



Α΄ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΩΝ ΜΕΛΕΤΩΝ
ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΟΤΕΧΝΙΚΗΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ
ΣΧΕΔΙΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΤΑΣΕΩΝ ΝΟΜΩΝ

ΕΚΘΕΣΗ

Επί του νομοσχεδίου του Υπουργείου Οικονομίας και Οικονομικών «Συμπράξεις Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα»

Ι. Με τις διατάξεις του προς ψήφιση νομοσχεδίου καθορίζεται τόσο το ευρύτερο πλαίσιο όσο και οι επιμέρους ρυθμίσεις που αφορούν τις «Συμπράξεις Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα (Σ.Δ.Ι.Τ.)» σχετικά με την εκτέλεση έργων ή και την παροχή υπηρεσιών. Ειδικότερα, προσδιορίζονται οι δημόσιοι φορείς που περιλαμβάνονται στην έννοια «Δημόσιος Τομέας» και στους οποίους επιτρέπεται να προβαίνουν στη σύναψη συμβάσεων Σ.Δ.Ι.Τ. Οι ιδιωτικοί φορείς συμμετέχουν στις εν λόγω συμβάσεις μέσω εταιρειών ειδικού σκοπού, οι οποίες συνιστώνται αποκλειστικά για τους σκοπούς της σύμπραξης, έχουν έδρα την Ελλάδα και λειτουργούν σύμφωνα με την οικεία νομοθεσία περί ανωνύμων εταιρειών (άρθρο 1 νσχ). Εξαιρούνται από το αντικείμενο σύμπραξης, οι δραστηριότητες που ανήκουν, σύμφωνα με το Σύνταγμα, αποκλειστικά στο Κράτος, όπως η εθνική άμυνα, η δικαιοσύνη, η αστυνόμευση και η ευθύνη εκτέλεσης των ποινών που επιβάλλονται από τα ποινικά δικαστήρια (άρθρο 2 νσχ).

Περαιτέρω, προτείνεται η ίδρυση συλλογικού οργάνου, της Διυπουργικής Επιτροπής Συμπράξεων Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα (Δ.Ε.Σ.Δ.Ι.Τ.), η οποία αποτελείται από τον Υπουργό Οικονομίας & Οικονομικών ως πρόεδρο, τους Υπουργούς Ανάπτυξης και Περιβάλλοντος Χωροταξίας & Δημοσίων Έργων ως τακτικά μέλη και τον Υπουργό ή τους Υπουργούς που εποπτεύουν το δημόσιο φορέα, ο οποίος προβλέπεται να συμμετάσχει σε Σύμβαση Σύμπραξης, ως έκτακτα μέλη. Έργο της Δ.Ε.Σ.Δ.Ι.Τ. είναι ο σχεδιασμός της πολιτικής για την εκτέλεση έργων και την παροχή υπηρεσιών με τη συμμετοχή

2

ιδιωτών και η λήψη αποφάσεων σχετικών με θέματα υπαγωγής ή μη μιας σύμπραξης στις διατάξεις του νομοσχεδίου, ένταξης στο Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων του συμβατικού ανταλλάγματος που καταβάλλεται στους ιδιωτικούς φορείς, ενδεχόμενης συμμετοχής του δημόσιου φορέα στη χρηματοδότηση του αντικειμένου της σύμπραξης (άρθρο 3 νσχ).

Με σκοπό την υποβοήθηση του έργου της Δ.Ε.Σ.Δ.Ι.Τ. συνιστάται στο Υπουργείο Οικονομίας & Οικονομικών Ειδική Γραμματεία Συμπράξεων Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα (Ε.Γ.Σ.Δ.Ι.Τ.) και προσδιορίζονται οι αρμοδιότητές της, ο τρόπος στελέχωσής της, καθορίζονται τα απαιτούμενα προσόντα και η εμπειρία που πρέπει να διαθέτουν τα στελέχη της (άρθρα 4-6 νσχ).

Περαιτέρω, προσδιορίζονται αναλυτικά οι διαδικασίες ανάθεσης, που θα πρέπει να εφαρμόζονται για την επιλογή ιδιώτη. Ειδικότερα, τίθενται οι γενικές αρχές που πρέπει να πληρούνται, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της ελευθερίας ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος, τα κριτήρια ανάθεσης, η δυνατότητα υποβολής εναλλακτικών προσφορών στις οριζόμενες περιπτώσεις, οι διαδικασίες ανάθεσης και σύναψης μεικτών συμβάσεων, που διακρίνονται σε διαδικασίες ανοικτού και κλειστού τύπου, οι περιπτώσεις στις οποίες παρέχεται η δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να προσφύγει στις Διαδικασίες Ανταγωνιστικού Διαλόγου και Διαπραγμάτευσης, οι οποίες θα διεξάγονται σύμφωνα με το οριζόμενο πλαίσιο, η δυνατότητα του δημόσιου φορέα να περιορίζει τους υποψήφιους ιδιωτικούς φορείς, θέτοντας ελάχιστα προσόντα και ικανότητες, που θα πρέπει να διαθέτουν για να συμμετάσχουν στις διαδικασίες ανάθεσης, καλύπτοντας κάθε φορά τον ελάχιστο οριζόμενο αριθμό υποψηφίων, τα επιμέρους στάδια που ελέγχονται κατά την φάση της αξιολόγησης των προσφορών, κ.λπ (άρθρα 7-16 νσχ).

