποψηφίους κατά τη διαδικασία επιλογής, μπορούν να προβλέπουν ρήτρες αυτόματης αναπροσαρμογής, όπως ρήτρες τιμαριθμικής αναπροσαρμογής των τιμών ή να καθορίζουν τις συνθήκες υπό τις οποίες θα είναι δυνατόν να γίνει αναθεώρηση των τιμών. Μπορούν επίσης να προβλέπουν ρήτρες αναθεώρησης, στο μέτρο που οι ρήτρες αυτές καθορίζουν με ακρίβεια τις περιστάσεις και τους όρους υπό τους οποίους θα είναι δυνατόν να γίνουν αναπροσαρμογές στη συμβατική σχέση. Ωστόσο, οι ρήτρες αυτές πρέπει να είναι πάντοτε επαρκώς σαφείς, ώστε οι οικονομικοί φορείς να μπορούν να τις ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο κατά τη φάση επιλογής του εταίρου.
48. Σε ορισμένες περιπτώσεις, τα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα διατηρούν το δικαίωμα να υποκαταστήσουν το διαχειριστή του σχεδίου ή να ορίσουν νέο διαχειριστή, όταν οι χρηματοοικονομικές ροές τις οποίες δημιουργεί το σχέδιο μειώνονται κάτω από ένα ορισμένο επίπεδο. Η εφαρμογή των ρητρών αυτών, που ανήκουν στην

⁴⁰ Βλ. την ερμηνευτική ανακοίνωση για τις συμβάσεις παραχώρησης, και ιδίως το σημείο 3.1.3.

⁴¹ Άρθρα 81, 82 και 86 παράγραφος 2 της συνθήκης ΕΚ.

κατηγορία των λεγομένων ρητρών "step-in", μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την αλλαγή του προερχόμενου από τον ιδιωτικό τομέα εταίρου του αναθέτοντος οργανισμού χωρίς διαδικασία διαγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να εξεταστεί με ιδιαίτερη προσοχή η συμβατότητα των εν λόγω πράξεων με το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης.

49. Γενικά, οι τροποποιήσεις που γίνονται κατά τη διάρκεια της εκτέλεσης μιας ΣΔΙΤ, όταν δεν προβλέπονται στα συμβατικά έγγραφα, έχουν στις περισσότερες περιπτώσεις ως αποτέλεσμα να διακυβεύεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων⁴². Οι τροποποιήσεις αυτού του είδους δεν επιτρέπονται παρά μόνον όταν καθίστανται αναγκαίες λόγω απρόβλεπτου γεγονότος ή όταν δικαιολογούνται από λόγους δημόσιας τάξης, δημόσιας ασφάλειας και δημόσιας υγείας⁴³. Εξάλλου, κάθε ουσιώδης τροποποίηση, που αφορά το ίδιο το αντικείμενο της σύμβασης, πρέπει να εξομοιώνεται με τη σύναψη νέας σύμβασης και να αποτελεί αντικείμενο νέας διαγωνιστικής διαδικασίας⁴⁴.
50. Τέλος, δεν πρέπει να λησμονείται ότι το παράγωγο δίκαιο διευκρινίζει τις εξαιρετικές καταστάσεις στις οποίες επιτρέπεται η απευθείας και άνευ διαγωνισμού ανάθεση πρόσθετων έργων ή υπηρεσιών, που δεν περιλαμβάνονται στο αρχικά προβλεπόμενο σχέδιο ή στην πρώτη συναφθείσα σύμβαση⁴⁵. Οι εξαιρέσεις αυτές πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά. Παραδείγματος χάριν, δεν αφορούν την επέκταση της διάρκειας μιας ήδη υφιστάμενης σύμβασης παραχώρησης αυτοκινητοδρόμου, με σκοπό να καλυφθούν οι δαπάνες των εργασιών που απαιτούνται για την κατασκευή ενός νέου τμήματος. Πράγματι, η πρακτική που συνίσταται στη συγκέντρωση, στα χέρια ενός και μόνον παραχωρησιούχου, «κερδοφόρων» και «μη κερδοφόρων» δραστηριοτήτων δεν μπορεί να οδηγήσει σε μια νέα κατάσταση στα πλαίσια της οποίας ανατίθεται στον υφιστάμενο παραχωρησιούχο μια νέα δραστηριότητα χωρίς διαγωνισμό.