Το συμβατικό πλαίσιο που διέπει τις Σ.Δ.Ι.Τ. καθορίζεται αποκλειστικώς από τους όρους και τις ρυθμίσεις, που περιλαμβάνονται στη σχετική προκήρυξη που εκδίδεται από τον φορέα του Δημοσίου ή από οποιοδήποτε έγγραφο κατά τη διαδικασία Ανάθεσης. Το περιεχόμενο των Συμβάσεων Σύμπραξης και των Παρεπόμενων Συμφώνων θα πρέπει να περιλαμβάνει αναλυτικά τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των συμβαλλόμενων μερών, όπως το αντικείμενο της σύμπραξης με τις ζητούμενες προδιαγραφές, το συμβατικό ανάλλαγμα που θα καταβάλλεται στον ιδιώτη, οι μέθοδοι διασφάλισης της ποιότητας του αντικειμένου της σύμπραξης και το χρονοδιάγραμμα ολοκλήρωσης, ο τρόπος με τον οποίο θα παραχωρείται στον ιδιώτη η χρήση ή εκμετάλλευση των περιουσιακών στοιχείων, που είναι απαραίτητα για την παρο-

χή της υπηρεσίας ή τη δημιουργία υποδομής, ο τρόπος χρηματοδότησης του αντικειμένου της σύμπραξης και η κατανομή του κινδύνου μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών, ο τρόπος λειτουργίας, συντήρησης και εκμετάλλευσης του αντικειμένου της σύμπραξης, το ύψος των ανταλλαγμάτων που θα καταβάλλονται από τους χρήστες για τη χρήση της υπηρεσίας ή την εκμετάλλευση της υποδομής, κ.λπ. (άρθρο 17 νσχ). Επίσης, προβλέπεται ότι έχει ιδιαίτερη βαρύτητα για την επιλογή ιδιωτικού φορέα η χρηματοοικονομική του επάρκεια και η δυνατότητά του να χρηματοδοτήσει το αντικείμενο της σύμπραξης.

Όλες οι απαιτούμενες άδειες για τη μελέτη, κατασκευή, χρηματοδότηση, λειτουργία και συντήρηση του αντικειμένου της σύμβασης, που εκτελείται στο πλαίσιο των Σ.Δ.Ι.Τ., εκδίδονται για λογαριασμό και στο όνομα του επιλεγέντος ιδιώτη. Οι άδειες αυτές λογίζεται ότι έχουν εκδοθεί σε περίπτωση που η αρμόδια υπηρεσία δεν έχει προβεί σε αιτιολογημένη άρνηση έκδοσης, εντός αποκλειστικής προθεσμίας εξήντα ημερών από την επιβολή του σχετικού αιτήματος. Προβλέπεται η αποζημίωση, από τον δημόσιο τομέα, του επιλεγέντος ιδιώτη για τη ζημία που υπέστη, λόγω της καθυστέρησης της Αρχαιολογικής Υπηρεσίας να προβεί στις απαιτούμενες ενέργειες, εντός ορισμένου χρονικού διαστήματος από την ημέρα ειδοποίησής της για την εύρεση αρχαιοτήτων κατά τη διάρκεια της κατασκευής του αντικειμένου της σύμπραξης (άρθρα 18 - 21 νσχ). Ορίζεται ότι οι Δημόσιες Υπηρεσίες και οι Οργανισμοί Κοινής Ωφέλειας υποχρεούνται να προβαίνουν άμεσα και κατά απόλυτη προτεραιότητα στις ενέργειες αρμοδιότητάς τους για την απρόσκοπτη υλοποίηση των έργων που εντάσσονται στις Σ.Δ.Ι.Τ. Παρέχεται η δυνατότητα στον ιδιώτη που επιλέγεται, να εκχωρεί τις συμβατικές απαιτήσεις του, παρούσες και μελλοντικές, προς εξασφάλιση των πιστωτικών ιδρυμάτων που συμμετέχουν στη χρηματοδότησή του. Ορίζεται η παροχή εκ των προτέρων έγκρισης του αρμόδιου δημόσιου φορέα ως προαπαιτούμενο για τη μεταβολή της μετοχικής σύνθεσης, την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, την έκδοση ομολογιακού δανείου και οποιονδήποτε εταιρικό μετασχηματισμό, του αντισυμβαλλόμενου σε Σ.Δ.Ι.Τ. ιδιώτη, ενώ για την εισαγωγή των μετοχών του σε χρηματιστηριακή αγορά ή την έκδοση μετατρέψιμου σε μετοχές ομολογιακού δανείου, απαιτείται έγκριση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών και του κατά περίπτωση συναρμόδιου Υπουργού, ρυθμίζονται διάφορα φορολογικά θέματα σε σχέση με τις διατάξεις του προτεινόμενου νομοσχεδίου και, τέλος, ορίζεται ότι τυχόν διαφορές που προκύπτουν στο πλαίσιο της σύμβασης Σ.Δ.Ι.Τ., κατά παρέκκλιση των διατάξεων

για τις διαιτησίες του Δημοσίου, επιλύονται με διαιτησία (άρθρο 31 νσχ).

II. Επί των επί μέρους διατάξεων του νσχ

1. Επί του άρθρου 1 νσχ

Για τις ανάγκες της εφαρμογής των διατάξεων του προς ψήφιση νομοσχεδίου, στην παρ. 1 του άρθρου 1 νσχ, προσδιορίζεται ο χρησιμοποιούμενος όρος «Δημόσιοι Φορείς», στο δε εδ. (ε) εξειδικεύεται ο όρος «συνδεδεμένες εταιρείες» με ρητή παραπομπή στις διατάξεις του άρθρου 42ε του ΚΝ 2190/1920, που αναφέρεται σε «συνδεδεμένες επιχειρήσεις», σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 33 ΠΔ 409/1986 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας Περί ανωνύμων εταιρειών στο ελληνικό δίκαιο», όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 3 παρ.2 ΠΔ 498/1987. Όπως αναφέρεται στην Αιτιολογική Έκθεση επί του προτεινόμενου νομοσχεδίου, για τους σκοπούς της εν λόγω οριοθέτησης των «Δημόσιων Φορέων» λήφθηκαν υπόψη τόσο οι διατάξεις του ν. 2414/1996 όσο και των Οδηγιών 2000/52 και 2004/18. Ειδικότερα, στο άρθρο 25 ν.2682/1999 ορίστηκε ότι «Με κοινή απόφαση των υπουργών Εθνικής Οικονομίας και του εποπτεύοντος υπουργού μπορεί να εξαιρούνται από την εφαρμογή του συνόλου ή μέρους των διατάξεων του Ν. 2414/1996 (ΦΕΚ 135 Α') δημόσιες επιχειρήσεις και οργανισμοί για τους οποίους αποφασίζεται από τη Διυπουργική Επιτροπή του άρθρου 2 του Ν. 2000/1991 (ΦΕΚ 206 Α') η διάθεση σε ιδιώτες πλέον του 50% των μετοχών τους». Επίσης, στο άρθρο 22 παρ.1 του Ν. 2733/1999 ορίζεται ότι: «1. Οι δημόσιες επιχειρήσεις, μετοχές των οποίων αντιπροσωπεύουν ποσοστό από είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) έως και σαράντα εννέα τοις εκατό (49%) του μετοχικού τους κεφαλαίου διατίθενται σε επενδυτές, δεν υπάγονται στις διατάξεις του ν. 2414/1996, με εξαίρεση τα άρθρα 9 και 10...» (Βλ και άρθρο 10 Ν.2744/1999, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 10 Ν.2941/2001).

Οι δημόσιες επιχειρήσεις αποτελούν την πιο χαρακτηριστική εκδήλωση της κρατικής παρεμβατικής δραστηριότητας, δεδομένου ότι μέσω αυτών το Δημόσιο αναλαμβάνει την ευθύνη της οικονομικής δράσεως σε ζωτικούς τομείς «χάριν του δημοσίου συμφέροντος». Οι δημόσιες επιχειρήσεις έχουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, τα οποία τις διαφοροποιούν από άλλα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου του δημοσίου τομέα. Όπως υποστηρίζεται σχετικά, οι δημόσιες επιχειρήσεις αποτελούν «... είδος νομικού προσώπου το οποίον συνιστάται υπό του Κράτους δια την άσκησιν βιομηχανικής ή εμπορι-

κής επιχειρήσεως κατά τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας προς χάριν του δημοσίου συμφέροντος, έχει ευρείαν διοικητικήν ανεξαρτησίαν, διέπεται κατ'αρχήν υπό του ιδιωτικού δικαίου και υπόκειται εις δημόσιον έλεγχον» (Ε. Σπηλιωτόπουλου, Η δημόσια επιχείρησις, 1963 σελ. 46, Ι. Αναστόπουλου, Οι δημόσιες επιχειρήσεις, 1987, σελ. 38, Πρ. Παυλόπουλου, Η έννοια της δημόσιας επιχείρησης, ΕΔΔΔ 1991, σελ. 175 επ., πρβλ. ΑΕΔ 33/1982).