⁴² Βλ. υπόθεση C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, απόφαση της 5^{ης} Οκτωβρίου 2000, σκέψεις 44 και επόμενες. Το κοινοτικό δίκαιο δεν επιτρέπει τις τροποποιήσεις που γίνονται κατά τη διάρκεια της φάσης της τελικής διαμόρφωσης του σχεδίου, μετά την οριστική επιλογή του αναδόχου. Οι νέες διατάξεις που διέπουν τον ανταγωνιστικό διάλογο προβλέπουν σχετικά ότι ο ανάδοχος μπορεί μόνο "να αποσαφηνίσει ορισμένες πτυχές της προσφοράς του ή να επιβεβαιώσει δεσμεύσεις που περιλαμβάνονται σ' αυτήν, με την προϋπόθεση ότι αυτό δεν έχει ως συνέπεια την τροποποίηση ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς ή της πρόσκλησης υποβολής προσφορών, τη νόθευση του ανταγωνισμού ή την εισαγωγή διακρίσεων".

⁴³ Άρθρο 46 της Συνθήκης.

⁴⁴ Υπόθεση C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, σκέψεις 44 και επόμενες. Η ερμηνευτική ανακοίνωση για τις συμβάσεις παραχώρησης διευκρινίζει σχετικά ότι η ανανέωση μιας υφιστάμενης σύμβασης παραχώρησης πέραν της αρχικώς καθορισθείσας διάρκειάς της εξομοιώνεται με σύναψη νέας σύμβασης παραχώρησης με τον ίδιο παραχωρησιούχο.

⁴⁵ Βλ. άρθρο 11 παράγραφος 3 στοιχείο ε) της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, άρθρο 7 παράγραφος 3 στοιχείο δ) της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και άρθρο 20 παράγραφος 2 στοιχείο στ) της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ. Η νέα οδηγία 2004/18/ΕΚ προβλέπει παρόμοια εξαίρεση για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, βλ. άρθρο 61.

10. Ποια είναι η εμπειρία σας από τη φάση μετά την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα στις ΣΔΙΤ συμβατικού τύπου;
11. Γνωρίζετε περιπτώσεις στις οποίες οι όροι εκτέλεσης – περιλαμβανομένων των ρητρών διαχρονικής προσαρμογής – επέφεραν διακρίσεις ή αποτέλεσαν αδικαιολόγητο εμπόδιο για την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και την ελευθερία εγκατάστασης; Αν ναι, μπορείτε να περιγράψετε το είδος των προβλημάτων που αντιμετωπίσατε;
12. Γνωρίζετε πρακτικές ή μηχανισμούς αξιολόγησης προσφορών που επιφέρουν διακρίσεις;
13. Συμμερίζετε τη διαπίστωση της Επιτροπής σύμφωνα με την οποία ορισμένοι μηχανισμοί του είδους "step-in" ενδέχεται να δημιουργήσουν προβλήματα από άποψη διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης; Γνωρίζετε άλλες "τυποποιημένες ρήτρες", η εφαρμογή των οποίων ενδέχεται να δημιουργεί παρόμοια προβλήματα;
14. Πιστεύετε ότι είναι απαραίτητο να αποσαφηνιστούν σε κοινοτικό επίπεδο ορισμένες πτυχές του συμβατικού πλαισίου των ΣΔΙΤ; Αν ναι, ποιες πτυχές πρέπει να αφορά αυτή η αποσαφήνιση;

2.3.2. Η ανάθεση ορισμένων εργασιών σε υπεργολάβους

51. Όπως προκύπτει από την πείρα την οποία διαθέτει η Επιτροπή, η εφαρμογή των κανόνων περί υπεργολαβίας δημιουργεί ενίοτε αβεβαιότητες ή ερωτηματικά στο πλαίσιο των ΣΔΙΤ. Ορισμένοι ισχυρίστηκαν, π.χ., ότι οι συμβατικές σχέσεις μεταξύ της εταιρείας που εκπόνησε το σχέδιο, η οποία έγινε ανάδοχος της δημόσιας σύμβασης ή της σύμβασης παραχώρησης, και των μετόχων της εγείρουν ορισμένα νομικά ζητήματα. Σχετικά με το θέμα αυτό η Επιτροπή επιθυμεί να υπενθυμίσει ότι, όταν η εταιρεία που εκπόνησε το σχέδιο έχει η ίδια την ιδιότητα του αναθέτοντος οργανισμού, πρέπει να συνάψει τις δημόσιες συμβάσεις της ή τις συμβάσεις παραχώρησής της με διαδικασία διαγωνισμού, ανεξαρτήτως του αν οι εν λόγω συμβάσεις συνάπτονται ή όχι με τους δικούς της μετόχους. Το αντίθετο μπορεί να συμβαίνει μόνον όταν οι εργασίες τις οποίες αναθέτει μια τέτοια εταιρεία στους μετόχους της έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο διαδικασίας διαγωνισμού από τον εταίρο του δημόσιου τομέα, πριν από τη σύσταση της εν λόγω εταιρείας⁴⁶. Αντίθετα, όταν η εταιρεία που εκπόνησε το σχέδιο δεν έχει την ιδιότητα αναθέτοντος οργανισμού, είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να συνάπτει συμβάσεις με τρίτους, είτε αυτοί είναι είτε δεν είναι οι δικοί της μέτοχοι. Κατ' εξαίρεση, όταν η εταιρεία που εκπόνησε το σχέδιο είναι 'παραχωρησιούχος έργων', ισχύουν ορισμένοι κανόνες δημοσιότητας για τη σύναψη συμβάσεων έργων που υπερβαίνουν το όριο των 5 εκατομμυρίων ευρώ, με εξαίρεση πάντως τις συμβάσεις που συνάπτονται με τις επιχειρήσεις που συγκροτούν κοινοπραξία για να εξασφαλίσουν τη σύμβαση παραχώρησης ή τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις τους⁴⁷.
52. Οι εταίροι του ιδιωτικού τομέα είναι κατ' αρχήν ελεύθεροι να αναθέτουν σε υπεργολάβους μέρος ή και το σύνολο μιας δημόσιας σύμβασης ή μιας σύμβασης