Στοιχεία της δημόσιας επιχείρησης – και μάλιστα «υπό στενή έννοια», κατά τη σχετική διάκριση της θεωρίας – είναι α) η ίδρυση βάσει νόμου, β) με περιουσιακά στοιχεία του κράτους, γ) με τη μορφή νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου - και συνήθως με τη μορφή Α.Ε. - δ) για την ικανοποίηση σκοπών γενικότερου συμφέροντος μέσα από την ανάπτυξη παραγωγικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητας και ε) η υπαγωγή σε κρατική εποπτεία και ελέγχους (Ε. Σπηλιωτόπουλου, ό.π. σελ. 45 επ., Ι. Αναστόπουλου, Οι δημόσιες επιχειρήσεις, ό.π. σελ. 38, Ζ. Παπαθανασίου – Παπαϊωάννου, Άσκηση δημοσίας διοικήσεως μέσω νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, 1985, σελ. 41 επ., ΑΕΔ 40/1991, 42/1991 σε Διδικ 1992, σελ. 614 – 620 «...δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 56 παρ. 3 του Συντάγματος είναι επιχείρηση για την οποία νόμος είτε ιδρυτικός της είτε άλλος, ή κανονιστική πράξη – βάσει νόμου – προβλέπει ότι λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος (...), και η οποία περαιτέρω, οργανωμένη σε νομικό πρόσωπο (...), με κριτήρια επιδίωξης οικονομικού αποτελέσματος και αποφασιστική κρατική επιρροή. Η τελευταία αυτή επιδίωξη δεν είναι απαραίτητως η επίτευξη κέρδους, αρκεί και η καταστατική επιδίωξη της μείωσης του κόστους των παραγόμενων υπηρεσιών ή αγαθών για να προσδώσει στην ιδρυόμενη επιχειρηματική μονάδα τον χαρακτήρα δημόσιας επιχειρήσεως....»), σε αντίθεση με τις δημόσιες επιχειρήσεις «υπό ευρεία έννοια», τις οποίες αποτελούν «οι επιχειρηματικοί φορείς που ανήκουν στο Δημόσιο ή σε άλλα δημόσια νομικά πρόσωπα, ανεξάρτητα από την ιδιαίτερη νομική μορφή τους, το ν τρόπο δημιουργίας τους και το είδος των σχέσεών τους με το κράτος» (Ι. Αναστόπουλου, ό.π. σελ. 39, βλ. επίσης ΑΕΔ 42/1991, στην οποία, κατά τη γνώμη της μειοψηφίας, «...η διάταξη του άρθρου έκτου ν. 96/1975 -σύμφωνα με την οποία η ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ ΑΕΡΟΠΟΡΙΑ Α.Ε. αποτελεί από την ίδρυσή της επιχείρηση κοινής ωφέλειας- χρησιμοποιεί τον όρο «επιχείρηση» με την ευρεία του έννοια και όχι την οργανική έννοια της «δημόσιας επιχειρήσεως»...).

Κατά τη στερεότυπη διατύπωση του νομοθέτη, οι δημόσιες επιχειρήσεις λειτουργούν «προς χάριν του δημοσίου συμφέροντος, κατά τους κανόνες

της ιδιωτικής οικονομίας» και ειδικότερα «κυρίως για την εξασφάλιση της παραγωγής των κοινωνικώς σπουδαίων αγαθών και υπηρεσιών, ανεξαρτήτως των συνθηκών της αγοράς και σε τιμές κοινωνικά εύλογες» (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 3η έκδ. 1992, αρ. 1149 επ., σελ. 603 επ.). Προκειμένου να καταστεί δυνατός ο συνδυασμός των παραπάνω προϋποθέσεων – δημόσιο συμφέρον και κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας – η δημόσια επιχείρηση απολαμβάνει διοικητικής και οικονομικής αυτονομίας και διέπεται κατά την οργάνωση και λειτουργία της από τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου. Ταυτόχρονα όμως, επειδή η δημόσια επιχείρηση διαχειρίζεται κρατικά περιουσιακά στοιχεία και η δραστηριότητά της από απόψεως σκοπού ταυτίζεται με εκείνη του κράτους, υπόκειται στην εποπτεία και τον έλεγχο του κράτους. Οι βασικότεροι λόγοι, για τους οποίους η δημόσια διοίκηση επιλέγει να ιδρύσει νομικά πρόσωπα τα οποία οργανώνει με βάση τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου, είναι κυρίως η πληρέστερη διοικητική και οικονομική αυτοτέλειά τους, η δυνατότητα πρόσληψης σε αυτά του κατάλληλου στελεχικού δυναμικού κατά παρέκκλιση των σχετικών διατάξεων, καθώς και η επιθυμία απομάκρυνσής του από τυχόν πολιτικές επιρροές, η ύπαρξη ευελιξίας και ταχύτητας στην λήψη αποφάσεων, η έλλειψη κατάλληλων θεσμών στο δημόσιο δίκαιο, κ.λπ.

Ως προς τον έλεγχο των δημόσιων επιχειρήσεων, όπως ήδη αναφέρθηκε πιο πάνω, οι ιδρυτικοί νόμοι των περισσότερων δημοσίων επιχειρήσεων προβλέπουν συνήθως κρατική εποπτεία σε αυτές, η οποία περιλαμβάνει την παροχή γενικών κατευθυντήριων οδηγιών προς τα διοικούντα όργανα, την έγκριση ορισμένων αποφάσεών τους και την παρακολούθηση της λειτουργίας των εν λόγω επιχειρήσεων προς τον σκοπό του συντονισμού της δραστηριότητάς τους με την εκάστοτε εφαρμοζόμενη από την κυβέρνηση οικονομική πολιτική, χωρίς να αναιρείται η διοικητική αυτοτέλεια του νομικού προσώπου. Όπως έχει κριθεί συναφώς καθ' ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 3 παρ. 1 και 26 παρ. 2 Σ, στις περιπτώσεις των δημοσίων επιχειρήσεων και οργανισμών, που «...δεν ασκούν δραστηριότητες αναπόσπαστες από τον πυρήνα της κρατικής εξουσίας ως έκφραση κυριαρχίας, παρέχεται ευχέρεια στον νομοθέτη και την βάσει νομοθετικής εξουσιοδότησεως κανονιστικώς δρώσα διοίκηση, μετά από εκτίμηση για τον προσφορότερο τρόπο οργάνωσης και λειτουργίας τους προς χάριν του δημοσίου συμφέροντος, καλύτερη εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου υπ' αυτών σκοπού κοινής ωφελείας, να επιλέγει την νομική μορφή του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου, εφόσον κρίνεται η πλέον κατάλληλη προς τούτο. Η ευχέρεια δε αυτή

του νομοθέτου ή της κανονιστικώς δρώσας διοίκησης ασκείται κατά περίπτωση είτε με την ίδρυση δημοσίας επιχειρήσεως ή οργανισμού με την μορφή νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου είτε με την μετατροπή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου (...) Τόσο η επιλογή της νομικής μορφής της δημοσίας επιχειρήσεως ως νομικού προσώπου δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου όσο και η επιλογή της διαδικασίας μετατροπής της σε νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, συνιστούν εκτίμηση του νομοθέτου ή - κατά περίπτωση - της κανονιστικώς δρώσας διοίκησης, η οποία εκφεύγει του ακυρωτικού ελέγχου, εφόσον δεν παρίσταται καταδήλως αυθαίρετη και απολύτως απρόσφορη, υφ' οιαδήποτε λογική εκδοχή, προς επίτευξη του επιδιωκόμενου με τη νομοθετική ή κανονιστική ρύθμιση σκοπού...» (ΣτΕ 2166/2002 σε ΝοΒ 2003 σελ. 1098 επ., ΣτΕ 1511-12/2002, 876-878/2002, 1999/2000, πρβλ. επίσης ΣτΕ 1434/1998 Ολομ., 3818/1997 Ολομ).

2. Επί του άρθρου 2 νσχ

Με την παράγραφο 3 του άρθρου 2 του προτεινόμενου νσχ προβλέπεται ρητά ότι εξαιρούνται από το αντικείμενο της σύμπραξης οι δραστηριότητες που ανήκουν σύμφωνα με το Σύνταγμα «άμεσα και αποκλειστικά στο Κράτος», όπως η εθνική άμυνα, η δικαιοσύνη, η αστυνόμευση και η ευθύνη εκτέλεσης των ποινών που επιβάλλονται από τα ποινικά δικαστήρια.

Οι διατάξεις του Συντάγματος ρυθμίζουν την κύρια αποστολή και τις αρμοδιότητες του Κράτους, προβλέποντας παράλληλα ότι κάποιες από αυτές είναι δυνατόν να ασκούνται και από ιδιώτες υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Παράλληλα, οι ίδιες διατάξεις καθορίζουν έναν χώρο αποκλειστικά κρατικής δράσης, όπου οι ιδιώτες δεν μπορούν να δραστηριοποιούνται. Με την απόφαση 1934/1998 της Ολομέλειας του ΣτΕ κρίθηκε ότι η αστυνομική εξουσία, ως δημόσια εξουσία και έκφραση κυριαρχίας, ασκείται μόνο από το Κράτος, και συνεπώς είναι άκυρη, ως αντίθετη με το Σύνταγμα, η απόφαση του Δήμου Αθηναίων με την οποία ανατέθηκε σε ιδιωτική εταιρεία, δυνάμει του άρθρου 45 παρ. 1 και 2 του Ν. 2218/1994, η βεβαίωση παραβάσεων και επιβολής προστίμου σε ιδιοκτήτες αυτοκινήτων που σταθμεύουν παράνομα (βλ. ΣτΕ 1934/1998, ΤοΣ 1998 σ. 598 επ.). Η ακύρωση της εν λόγω απόφασης βασίσθηκε στην παράβαση των άρθρων 1 παρ. 3 Σ περί λαϊκής κυριαρχίας και 26 παρ. 2 Σ περί διακρίσεως των εξουσιών, σύμφωνα με το οποίο η εκτελεστική λειτουργία ασκείται από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και την Κυβέρνηση. Όπως κρίθηκε από την Ολομέλεια του ΣτΕ, οι αρμοδιότητες

επιβολής προστίμων, ανατιθέμενες σε ιδιώτες, αντίκεινται ευθέως στις ως άνω διατάξεις ως αστυνομικής φύσεως (βλ. και μειοψηφία με αντίθετη θέση, βλ. επίσης για το ίδιο θέμα τη νομολογία του Conseil d'Etat της 1.4.1994, Commune de Menton, με σχόλιο J.B. Auby, σε RDP 1994 σελ. 1825 επ., σύμφωνα με την οποία η συμβατική δέσμευση οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης με ιδιώτη ο οποίος ανέλαβε την εκμετάλλευση χώρων στάθμευσης, κρίθηκε ότι συνιστά μη επιτρεπτή παραχώρηση κρατικής αρμοδιότητας αστυνομικού χαρακτήρα). Επομένως, εφόσον μία σύμπραξη εμπεριέχει σχέση υπαγόμενη σε απαγορευόμενη συνταγματικά παραχώρηση συγκεκριμένων δραστηριοτήτων που ανήκουν στην αποκλειστική σφαίρα της κρατικής δράσης (άμυνα, αστυνομία, δημόσια ασφάλεια, απονομή δικαιοσύνης) αυτή θα είναι ανίσχυρη εκ του λόγου ότι πρόκειται για σχέση των συμβαλλομένων μερών απαγορευμένη από το Σύνταγμα. Το ζήτημα αυτό πάντως θα πρέπει να εξειδικεύεται κατά περίπτωση, ώστε η εκάστοτε έννομη σχέση να μην εμπίπτει στο πλαίσιο της άσκησης δημόσιας εξουσίας κατά τα ανωτέρω, αλλά να αφορά απλώς άσκηση συμβατικής δραστηριότητας.