⁴⁶ Το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ προβλέπει παρέκκλιση όταν συμβάσεις υπεργολαβίας που αφορούν υπηρεσίες ανατίθενται από αναθέτοντα φορέα, που διαχειρίζεται δίκτυα, σε συνδεδεμένη επιχείρηση. Το άρθρο 23 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ επεκτείνει την εξαίρεση αυτή στις συμβάσεις υπεργολαβίας που αφορούν προμήθειες ή έργα.

⁴⁷ Άρθρο 3 παράγραφος 4 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και άρθρα 63 ως 65 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Τα τελευταία άρθρα αυξάνουν το προαναφερόμενο όριο στα 6.242.000 ευρώ.

παραχώρησης. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι, στο πλαίσιο της σύναψης δημόσιων συμβάσεων, μπορεί να ζητηθεί από τους υποψηφίους να προσδιορίσουν στην προσφορά τους το ποσοστό της σύμβασης, το οποίο προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά σε τρίτους⁴⁸. Για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων η αξία των οποίων υπερβαίνει τα 5 εκατομμύρια ευρώ, ο αναθέτων οργανισμός μπορεί, εξάλλου, να επιβάλει στον παραχωρησιούχο την υποχρέωση να αναθέσει σε τρίτους συμβάσεις που αντιστοιχούν τουλάχιστον στο 30% της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης⁴⁹.

15. Στο πλαίσιο των ΣΔΙΤ, γνωρίζετε αν υπάρχουν ιδιαίτερα προβλήματα στον τομέα της υπεργολαβίας; Ποια;
16. Οι ΣΔΙΤ συμβατικού τύπου, που συνεπάγονται την ανάθεση ενός συνόλου καθηκόντων σε έναν και μόνο εταίρο του ιδιωτικού τομέα, δικαιολογούν, κατά την άποψή σας, την πρόβλεψη λεπτομερέστερων κανόνων και/ή ενός ευρύτερου πεδίου εφαρμογής όσον αφορά το φαινόμενο της υπεργολαβίας;
17. Γενικότερα, θεωρείτε ότι πρέπει να αναληφθεί σε κοινοτικό επίπεδο μια πρόσθετη πρωτοβουλία προκειμένου να αποσαφηνιστούν ή να αναπροσαρμοστούν οι κανόνες σχετικά με την υπεργολαβία;

3. Η ΣΔΙΤ ΘΕΣΜΟΘΕΤΗΜΕΝΟΥ ΤΥΠΟΥ ΚΑΙ ΤΟ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΠΕΡΙ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