3. Επί των άρθρων 7 - 15 νοχ

Όπως αναφέρεται σχετικά και στην Αιτιολογική Έκθεση επί του προτεινόμενου νοχ, οι διατάξεις των άρθρων 7 έως 15 - και με την εξαίρεση του άρθρου 9 νοχ - ενσωματώνουν μερικώς στην ελληνική έννομη τάξη τις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ L 134 της 30.4.2004, σελ. 114, εφεξής «η Οδηγία») της 31ης Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Η εν λόγω Οδηγία, όπως αναφέρεται ρητά στο προοίμιό της, βασίζεται στη νομολογία του ΔΕΚ, και ιδίως στη νομολογία ως προς τα κριτήρια ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Ειδικότερα, οι κατευθυντήριες γραμμές που τίθενται με αυτή συνοψίζονται στους ακόλουθους κανόνες και αρχές :

- Η ανάθεση των εν λόγω συμβάσεων υπόκειται στην τήρηση των αρχών της Συνθήκης της ΕΕ, και ιδίως στις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής των διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της αναλογικότητας και της διαφάνειας, προκειμένου η εφαρμογή τους να διασφαλίζει και να εγγυάται το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.

- Σύμφωνα με το άρθρο 6 της Συνθήκης ΕΕ, οι απαιτήσεις της περιβαλλοντικής προστασίας πρέπει να εντάσσονται στον καθορισμό και την εφαρμογή της κοινοτικής πολιτικής και δράσης, ιδίως προκειμένου να προωθείται η αειφόρος ανάπτυξη. Η Οδηγία 2004/18/ΕΚ διευκρινίζει με ποιον τρόπο οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συμβάλλουν στην προστασία του περιβάλλοντος και στην προώθηση της αειφόρου ανάπτυξης. Ωστόσο, καμία διάταξη της Οδηγίας δεν απαγορεύει την επιβολή ή την εφαρμογή μέτρων απαραίτητων για την προστασία της δημόσιας τάξης και ασφάλειας και των χρηστών ηθών, της υγείας, της ζωής, με γνώμονα ιδίως την αειφόρο ανάπτυξη υπό την προϋπόθεση ότι τα μέτρα αυτά είναι σύμφωνα προς τη Συνθήκη ΕΕ.

- Πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης μιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, μέσω ενός «τεχνικού διαλόγου», να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές που μπορεί να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό της συγγραφής υποχρεώσεων, υπό τον όρο όμως ότι οι συμβουλές αυτές δεν έχουν ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση του ανταγωνισμού.

- Λόγω της πολυμορφίας που παρουσιάζουν οι δημόσιες συμβάσεις έργων, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν να προβλέπουν τόσο χωριστή όσο και κοινή ανάθεση των συμβάσεων για την εκτέλεση και τον σχεδιασμό των έργων. Η απόφαση όσον αφορά τη χωριστή ή κοινή σύναψη της σύμβασης πρέπει να λαμβάνεται με γνώμονα ποιοτικά και οικονομικά κριτήρια τα οποία προσδιορίζει το εθνικό δίκαιο.

- Ο διαγωνισμός θα πρέπει να είναι σύμφωνος με ορισμένους κανόνες βάσει των οποίων εξασφαλίζεται η απαιτούμενη ευελιξία και η τήρηση των γενικών αρχών, συμπεριλαμβανομένης της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

- Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του δημοσίου θα πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν ποικιλία τεχνικών λύσεων. Οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να μπορούν να ορίζονται ως προς τις επιδόσεις και τις λειτουργικές απαιτήσεις και, σε περίπτωση αναφοράς στο ευρωπαϊκό πρότυπο ή, ελλείψει αυτού, στο εθνικό πρότυπο, πρέπει να εξετάζονται από τις αναθέτουσες αρχές, προσφορές βασιζόμενες σε άλλες ισοδύναμες λύσεις οι οποίες ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών και είναι ισοδύναμες ως προς την ασφάλεια. Προκειμένου να αποδεικνύουν την ισοδυναμία, οι προσφέροντες θα πρέπει να μπορούν να χρησιμοποιούν κάθε αποδεικτικό μέσο. Οι αναθέτουσες αρχές που επιθυμούν να ορίσουν περιβαλλοντικές ανάγκες μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών μπορούν να

προβλέπουν τα συγκεκριμένα περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά, όπως συγκεκριμένη μέθοδο παραγωγής, και / ή ειδικές περιβαλλοντικές επιπτώσεις ομάδων προϊόντων ή υπηρεσιών, να χρησιμοποιούν τις κατάλληλες προδιαγραφές που καθορίζουν τα οικολογικά σήματα, όπως το ευρωπαϊκό, το εθνικό ή οποιοδήποτε άλλο οικολογικό σήμα. Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές προκειμένου να λαμβάνουν υπόψη τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή σχεδιασμό για άλλους χρήστες. Οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να αναφέρονται σαφώς ούτως ώστε όλοι οι προσφέροντες να γνωρίζουν τι καλύπτουν οι απαιτήσεις που θεσπίζουν οι αναθέτουσες αρχές.

- Όσον αφορά την εκτέλεση σημαντικών έργων υποδομής ολοκληρωμένων μεταφορών, την υλοποίηση μεγάλων δικτύων πληροφορικής και την υλοποίηση έργων που απαιτούν περίπλοκη και διαρθρωμένη χρηματοδότηση, η χρηματοοικονομική και νομική οργάνωση των οποίων δεν είναι δυνατόν να καθορισθεί εκ των προτέρων, και στον βαθμό που η χρησιμοποίηση ανοικτών ή κλειστών διαδικασιών δεν επιτρέπει την ανάθεση τέτοιων συμβάσεων, θα πρέπει να προβλέπεται μια ευέλικτη διαδικασία που να διασφαλίζει τόσο τον ανταγωνισμό μεταξύ των οικονομικών φορέων όσο και την ανάγκη των αναθετουσών αρχών να συζητούν με κάθε υποψήφιο όλες τις πτυχές της σύμβασης, χωρίς να περιορίζεται ή να νοθεύεται σε καμία περίπτωση ο ανταγωνισμός.

- Η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων απαιτεί την ευρεία δημοσιότητα, σε κοινοτικό επίπεδο, των σχετικών προκηρύξεων που συντάσσουν οι αναθέτουσες αρχές των κρατών μελών. Οι πληροφορίες που περιέχονται στις προκηρύξεις αυτές πρέπει να επιτρέπουν στους οικονομικούς φορείς της Κοινότητας να κρίνουν αν οι προτεινόμενες συμβάσεις τους ενδιαφέρουν. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να λαμβάνουν επαρκώς γνώση του αντικειμένου της προκήρυξης και των όρων που τη συνοδεύουν. Είναι λοιπόν σημαντικό να εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή προβολή των δημοσιευμένων προκηρύξεων με τα κατάλληλα μέσα, όπως τα τυποποιημένα έγγραφα προκηρύξεων συμβάσεων και το κοινό λεξιλόγιο για τις δημόσιες συμβάσεις (Common Procurement Vocabulary, CPV), το οποίο προβλέπει ο κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 2195/2002 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ L 340 της 16.12.2002, σ. 1), καθώς και η ονοματολογία αναφοράς για τις δημόσιες συμβάσεις.

- Ο έλεγχος της καταλληλότητας του προσφέροντος μαζί με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού καθώς και τον ανταγωνιστικό διάλογο, και η επι-

λογή τους θα πρέπει να γίνεται υπό συνθήκες διαφάνειας. Είναι, λοιπόν, σκόπιμο να αναφέρονται τα κριτήρια, τα οποία δεν εισάγουν διακρίσεις, και τα οποία θα μπορούν να χρησιμοποιούν οι αναθέτουσες αρχές προκειμένου να επιλέγουν τους ανταγωνιζόμενους καθώς και τα μέσα τα οποία μπορούν να χρησιμοποιούν οι οικονομικοί φορείς για να αποδεικνύουν ότι πληρούν τα κριτήρια αυτά. Με αυτό το πνεύμα διαφάνειας, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αναφέρει κατά την προκήρυξη του διαγωνισμού για τη σύναψη σύμβασης τα κριτήρια επιλογής που θα χρησιμοποιήσει για την επιλογή, καθώς και το επίπεδο ειδικών ικανοτήτων που απαιτεί ενδεχομένως από τους οικονομικούς φορείς για να τους δεχθεί στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης.

- Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να περιορίζει τον αριθμό των υποψηφίων, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που επισημαίνονται στην προκήρυξη διαγωνισμού. Τα εν λόγω αντικειμενικά κριτήρια δεν συνεπάγονται κατ' ανάγκην την πραγματοποίηση στάθμισης.

- Στον ανταγωνιστικό διάλογο και στις διαδικασίες διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, λόγω της ευελιξίας που μπορεί να απαιτείται και των υπερβολικά υψηλών δαπανών που συνδέονται με αυτές τις μεθόδους σύναψης συμβάσεων, θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να προβλέπουν μια διαδικασία σε διαδοχικές φάσεις ώστε να μειώνεται βαθμιαία, βάσει κριτηρίων ανάθεσης που θα έχουν επισημανθεί εκ των προτέρων, ο αριθμός προσφορών που θα συνεχίσουν να συζητούν ή να διαπραγματεύονται. Αυτή η μείωση θα πρέπει να εξασφαλίζει πραγματικό ανταγωνισμό, εφόσον ο αριθμός των κατάλληλων λύσεων ή υποψηφίων το επιτρέπει.