53. Κατά την έννοια της παρούσας Πράσινης Βίβλου, οι ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου συνεπάγονται τη δημιουργία ενός φορέα ο οποίος ελέγχεται από κοινού από τον εταίρο του δημόσιου τομέα και από τον εταίρο του ιδιωτικού τομέα⁵⁰. Αποστολή του κοινού φορέα είναι να μεριμνά για την εκτέλεση ενός έργου ή την παροχή μιας υπηρεσίας προς όφελος του κοινού. Στα κράτη μέλη, οι δημόσιες αρχές προσφεύγουν ενίοτε σε δομές αυτού του είδους, ιδίως για τη διαχείριση δημόσιων υπηρεσιών σε τοπικό επίπεδο (π.χ., για τις υπηρεσίες ύδρευσης ή τις υπηρεσίες αποκομιδής απορριμμάτων).
54. Η άμεση συνεργασία του εταίρου του δημόσιου τομέα με τον εταίρο του ιδιωτικού τομέα στα πλαίσια ενός φορέα που έχει νομική προσωπικότητα επιτρέπει στον εταίρο του δημόσιου τομέα να διατηρήσει ένα σχετικά υψηλό επίπεδο ελέγχου των εργασιών, το οποίο μπορεί να προσαρμόζει κατά διαστήματα ανάλογα με τις περιστάσεις, μέσω της παρουσίας του στη μετοχική ομάδα και τα διοικητικά όργανα του κοινού φορέα. Δίνει επίσης τη δυνατότητα στον εν λόγω εταίρο να αναπτύξει τη δική του εμπειρία όσον αφορά την εκμετάλλευση της σχετικής υπηρεσίας, υποστηριζόμενος συγχρόνως από έναν εταίρο του ιδιωτικού τομέα.
55. Η σύσταση μιας ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου μπορεί να γίνει είτε με τη δημιουργία ενός φορέα που ελέγχεται από κοινού από τον δημόσιο και τον ιδιωτικό τομέα (3.1.) είτε με την απόκτηση του ελέγχου μιας υπάρχουσας δημόσιας επιχείρησης από τον ιδιωτικό τομέα (3.2).

⁴⁸ Άρθρο 17 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, άρθρο 20 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, άρθρο 25 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, άρθρο 27 της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ. Βλ. επίσης το άρθρο 25 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ και το άρθρο 37 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

⁴⁹ Άρθρο 3, παράγραφος 2 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ. Βλ. επίσης το άρθρο 60 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

⁵⁰ Στα κράτη μέλη χρησιμοποιούνται, στο πλαίσιο αυτό, διάφορες ορολογίες και σχήματα (π.χ., το Kooperationsmodell, η "PPP associatif", οι "joints ventures").

56. Η ανάλυση που ακολουθεί επικεντρώνεται αποκλειστικά και μόνο στα ζητήματα που αφορούν το δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης και τα οποία προσιδιάζουν στις ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου. Για μια γενικότερη εξέταση των συνεπειών του δικαίου αυτού κατά τη σύσταση και την υλοποίηση των εν λόγω ΣΔΙΤ, ο αναγνώστης πρέπει να ανατρέξει στα προηγούμενα κεφάλαια.
- 3.1. Σύσταση σύμπραξης που συνεπάγεται τη δημιουργία φορέα ad hoc, ο οποίος ελέγχεται από κοινού από τον δημόσιο τομέα και τον ιδιωτικό τομέα⁵¹**
57. Η πράξη που συνίσταται στη δημιουργία ενός φορέα μικτού κεφαλαίου δεν καλύπτεται αφ' εαυτής από το δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης. Ωστόσο, πρέπει να εξασφαλίζεται η τήρηση των κανόνων και των αρχών που απορρέουν από το εν λόγω δίκαιο (γενικές αρχές της Συνθήκης ή, σε ορισμένες περιπτώσεις, διατάξεις των οδηγιών), όταν μια τέτοια πράξη συνοδεύεται από την ανάθεση καθηκόντων μέσω πράξης, η οποία μπορεί να χαρακτηριστεί δημόσια σύμβαση ή και σύμβαση παραχώρησης⁵².
58. Επομένως, η επιλογή ενός εταίρου του ιδιωτικού τομέα ο οποίος θα κληθεί να εκτελέσει τέτοια καθήκοντα στο πλαίσιο της λειτουργίας ενός μικτού φορέα δεν μπορεί να βασιστεί αποκλειστικά και μόνο στα κεφάλαια που εισφέρει ή στην πείρα του, αλλά πρέπει επιπλέον να λαμβάνει υπόψη και τα χαρακτηριστικά της προσφοράς του – η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη - σε σχέση με τα συγκεκριμένα προς εκτέλεση καθήκοντα. Πράγματι, αν δεν υπάρχουν σαφή και αντικειμενικά κριτήρια που επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να επιλέξει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η πράξη κεφαλαιακής συναλλαγής θα μπορούσε να συνιστά παραβίαση του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης.
59. Στο πλαίσιο αυτό, η πράξη που συνίσταται στη δημιουργία ενός τέτοιου φορέα δεν δημιουργεί κατά κανόνα προβλήματα από την άποψη του εφαρμοστέου κοινοτικού δικαίου όταν αποτελεί τρόπο εκτέλεσης του καθήκοντος που ανατέθηκε σε εταίρο του ιδιωτικού τομέα στο πλαίσιο μιας σύμβασης. Ωστόσο, οι όροι σύστασης του φορέα πρέπει να είναι σαφώς καθορισμένοι όταν διενεργείται ο διαγωνισμός για τα καθήκοντα, τα οποία πρόκειται να ανατεθούν στον εταίρο του ιδιωτικού τομέα⁵³.
60. Ωστόσο, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι σε ορισμένα κράτη η εθνική νομοθεσία επιτρέπει στους μικτούς φορείς, στους οποίους η συμμετοχή του δημόσιου τομέα

⁵¹ Πρόκειται, εν προκειμένω, για τη δημιουργία φορέων *ex novo* στο πλαίσιο μιας ειδικής νομικής κατασκευής. Αντίθετα, δεν πρόκειται να εξεταστεί ειδικά η περίπτωση των προϋπαρχόντων μικτών φορέων που συμμετέχουν στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων ή συμβάσεων παραχώρησης, διότι η περίπτωση αυτή δεν δημιουργεί ιδιαίτερα ζητήματα από την άποψη του εφαρμοστέου κοινοτικού δικαίου. Πράγματι, ο δημόσιος χαρακτήρας ενός φορέα που συμμετέχει σε διαγωνιστική διαδικασία δεν συνεπάγεται καμία παρέκκλιση από τους κανόνες που πρέπει να εφαρμόζονται στο πλαίσιο της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης ή μιας σύμβασης παραχώρησης. Μόνο η περίπτωση κατά την οποία ο εν λόγω φορέας πληροί τα χαρακτηριστικά ενός φορέα "in house", κατά την έννοια της νομολογίας *Teckal* του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να μην εφαρμόσει τους συνήθεις κανόνες.

⁵² Υπενθυμίζεται ότι οι αρχές του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης εφαρμόζονται και όταν η ανάθεση ενός έργου γίνεται με μονομερή πράξη (π.χ., με νομοθετική ή κανονιστική πράξη).

⁵³ Εξάλλου, οι όροι αυτοί δεν πρέπει να εισάγουν διακρίσεις ούτε να αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο για την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ή την ελευθερία εγκατάστασης, ούτε να συνιστούν περιορισμούς δυσανάλογους προς τον επιδιωκόμενο στόχο.

συνίσταται στη συμμετοχή του αναθέτοντος οργανισμού, να συμμετέχουν σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή σύμβασης παραχώρησης, ενώ οι εν λόγω φορείς τελούν ακόμη υπό σύσταση. Στην υποθετική αυτή περίπτωση, ο φορέας θα συσταθεί οριστικά μόνο μετά την ανάθεση της σύμβασης σ' αυτόν. Σε άλλα κράτη μέλη αναπτύχθηκε μια πρακτική, η οποία τείνει να συγχέει τη φάση της σύστασης του φορέα με τη φάση της ανάθεσης των καθηκόντων. Στην περίπτωση αυτή, αντικείμενο της διαδικασίας την οποία προκηρύσσει η αναθέτουσα αρχή είναι η δημιουργία ενός μικτού φορέα στον οποίο ανατίθενται κάποια καθήκοντα.

61. Οι μέθοδοι αυτές δε φαίνεται να προσφέρουν ικανοποιητικές λύσεις από την άποψη των εφαρμοστέων διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης⁵⁴. Στην πρώτη περίπτωση, ο πραγματικός ανταγωνισμός κινδυνεύει να νοθευθεί από την προνομιακή θέση στην οποία περιέρχεται η υπό σύσταση εταιρεία και, κατά συνέπεια, ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα που συμμετέχει σ' αυτήν. Στη δεύτερη περίπτωση, η ειδική διαδικασία επιλογής του εταίρου του ιδιωτικού τομέα δημιουργεί επίσης πολλά προβλήματα. Ορισμένες δυσχέρειες σχετίζονται με την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να καθορίζουν, με επαρκώς σαφή και ακριβή τρόπο, το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης ή της σύμβασης παραχώρησης στο πλαίσιο αυτό. Η Επιτροπή διαπίστωσε συχνά ότι τα καθήκοντα που ανατίθενται στον εταιρικό φορέα δεν καθορίζονται με σαφήνεια και ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, εκφεύγουν ακόμη και από κάθε συμβατικό πλαίσιο. Αυτό όχι μόνο δημιουργεί προβλήματα από την άποψη των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, αλλά εγκυμονεί επίσης τον κίνδυνο να βλάψει τους στόχους γενικού συμφέροντος τους οποίους επιδιώκει η δημόσια αρχή. Μπορεί επίσης να διαπιστωθεί ότι η διάρκεια ζωής του φορέα που δημιουργείται δε συμπίπτει συνήθως με τη διάρκεια της συναπτόμενης δημόσιας σύμβασης ή σύμβασης παραχώρησης, γεγονός που φαίνεται να οδηγεί στην ανανέωση του έργου που ανατίθεται στον εν λόγω φορέα, χωρίς να λαμβάνει χώρα πραγματική διαδικασία διαγωνισμού κατά την ανανέωση αυτή. Αποτέλεσμα της κατάστασης αυτής είναι, μερικές φορές, να ανατίθενται στην πράξη καθήκοντα για αόριστη διάρκεια.
62. Εξάλλου, δεν πρέπει να ξεχνά κανείς ότι η από κοινού δημιουργία τέτοιων φορέων δεν μπορεί να γίνει παρά μόνο με τήρηση της αρχής της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, γενικά, και της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων ειδικότερα⁵⁵. Έτσι, π.χ., οι δημόσιες αρχές δεν πρέπει κανονικά να συνδυάζουν τη θέση τους ως μετόχου ενός τέτοιου φορέα με υπερβολικά προνόμια που δεν απορρέουν από την κανονική εφαρμογή του εταιρικού δικαίου⁵⁶.

⁵⁴ Κατά το σχεδιασμό ή την οργάνωση τέτοιων πράξεων, η δοκιμή που συνίσταται στην εφαρμογή των τυποποιημένων εντύπων – τα οποία περιλαμβάνουν τα στοιχεία που απαιτούνται για μια σωστά συγκροτημένη διαγωνιστική διαδικασία επιτρέπει εξάλλου να κατανοηθεί το πόσο δύσκολο μπορεί να είναι να βρεθεί μια κατάλληλη "φόρμουλα" δημοσιότητας για την ανάθεση των καθηκόντων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων ή συμβάσεων παραχώρησης.

⁵⁵ Η συμμετοχή σε νέα επιχείρηση με στόχο τη δημιουργία σταθερών οικονομικών δεσμών υπάγεται στις διατάξεις του άρθρου 56 σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων. Βλ. το παράρτημα I της οδηγίας 88/361/ΕΟΚ, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του πρώην άρθρου 67, το οποίο απαριθμεί τα διάφορα είδη πράξεων που πρέπει να θεωρούνται ως κινήσεις κεφαλαίων.

⁵⁶ Βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της 4^{ης} Ιουνίου 2002, υπόθεση C-367/98, *Επιτροπή κατά Πορτογαλίας*, Συλλογή I-4731· υπόθεση C-483/99, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, Συλλογή I-4781· και αποφάσεις της 13^{ης} Μαΐου 2003, υπόθεση C-463/00, *Επιτροπή κατά Ισπανίας*, Συλλογή I-4581· υπόθεση C-98/01, *Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, Συλλογή I-4641. Για τις αιτιολογίες που είναι δυνατόν να προβληθούν στο πλαίσιο αυτό, βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 4^{ης} Ιουνίου 2002, υπόθεση C-503/99, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή I-4809.

63. Η Επιτροπή επιθυμεί επίσης να υπενθυμίσει ότι η συμμετοχή του αναθέτοντος οργανισμού στο μικτό φορέα, ο οποίος γίνεται από κοινού ανάδοχος της σύμβασης, μετά τη διαδικασία επιλογής δεν δικαιολογεί τη μη εφαρμογή του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης κατά την επιλογή του εταίρου του ιδιωτικού τομέα. Πράγματι, η εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης δεν εξαρτάται από το δημόσιο, ιδιωτικό ή μικτό χαρακτήρα του αντισυμβαλλομένου του αναθέτοντος οργανισμού. Όπως αποφάνθηκε το Δικαστήριο στην υπόθεση *Teckal*, το δίκαιο αυτό εφαρμόζεται όταν ένας αναθέτων οργανισμός αποφασίζει να αναθέσει την εκτέλεση ενός καθήκοντος σε τρίτον, δηλαδή σε πρόσωπο το οποίο νομικώς διακρίνεται από τον οργανισμό αυτόν. Διαφορετική περίπτωση συντρέχει μόνον εάν, συγχρόνως, ο αναθέτων οργανισμός ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και αν το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί *το ουσιώδες τμήμα της δραστηριότητάς του* με τον ή τους οργανισμούς που το ελέγχουν⁵⁷. Μόνον οι φορείς που πληρούν σωρευτικά τις δύο αυτές προϋποθέσεις μπορούν να εξομοιωθούν με φορείς 'in house' σε σχέση με τον αναθέτοντα οργανισμό και να αναλάβουν την εκτέλεση καθηκόντων χωρίς διαδικασία διαγωνισμού⁵⁸.
64. Τέλος πρέπει να υπομνησθεί ότι εάν ο μικτός φορέας έχει την ιδιότητα αναθέτοντος οργανισμού, η ιδιότητα αυτή του επιβάλλει επίσης το σεβασμό του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης, όταν αναθέτει στον εταίρο του ιδιωτικού τομέα την εκτέλεση καθηκόντων, τα οποία δεν είχαν αποτελέσει αντικείμενο διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή πριν από τη σύσταση του μικτού φορέα. Πράγματι, ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα δεν είναι δυνατόν να εκμεταλλεύεται την προνομιά του θέσης του μέσα στον μικτό φορέα για να αναλαμβάνει την εκτέλεση ορισμένων καθηκόντων χωρίς να προηγηθεί διαγωνισμός.

3.2. Απόκτηση του ελέγχου ενός δημόσιου φορέα από έναν ιδιωτικό φορέα

65. Η σύσταση μιας ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου μπορεί επίσης να γίνει με την τροποποίηση της μετοχικής σύνθεσης ενός δημόσιου φορέα. Σχετικά με το θέμα αυτό πρέπει κατ' αρχάς να υπογραμμιστεί ότι η μετάβαση μιας επιχείρησης του δημόσιου τομέα στον ιδιωτικό τομέα αποτελεί επιλογή οικονομικής πολιτικής η οποία, ως τέτοια, υπάγεται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των κρατών μελών⁵⁹.
66. Δεν πρέπει ακόμη να λησμονείται ότι το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων δεν εφαρμόζεται καταρχήν στις πράξεις που αποτελούν απλές εισφορές κεφαλαίων από έναν κεφαλαιούχο σε μια επιχείρηση, είτε αυτή ανήκει στον δημόσιο είτε στον ιδιωτικό τομέα. Οι πράξεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων της Συνθήκης των σχετικών με την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων⁶⁰, πράγμα που σημαίνει ειδικότερα ότι τα εθνικά μέτρα που τις διέπουν δεν πρέπει να αποτελούν εμπόδια για τις επενδύσεις που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη⁶¹.

⁵⁷ Υπόθεση C-107/98, *Teckal*, απόφαση της 18^{ης} Νοεμβρίου 1999, σκέψη 50.

⁵⁸ Υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο τρία προδικαστικά ερωτήματα (υποθέσεις C-26/03, C-231/03 και C-458/03) με στόχο την περαιτέρω αποσαφήνιση της έννοιας των κριτηρίων που επιτρέπουν να επιβεβαιωθεί η ύπαρξη σχέσης τύπου 'in house.'

⁵⁹ Αυτό απορρέει από την αρχή της ουδετερότητας της Συνθήκης έναντι του καθεστώτος ιδιοκτησίας, αρχής η οποία κατοχυρώνεται με το άρθρο 295 της Συνθήκης.

⁶⁰ Άρθρο 56 και επόμενα της συνθήκης ΕΚ.

⁶¹ Βλ. την ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με ορισμένες νομικές πλευρές που αφορούν τις ενδοκοινοτικές επενδύσεις, ΕΕΕΚ αριθ. C 220 της 19^{ης} Ιουλίου 1997, σ. 15.

67. Αντίθετα οι διατάξεις που αφορούν την ελευθερία εγκατάστασης, κατά την έννοια του άρθρου 43 της Συνθήκης, πρέπει να εφαρμόζονται όταν μια δημόσια αρχή αποφασίζει, μέσω πράξεως κεφαλαιακής συναλλαγής, να εκχωρήσει σε τρίτον συμμετοχή που του επιτρέπει να ασκεί μια ορισμένη επιρροή επί δημοσίου φορέα, ο οποίος εκτελεί καθήκοντα που υπάγονται κανονικά στην ευθύνη του κράτους⁶².
68. Ειδικότερα, όταν οι δημόσιες αρχές παρέχουν σε οικονομικό φορέα μια κάποια επιρροή σε μια επιχείρηση, στο πλαίσιο μιας πράξης εκχώρησης κεφαλαίου, και όταν η πράξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα να ανατίθενται στον εν λόγω οικονομικό φορέα καθήκοντα που εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, καθήκοντα τα οποία ασκούνταν προηγουμένως, άμεσα ή έμμεσα, από τις δημόσιες αρχές, οι διατάξεις σχετικά με την ελευθερία εγκατάστασης επιβάλλουν την τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, προκειμένου να εξασφαλιστεί ότι κάθε υποψήφιος έχει ισότιμη πρόσβαση στην άσκηση τέτοιων δραστηριοτήτων, οι οποίες ασκούνταν προηγουμένως κατ' αποκλειστικότητα από τις δημόσιες αρχές.
69. Εξάλλου, η πρακτική συνιστά την εξασφάλιση ότι μια τέτοια πράξη κεφαλαιακής συναλλαγής δεν υποκρύπτει στην πραγματικότητα την ανάθεση σε εταίρο του ιδιωτικού τομέα συμβάσεων που μπορούν να χαρακτηριστούν ως δημόσιες συμβάσεις ή και συμβάσεις παραχώρησης. Αυτό συμβαίνει ειδικότερα όταν, πριν από την πράξη κεφαλαιακής συναλλαγής, ανατίθενται απευθείας και χωρίς διαγωνισμό στον εν λόγω φορέα συγκεκριμένα καθήκοντα προκειμένου να καταστεί ελκυστική η πράξη κεφαλαιακής συναλλαγής.

18. Ποια είναι η πείρα σας από ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου; Ειδικότερα, η πείρα σας σας οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης τηρείται στην περίπτωση των ΣΔΙΤ θεσμοθετημένου τύπου; Αν όχι, γιατί;
19. Πιστεύετε ότι πρέπει να αναληφθεί πρωτοβουλία σε κοινοτικό επίπεδο για να αποσαφηνιστούν ή να διευκρινιστούν οι υποχρεώσεις των αναθετόνων οργανισμών ως προς τους όρους υπό τους οποίους πρέπει να πραγματοποιείται διαγωνισμός μεταξύ των οικονομικών φορέων, οι οποίοι ενδεχομένως ενδιαφέρονται για σχέδιο θεσμοθετημένου τύπου; Αν ναι, για ποια ειδικότερα θέματα και με ποια μορφή; Αν όχι, γιατί;
- Γενικά, και ανεξάρτητα από τα ζητήματα που θίγονται στο παρόν έγγραφο:
20. Ποια είναι τα μέτρα ή οι πρακτικές που, κατά την άποψή σας, εμποδίζουν τη σύσταση ΣΔΙΤ στην Ευρωπαϊκή Ένωση;
21. Γνωρίζετε άλλες μορφές ΣΔΙΤ που έχουν αναπτυχθεί σε χώρες εκτός της Ένωσης; Γνωρίζετε παραδείγματα 'ορθών πρακτικών' που έχουν αναπτυχθεί στο πλαίσιο αυτό και από τις οποίες θα μπορούσε να εμπνευσθεί η Ένωση; Αν ναι, ποιες;
22. Γενικότερα, δεδομένων των σημαντικών επενδύσεων που απαιτούνται σε ορισμένα Κράτη Μέλη για την επίτευξη κοινωνικής και σταθερής οικονομικής ανάπτυξης, πιστεύετε ότι θα ήταν χρήσιμη μία συλλογική ανταλλαγή απόψεων σχετικά με τα ζητήματα αυτά που θα διεξάγονταν ανά τακτά χρονικά διαστήματα μεταξύ των ενδιαφερομένων και η οποία θα επέτρεπε την ανταλλαγή των καλύτερων πρακτικών; Πιστεύετε ότι θα έπρεπε η Επιτροπή να δημιουργήσει ένα τέτοιο δίκτυο;

⁶² Βλ., προς την κατεύθυνση αυτή, την απόφαση του Δικαστηρίου της 13^{ης} Απριλίου 2000, υπόθεση C-251/98, *Baars*, Συλλογή I-2787.

4. ΤΕΛΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

70. Η Επιτροπή καλεί όλους τους ενδιαφερόμενους να της υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους για τα θέματα που τίγονται στην παρούσα Πράσινη Βίβλο. Οι απαντήσεις, παρατηρήσεις και προτάσεις μπορούν να αποσταλούν ταχυδρομικώς στην ακόλουθη διεύθυνση:

Commission européenne
Consultation "Livre vert sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics
et des concessions"
C 100 2/005
B-1049 Bruxelles

ή με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στην ακόλουθη διεύθυνση:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Τα σχόλια πρέπει να αποσταλούν στην Επιτροπή έως τις **30 Ιουλίου 2004** το αργότερο. Προς ενημέρωση των ενδιαφερομένων, οι εισηγήσεις που αποστέλλονται ηλεκτρονικά, καθώς και τα στοιχεία των αποστολέων, θα τεθούν στον ιστοχώρο http://europa.eu.int/comm/internal_market, εφόσον οι αποστολείς δεν εκφράζουν ρητά την αντίθεσή τους στη δημοσίευση αυτή.

71. Με βάση, μεταξύ άλλων, τις εισηγήσεις που θα ληφθούν, η Επιτροπή θα εξαγάγει συμπεράσματα και, ενδεχομένως, θα αναλάβει συγκεκριμένες πρωτοβουλίες για το θέμα αυτό.