- Η ανάθεση της σύμβασης θα πρέπει να πραγματοποιείται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που εξασφαλίζουν την τήρηση της αρχής της διαφάνειας, της αρχής της αποφυγής των διακρίσεων και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και εγγυώνται την αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού.

- Προκειμένου να εξασφαλίζεται ο σεβασμός της αρχής της ίσης μεταχείρισης κατά τη διάρκεια της ανάθεσης των συμβάσεων, ενδείκνυται να προβλεφθεί η παγιωμένη, βάσει της νομολογίας του ΔΕΚ, υποχρέωση να διασφαλίζεται η απαραίτητη διαφάνεια. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να εφαρμόζουν παρέκκλιση από την αναφορά της στάθμισης των κριτηρίων ανάθεσης σε πλήρως δικαιολογημένες περιπτώσεις, τις οποίες πρέπει να μπορούν να αιτιολογούν, όταν η στάθμιση αυτή δεν μπορεί να καταρτισθεί

εκ των προτέρων, λόγω ιδίως της πολυπλοκότητας της σύμβασης. Στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να αναφέρουν τη φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας αυτών των κριτηρίων.

- Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν τη σύμβαση στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αξιολογούν τις προσφορές προκειμένου να προσδιορίσουν εκείνη που παρουσιάζει την καλύτερη σχέση ποιότητας / τιμής. Για τον σκοπό αυτόν, καθορίζουν τα οικονομικά και ποιοτικά κριτήρια τα οποία, στο σύνολό τους, πρέπει να επιτρέπουν τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς για την αναθέτουσα αρχή. Ο καθορισμός αυτών των κριτηρίων είναι συνάρτηση του αντικείμενου της σύμβασης, στο μέτρο που τα κριτήρια αυτά πρέπει να επιτρέπουν την αξιολόγηση του επιπέδου επίδοσης που παρουσιάζεται από κάθε προσφορά σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως αυτό ορίζεται στις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τη μέτρηση της σχέσης ποιότητας / τιμής κάθε προσφοράς.

- Για τη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης, τα κριτήρια ανάθεσης θα πρέπει να επιτρέπουν τη σύγκριση των προσφορών και την αντικειμενική αξιολόγησή τους. Εάν πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, τα οικονομικά και ποιοτικά κριτήρια ανάθεσης, όπως εκείνα που αφορούν την ικανοποίηση των περιβαλλοντικών απαιτήσεων, μπορούν να επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να ικανοποιήσει τις ανάγκες του σχετικού δημόσιου φορέα, όπως αυτές εκφράζονται στις προδιαγραφές της αγοράς. Με βάση τις ίδιες αυτές προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να χρησιμοποιεί κριτήρια τα οποία αποβλέπουν στην ικανοποίηση κοινωνικών απαιτήσεων που ανταποκρίνονται ιδίως στις οριζόμενες στις προδιαγραφές της αγοράς ανάγκες κατηγοριών πληθυσμού, οι οποίες μειονεκτούν ιδιαιτέρως και στις οποίες ανήκουν οι δικαιούχοι / χρήστες των έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης.

Οι προτεινόμενες διατάξεις των άρθρων 7 έως 15 νσχ έχουν ως σκοπό, όπως προαναφέρθηκε, την εναρμόνιση της νομοθεσίας της χώρας μας με τις διατάξεις της Οδηγίας η οποία ισχύει με τη δημοσίευσή της από την 01.05.2004. Στην έκταση που η Οδηγία επιβάλλει νέες υποχρεώσεις, γίνεται δεκτό ότι τα Κράτη - Μέλη οφείλουν να τις εφαρμόσουν μέχρι την 31.01.2006 (βλ. Sue Arrowsmith, An assessment of the new legislative package on public procurement, Common Market Law Review, Νοέμβριος 2004, σελ. 1277 - 1325). Συνεπώς, οι προτεινόμενες διατάξεις των άρθρων 7 έως 15 νσχ ενσωματώνουν ήδη πριν από την ανωτέρω καταληκτική ημερομηνία

της 31.01.2006 στο ελληνικό δίκαιο τις ρυθμίσεις της Οδηγίας, αποβλέποντας αφενός στην άρση όποιας τυχόν αβεβαιότητας ως προς την αναφορά σε ισχύουσες διατάξεις των μέχρι σήμερα τώρα εφαρμοζόμενων Οδηγιών 92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ και αφετέρου στη δημιουργία συνθηκών υγιούς και έντονου ανταγωνισμού (Αιτιολογική Εκθεση επί του προτεινόμενου νοσχ, σελ. 6-7).

Αθήνα, 5 Σεπτεμβρίου 2005

Η Εισηγήτρια
Αλεξάνδρα Καρέτσου
Επιστημονική Συνεργάτις

Ο προϊστάμενος του Α΄ Τμήματος Νομοτεχνικής Επεξεργασίας
Στέλιος Κουσουλής
Επ. Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών

Ο προϊστάμενος της Β΄ Διεύθυνσης
Επιστημονικών Μελετών
Αστέρης Πλιάκος
Αν. Καθηγητής του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών

Ο Πρόεδρος του Επιστημονικού Συμβουλίου
Κώστας Μαυριάς
Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών