



ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Ανεπίσημη μετάφραση του εγγράφου *SEC*
(2011) 1169 τελικό της 04.10.2011 από τη
ΓΔ Εσωτερικής Αγοράς και Υπηρεσιών.

ΕΓΓΡΑΦΟ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΤΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

**σχετικά με την εφαρμογή της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις στις
σχέσεις μεταξύ αναθετουσών αρχών («συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων»)**

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

1.	Εισαγωγή.....	3
2.	Γενική αρχή: η νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις εφαρμόζεται στις συμβάσεις μεταξύ αναθετουσών αρχών.....	4
3.	Εκτέλεση δημόσιας αποστολής με ιδίους πόρους – συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων η οποία μπορεί να μην εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.....	5
3.1.	Επισκόπηση των διαφόρων εννοιών που αναπτύσσονται στη νομολογία.....	5
3.2.	Συνεργασία μέσω διακριτών νομικών οντοτήτων («θεσμοθετημένη/κάθετη συνεργασία», «νομολογία <i>in house</i> ».....	6
3.2.1.	Συμμετοχή στο κεφάλαιο οντότητας <i>in house</i>	8
3.2.2.	Πρώτο κριτήριο Teckal: ο αναγκαίος έλεγχος της οντότητας <i>in house</i> (οργανωτική εξάρτηση).....	10
3.2.3.	Δεύτερο κριτήριο Teckal: το ουσιώδες μέρος των δραστηριοτήτων της οντότητας <i>in house</i> πρέπει να περιορίζεται στην αποστολή που της ανατίθεται από την ελέγχουσα οντότητα/τις ελέγχουσες οντότητες (οικονομική εξάρτηση)	12
3.2.4.	Πρόσθετες ανοικτές ερωτήσεις σχετικά με τις διάφορες περιπτώσεις οντοτήτων <i>in house</i>	13
3.3.	Μη θεσμοθετημένη/οριζόντια συνεργασία για την εκπλήρωση από κοινού μιας δημόσιας αποστολής	14
3.3.1.	Τα κύρια χαρακτηριστικά της οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών που δεν εμπίπτουν στους κανόνες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.....	14
3.3.2.	Διάκριση μεταξύ γνήσιας «συνεργασίας» και συνήθους δημόσιας σύμβασης.....	15
3.3.3.	Πιθανοί περιορισμοί σχετικά με τις δραστηριότητες στην εμπορική αγορά	16
3.4.	Σύνοψη	16
4.	δημόσια αποστολή εκτελούμενη με εξωτερικούς πόρους – άλλες σχέσεις μεταξύ δημοσίων φορέων.....	20
4.1.	Η ανακατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ δημοσίων αρχών.....	20
4.2.	Η μη συμβατική ανάθεση αποστολής	22
4.3.	Η σχέση μεταξύ των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις και ορισμένων αποκλειστικών δικαιωμάτων.....	23
4.4.	Σχέσεις μεταξύ αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο κοινών ή κεντρικών προμηθευτικών συμφωνιών	24

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το 2009 δημοσιεύτηκαν διακηρύξεις για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων αξίας περίπου 420 δισεκατομμυρίων ευρώ σύμφωνα με τις οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Οι εν λόγω κανόνες αποσκοπούν να διασφαλίσουν ότι οι σχετικές δημόσιες προμήθειες είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό από προμηθευτές σε ολόκληρη την εσωτερική αγορά.¹ Παράλληλα, το δίκαιο της ΕΕ δεν εμποδίζει μια αναθέτουσα αρχή να εκπληρώνει την αποστολή δημοσίου συμφέροντος που της έχει ανατεθεί χρησιμοποιώντας τους δικούς της διοικητικούς, τεχνικούς και λοιπούς πόρους, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς φορείς που δεν αποτελούν μέρος της δικής της διάρθρωσης.

Υφίστανται διαρκείς συζητήσεις σχετικά με το κατά πόσο οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις ισχύουν επίσης και στις διάφορες περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές επιδιώκουν να διασφαλίσουν από κοινού την εκτέλεση της δημόσιας αποστολής τους. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής το «Δικαστήριο») έχει επιβεβαιώσει ότι δεν τεκμαίρεται αυτομάτως ότι οι συμβάσεις μεταξύ αναθετουσών αρχών δεν εμπίπτουν στην εφαρμογή της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Ωστόσο, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προέκυψε επίσης ότι ορισμένες μορφές συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών δεν μπορούν να θεωρηθούν συμβάσεις δημοσίων συμβάσεων.

Ως εκ τούτου, πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ, αφενός, των δραστηριοτήτων προμηθειών οι οποίες πρέπει να επωφελούνται από τον ανοικτό ανταγωνισμό μεταξύ οικονομικών φορέων, όπως διασφαλίζεται από τους ενωσιακούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις και, αφετέρου, μεταξύ άλλων ρυθμίσεων τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν για τη διασφάλιση της εκπλήρωσης της δημόσιας αποστολής τους και οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

Επί του παρόντος, οι αναθέτουσες αρχές που επιθυμούν να συνεργαστούν μεταξύ τους, συχνά δυσκολεύονται να διακρίνουν πότε ισχύουν οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις και πότε όχι.

Η ανάγκη να διευκρινιστεί το εν λόγω θέμα τονίστηκε στην έκθεση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, με την οποία καλούνται «η Επιτροπή και τα κράτη μέλη να δημοσιοποιήσουν τις νομικές συνέπειες αυτών των αποφάσεων [σχετικά με τη συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων]».²

¹ Το σύνολο της αγοράς δημοσίων συμβάσεων που συνάπτονται στην ΕΕ ανέρχεται περίπου στο 17% του ΑΕΠ της ΕΕ. Η οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις της ΕΕ ρυθμίζουν μόνο την ανάθεση των συμβάσεων εκείνων που υπερβαίνουν ένα ορισμένο όριο. Το 2009, η αξία των εν λόγω συμβάσεων ανήλθε στο 3,6% του ΑΕΠ της ΕΕ. Για το υπόλοιπο τμήμα της αγοράς δημοσίων συμβάσεων τα κράτη μέλη οφείλουν να τηρούν τις αρχές του δικαίου της ΕΕ περί μη διάκρισης, ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, κ.λπ., εφόσον η προς ανάθεση σύμβαση παρουσιάζει ενδιαφέρον για επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος.

² Έκθεση με πρωτοβουλία της ευρωβουλευτού Heide Rühle με θέμα «Νέες εξελίξεις στις δημόσιες συμβάσεις» (ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, της 18^{ης} Μαΐου 2010, σχετικά με τις νέες εξελίξεις στις δημόσιες συμβάσεις (2009/2175(INI))

Το παρόν έγγραφο επιδιώκει να ανταποκριθεί σε αυτό το αίτημα. Αποσκοπεί να παρουσιάσει μια ευρεία επισκόπηση της υφιστάμενης νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ενοποιεί και συνοψίζει την εν λόγω νομολογία και εξάγει ορισμένα συμπεράσματα από αυτή, στο βαθμό που το επιτρέπουν οι διαπιστώσεις του Δικαστηρίου. Δεν δημιουργεί νέους κανόνες ή απαιτήσεις. Αποσκοπεί, αντιθέτως, να συμβάλει στην καλύτερη κατανόηση και εφαρμογή του υφιστάμενου νομικού πλαισίου. Αποβλέπει να αποβεί προς όφελος όλων των εμπλεκόμενων στις δημόσιες συμβάσεις, ιδίως των δημοσίων αρχών σε όλα τα επίπεδα της διοίκησης.³ Η καθοδήγηση στο παρόν έγγραφο περιορίζεται στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων και δεν θίγει τους κανόνες της ΕΕ περί ανταγωνισμού και κρατικών ενισχύσεων.

Αφού υπενθυμιστεί ότι οι δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ αναθετουσών αρχών υπόκεινται στις οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις (τμήμα 2), στο έγγραφο εξετάζονται οι διαφορετικές μορφές συνεργασίας μεταξύ των αναθετουσών αρχών οι οποίες μπορούν να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής των εν λόγω κανόνων (τμήμα 3) και, στη συνέχεια, άλλοι τύποι σχέσεων υπό το πρίσμα της ενωσιακής νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις (τμήμα 4).

Το παρόν έγγραφο των υπηρεσιών της Επιτροπής είναι ενδεικτικό και κατά κανένα τρόπο δεν μπορεί να θεωρηθεί δεσμευτικό για το εν λόγω όργανο. Σημειωτέον ότι, σε κάθε περίπτωση, αρμόδιο εν τέλει για την ερμηνεία του δικαίου της ΕΕ είναι το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

2. ΓΕΝΙΚΗ ΑΡΧΗ: Η ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ ΤΗΣ ΕΕ ΓΙΑ ΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΕΦΑΡΜΟΖΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΜΕΤΑΞΥ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΩΝ ΑΡΧΩΝ

Οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις εφαρμόζονται όταν οι αναθέτουσες αρχές ή φορείς συνάπτουν επαχθείς συμβάσεις με διαφορετική νομική οντότητα. Σε περίπτωση που υπάρξει μια τέτοια συμφωνία, δεν υπάρχει διαφορά εάν ο αντισυμβαλλόμενος ανήκει στον ιδιωτικό ή στον δημόσιο τομέα. Αυτό προκύπτει με σαφήνεια από τις σχετικές διατάξεις των οδηγιών, καθώς και από τη νομολογία του Δικαστηρίου.

Το άρθρο 1 παράγραφος 8 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ⁴ (εφεξής «οδηγία για το δημόσιο τομέα») προβλέπει τα εξής:

«Ως "εργολήπτης", "προμηθευτής" και "πάροχος υπηρεσιών" νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή φορέας του δημοσίου, ή κοινοπραξία αυτών των προσώπων ή/και οργανισμών, που προσφέρει αντιστοίχως την εκτέλεση εργασιών ή/και έργων, την

³ Η «Πράσινη Βίβλος σχετικά με τον εκσυγχρονισμό της πολιτικής δημόσιων συμβάσεων της ΕΕ - Προς μια αποτελεσματικότερη ευρωπαϊκή αγορά δημόσιων συμβάσεων» (COM (2011) 15 τελικό, Βρυξέλλες, 27.1.2011), δρομολόγησε δημόσια διαβούλευση σκοπός της οποίας είναι να καθοριστεί ο τρόπος με τον οποίο οι δημόσιες συμβάσεις πρέπει να επανασχεδιαστούν στο μέλλον. Εν αναμονή της έγκρισης και της εφαρμογής οποιασδήποτε νέας νομοθεσίας, το παρόν έγγραφο εργασίας των υπηρεσιών της Επιτροπής έχει σκοπό να διευκρινίσει την υφιστάμενη νομική κατάσταση.

⁴ Οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31^{ης} Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134 της 30.4.2004, σ. 114-240)

προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών στην αγορά.» (προσθήκη έντονων χαρακτήρων για να δοθεί έμφαση).

Το άρθρο 1 παράγραφος 7 της οδηγίας 2004/17/EK⁵ (εφεξής η «οδηγία για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας») προβλέπει ότι:

«"Εργολήπτης", "προμηθευτής" ή "πάροχος υπηρεσιών" μπορεί να είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή **αναθέτων φορέας**, κατά την έννοια του άρθρου 2 παράγραφος 2 στοιχείο α) ή β) ή μια κοινοπραξία των εν λόγω προσώπων ή/και φορέων που προσφέρει, αντιστοίχως, την εκτέλεση εργασιών ή/και έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών στην αγορά.» (προσθήκη έντονων χαρακτήρων για να δοθεί έμφαση).

Συνεπώς, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι «το γεγονός ότι ο παρέχων υπηρεσίες είναι δημόσιος οργανισμός διακριτός σε σχέση με τον αποδέκτη των υπηρεσιών δεν αποκλείει την εφαρμογή της [οδηγίας]». ⁶ Για την εφαρμογή των κανόνων της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις «αρκεί, κατ' αρχήν, ότι η δημόσια σύμβαση συνήφθη μεταξύ, αφενός, ενός οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως και, αφετέρου, ενός προσώπου το οποίο νομικώς διακρίνεται από τον οργανισμό αυτόν». ⁷ Επομένως, συνιστά πλημμελή μεταφορά των οδηγιών της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις να αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της εθνικής νομοθεσίας για τη σύναψη συμβάσεων οι «σχέσεις που συνάπτονται μεταξύ των δημοσίων διοικητικών φορέων, των δημοσίων οργανισμών τους και, εν γένει, των φορέων δημοσίου δικαίου που δεν έχουν εμπορικό χαρακτήρα, όποια και αν είναι η φύση των σχέσεων αυτών». ⁸

3. ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΑΠΟΣΤΟΛΗΣ ΜΕ ΙΔΙΟΥΣ ΠΟΡΟΥΣ – ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑ ΜΕΤΑΞΥ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΦΟΡΕΩΝ Η ΟΠΟΙΑ ΜΠΟΡΕΙ ΝΑ ΜΗΝ ΕΜΠΗΠΤΕΙ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ ΤΗΣ ΕΕ ΓΙΑ ΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

3.1. Επισκόπηση των διαφόρων εννοιών που αναπτύσσονται στη νομολογία

Η νομολογία του Δικαστηρίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων κατέδειξε ότι η νομοθεσία της ΕΕ δεν περιορίζει την ελευθερία της αναθέτουσας αρχής⁹ να εκπληρώνει

⁵ Οδηγία 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31^{ης} Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ L 134 της 30.4.2004, σ. 1–113)

⁶ Υπόθεση C-480/06, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2009 I-04747, σκέψη 33.

⁷ Υπόθεση C-107/98, Teckal Srl κατά Comune di Viano και Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Συλλογή 1999 I-08121, σκέψη 50.

⁸ Υπόθεση -84/03, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου της Ισπανίας, Συλλογή 2005 I-00139, σκέψη 40.

⁹ Δεδομένου του θέματος – συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων - το παρόν σημείωμα αναφέρεται μόνο σε θέματα συμπεριφοράς των «αναθετουσών αρχών» κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18/EK και όχι στις «δημόσιες επιχειρήσεις» κατά τον ορισμό της οδηγίας περί των επιχειρήσεων κοινής ωφελείας ή των ιδιωτικών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται με βάση ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα όπως ορίζονται στην οδηγία 2004/17/EK. Όσον αφορά τις «αναθέτουσες αρχές» που εμπίπτουν στον ορισμό των «αναθετόνων φορέων» όπως ορίζονται στην οδηγία για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας, πρέπει να σημειωθεί ότι το ιδιαίτερο καθεστώς τους όσον αφορά τη συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων δεν έχει ποτέ εξεταστεί ρητά από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τα συμπεράσματα που συνάγονται γενικότερα για τις «αναθέτουσες αρχές» θα πρέπει, τηρουμένων των αναλογιών, να ισχύουν επίσης όταν αυτές ενεργούν με την ιδιότητα του «αναθετόντος φορέα», εκτός από τις περιπτώσεις στις οποίες μπορεί

την αποστολή δημοσίου συμφέροντος που της έχει ανατεθεί χρησιμοποιώντας δικούς της διοικητικούς, τεχνικούς και λοιπούς πόρους, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς φορείς που δεν αποτελούν μέρος της δικής της διάρθρωσης¹⁰.

Εάν μια αναθέτουσα αρχή εκτελεί δημόσια αποστολή χρησιμοποιώντας ιδίους πόρους κατά τρόπο ώστε να μη συνάπτεται καμία σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας επειδή η διαδικασία εκτυλίσσεται στο εσωτερικό ενός και του αυτού νομικού προσώπου, ήτοι εάν όλοι οι απαραίτητοι πόροι για την εκτέλεση της αποστολής διατίθενται από την ίδια την αναθέτουσα αρχή εσωτερικά, δεν εφαρμόζεται το δίκαιο της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Παράδειγμα: ένα δημοτικό συμβούλιο παρέχει υπηρεσίες μεταφοράς εντός των γεωγραφικών ορίων δικαιοδοσίας του μέσω της οικείας δημοτικής υπηρεσίας μεταφορών.

Επιπλέον, η δυνατότητα εκτέλεσης δημόσιας αποστολής με χρήση ιδίων πόρων, μπορεί επίσης να ασκείται σε συνεργασία με άλλες αναθέτουσες αρχές. Πλείονες αναθέτουσες αρχές μπορούν να παρέχουν αμοιβαία συνδρομή. Εάν αυτό δεν συνεπάγεται αμοιβή ή οιαδήποτε αμοιβαία παροχή δικαιωμάτων και επιβολή υποχρεώσεων, δεν υφίσταται παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια της ενωσιακής νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις. Υπό αυτές τις συνθήκες, δεν εφαρμόζεται η νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Παράδειγμα: μια γενική συνεννόηση μεταξύ γειτονικών δήμων ώστε οι αντίστοιχες φιλαρμονικές τους να μπορούν να συμμετέχουν σε εορταστικές εκδηλώσεις της άλλης πόλης.

Όταν οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας (ήτοι περιλαμβάνουν εκατέρωθεν δικαιώματα και υποχρεώσεις) τίθεται το ερώτημα αν αυτές μπορούν να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, παρά τον γενικό κανόνα σύμφωνα με τον οποίο καλύπτονται οι συμβάσεις μεταξύ διαφορετικών νομικών προσώπων. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, υπό ορισμένες συνθήκες αυτό είναι όντως δυνατό. Όταν οι αναθέτουσες αρχές συνεργάζονται με σκοπό την από κοινού διασφάλιση της εκτέλεσης αποστολής δημοσίου συμφέροντος, τότε αυτό μπορεί να συνεπάγεται την ανάθεση συμβάσεων χωρίς ενεργοποίηση της υποχρέωσης εφαρμογής της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Η συνεργασία αυτή μπορεί να λάβει τη μορφή της από κοινού άσκησης ελέγχου ενός τρίτου φορέα στον οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της αποστολής («κάθετη/θεσμοθετημένη συνεργασία»). Εναλλακτικά, μπορεί να πραγματοποιηθεί χωρίς την ίδρυση νέου ή ειδικά διορισμένου φορέα («οριζόντια/μη θεσμοθετημένη συνεργασία»).

3.2. Συνεργασία μέσω διακριτών νομικών οντοτήτων («θεσμοθετημένη/κάθετη συνεργασία», «νομολογία *in house*»)

Αποτελεί πάγια αντίληψη ότι οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις εφαρμόζονται εάν οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, δηλαδή συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται εγγράφως με τρίτους και έχουν ως

να υπάρχουν σημαντικές διαφορές όσον αφορά τους εφαρμοστέους κανόνες. Θα πρέπει επίσης να τονιστεί ότι η οδηγία για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας περιλαμβάνει διατάξεις για ορισμένους τύπους συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων στο άρθρο 23 (είναι δυνατές ακόμη και συνεργασίες τριγωνικής μορφής).

¹⁰ Υπόθεση C-26/03, Stadt Halle και RPL Recyclingpark Lochau GmbH κατά Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Συλλογή 2005 I-00001, σκέψη 48.

αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια των οδηγιών αυτών. Εφαρμόζονται επίσης εάν οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν συμβάσεις παραχώρησης έργων υπό τους όρους της οδηγίας για τον δημόσιο τομέα.

Στην υπόθεση *Teckal*¹¹, το Δικαστήριο ερμήνευσε τον κανόνα αυτό με τρόπο λειτουργικό. Θέσπισε δύο σωρευτικά κριτήρια, προκειμένου να συντρέχει εξαίρεση από τους κανόνες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις μιας σχέσης μεταξύ μιας αναθέτουσας αρχής και ενός άλλου νομικού προσώπου. Σύμφωνα με το Δικαστήριο, μια τέτοια σχέση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις εάν:

- (1) η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί του εν λόγω νομικού προσώπου **έλεγχο ανάλογο εκείνου που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών** και
- (2) συγχρόνως, το εν λόγω νομικό πρόσωπο **ασκεί σημαντικό μέρος των δραστηριοτήτων του μαζί με την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή αρχές**¹²

Συνεπώς, σε συμφωνία με την **εξουσία αυτοοργάνωσης των αναθετουσών αρχών**, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις (δηλαδή όχι μόνο οι οδηγίες αλλά και οι αρχές που αποτυπώνονται στη συνθήκη) δεν εφαρμόζεται εάν μια αναθέτουσα αρχή συνάπτει σύμβαση με αντισυμβαλλόμενο που είναι μόνο **τυπικά, αλλά όχι ουσιαστικά ανεξάρτητος από αυτήν**. Η εν λόγω νομολογία καλύπτει περιπτώσεις στις οποίες δεν υπάρχει συμμετοχή **ιδιωτικών κεφαλαίων** στον αντισυμβαλλόμενο και **αυτός εξαρτάται τόσο από οργανωτικής όσο και από οικονομικής πλευράς** από την αναθέτουσα αρχή. Παράδειγμα: ένα δημοτικό συμβούλιο παρέχει υπηρεσίες μεταφοράς στην περιφέρεια δικαιοδοσίας του χρησιμοποιώντας εταιρεία μεταφορών της οποίας έχει την πλήρη ιδιοκτησία και έλεγχο.

Σε μεταγενέστερες αποφάσεις του¹³ το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι η έννοια της οντότητας *in house* έχει επίσης εφαρμογή όσον αφορά τη συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων, αποφαινόμενο ότι τα δύο κριτήρια *Teckal* μπορούν να πληρούνται από κοινού από πλείονες αναθέτουσες αρχές. Παράδειγμα: δύο δημοτικά συμβούλια παρέχουν υπηρεσίες μεταφοράς στην περιφέρεια δικαιοδοσίας τους χρησιμοποιώντας εταιρεία μεταφορών της οποίας είναι συνιδιοκτήτες και την οποία ελέγχουν από κοινού.

¹¹ Υπόθεση C-107/98, *Teckal*, σκέψη 50. «Όσον αφορά την ύπαρξη σύμβασης, το εθνικό δικαστήριο οφείλει να εξακριβώσει αν υπήρξε σύμβαση μεταξύ δύο διακεκριμένων προσώπων. Συναφώς, [...] αρκεί, κατ' αρχήν, ότι η δημόσια σύμβαση συνήφθη μεταξύ, αφενός, ενός οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως και, αφετέρου, ενός προσώπου το οποίο νομικώς διακρίνεται από τον οργανισμό αυτόν. Διαφορετική περίπτωση συντρέχει μόνον αν, συγχρόνως, ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και αν το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί το ουσιαστικό της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που το ελέγχουν.»

¹² Σύμφωνα με την απόφαση του Δικαστηρίου, το ιταλικό Συμβούλιο της Επικρατείας κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η AGAC ήταν εσωτερική εταιρεία του Δήμου Viano (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, απόφαση αριθ. 2605 της 9^{ης} Μαΐου 2001).

¹³ Υποθέσεις C-324/07, *Coditel Brabant SA* κατά *Commune d'Uccle* και *Région de Bruxelles-Capitale*, *Συλλογή* 2008 I-08457 και C-573/07, *Sea Srl* κατά *Comune di Ponte Nossa*, *Συλλογή* 2009 I-08127.

Για τους σκοπούς του παρόντος εγγράφου, η συνεργασία αυτή χαρακτηρίζεται ως «θεσμοθετημένη» ή «κάθετη», διότι αφορά αναθέτουσες αρχές οι οποίες αναθέτουν την εκτέλεση μιας αποστολής σε διακριτή οντότητα της οποίας είναι συνιδιοκτήτες και την οποία ελέγχουν από κοινού, και η οποία ενεργεί ως πάροχος.

Η εν λόγω εξαίρεση για τις συμβάσεις *in house* έχει αναγνωριστεί από το Δικαστήριο τόσο σε σχέση με τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης έργων που καλύπτονται από τις οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, όσο και τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών που ειδάλλως καλύπτονται από τις αρχές της Συνθήκης.

Στο πλαίσιο αυτό, παρατηρούμε ότι ενώ η σχέση μεταξύ, αφενός, της ελέγχουσας αναθέτουσας αρχής ή αρχών, και, αφετέρου, του ελεγχόμενου φορέα μπορεί να εξαιρεθεί από την εφαρμογή της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις επειδή πρόκειται για σύμβαση *in house*, ο φορέας που πληροί της προϋποθέσεις ώστε να χαρακτηριστεί οντότητα *in house*, θεωρείται επίσης κατά κανόνα «οργανισμός δημοσίου δικαίου» με υποχρέωση τήρησης της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις όσον αφορά τις προμήθειές του.

Στις ενότητες που ακολουθούν περιγράφονται λεπτομερώς οι σχετικές προϋποθέσεις της νομολογίας του Δικαστηρίου περί συμβάσεων *in house* οι οποίες πρέπει να εξετάζονται όταν πρόκειται να ληφθεί απόφαση σχετικά με το κατά πόσο εφαρμόζεται ή όχι η νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

3.2.1. Συμμετοχή στο κεφάλαιο οντότητας *in house*

Σύμφωνα με την υφιστάμενη νομολογία, μια αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να ασκήσει έλεγχο *in house* σε μια οντότητα εάν μία ή περισσότερες ιδιωτικές επιχειρήσεις είναι επίσης συνιδιοκτήτες του εν λόγω φορέα.¹⁴ Αυτό ισχύει ακόμη και εάν η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να λαμβάνει αυτόνομα όλες τις αποφάσεις που αφορούν τον εν λόγω φορέα, ανεξάρτητα από τον ιδιώτη μέτοχο ή ιδιώτη μεριδιούχο. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η σχέση μεταξύ μιας αναθέτουσας αρχής και των δικών της υπηρεσιών διέπεται από σκέψεις και απαιτήσεις που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Αντιθέτως, κάθε επένδυση ιδιωτικού κεφαλαίου σε μια επιχείρηση διέπεται από σκέψεις που προσιδιάζουν σε ιδιωτικά συμφέροντα και επιδιώκει σκοπούς διαφορετικής φύσεως.¹⁵ Αυτό ισχύει επίσης για τις «καθαρές εισφορές κεφαλαίου» από ιδιωτική εταιρεία σε οντότητα *in house* (επί παραδείγματι η αγορά μετοχών και όχι η χορήγηση συνήθους δανείου¹⁶), ακόμη και εάν αυτό δεν συνεπάγεται επιχειρησιακή συνεισφορά.

- Η σημασία της δυνητικής μελλοντικής συμμετοχής ιδιωτικού κεφαλαίου

¹⁴ «Αντιθέτως, η έστω και κατά μειοψηφία συμμετοχή μιας ιδιωτικής επιχείρησης στο κεφάλαιο εταιρείας στην οποία συμμετέχει και η οικεία αναθέτουσα αρχή αποκλείει εν πάση περιπτώσει τη δυνατότητα αυτής της αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί της εταιρείας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες.» (Υπόθεση C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 49.)

¹⁵ Υπόθεση C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 50.

¹⁶ Δεν θεωρείται ως «τυποποιημένο» το δάνειο που θα μπορούσε π.χ. να μετατραπεί σε μετοχές του εσωτερικού φορέα με σκοπό τη δυνατότητα αποπληρωμής του.

Κατά γενικό κανόνα, ο προσδιορισμός του κατά πόσον υπάρχει ιδιωτική συμμετοχή στο κεφάλαιο της εταιρείας στην οποία ανατίθεται η επίμαχη δημόσια σύμβαση πρέπει να γίνεται **τη στιγμή της ανάθεσης**^{17, 18}. Το μελλοντικό άνοιγμα του κεφαλαίου της εταιρείας λαμβάνεται υπόψη μόνον εάν υπάρχει κατά το χρόνο της ανάθεσης της σύμβασης στην εταιρεία πραγματική προοπτική τέτοιου ανοίγματος βραχυπρόθεσμα.¹⁹

Η απλή θεωρητική δυνατότητα ενός ιδιώτη να συμμετάσχει στο κεφάλαιο μιας οντότητας *in house* δεν υπονομεύει από μόνη της τις εσωτερικές σχέσεις μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της εταιρείας της.²⁰

Ωστόσο, εάν ορισμένη σύμβαση θέλει ανατεθεί στην εταιρεία χωρίς τη διοργάνωση διαγωνιστικής διαδικασίας, με βάση την εξαίρεση για τις συμβάσεις *in house* η επιγενόμενη απόκτηση συμμετοχής στην εταιρεία από ιδιώτες επενδυτές ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της περιόδου ισχύος της σύμβασης θα συνιστούσε **τροποποίηση βασικού όρου** ανάθεσης της σύμβασης. Υπό αυτές τις συνθήκες, για τη σύναψη της σύμβασης πρέπει να προκηρυχθεί διαδικασία διαγωνισμού.²¹

- συμμετοχή 100% του δημοσίου τομέα στο κεφάλαιο της οντότητας *in house*

Αντιθέτως, η αποκλειστική κυριότητα από αναθέτουσες αρχές πρέπει να θεωρηθεί ως ένδειξη ύπαρξης του ελέγχου που απαιτείται για την εξαίρεση *in house* όχι όμως ως παράγοντας που αυτός καθ' εαυτόν είναι αποφασιστικής σημασίας.²²

Η ένδειξη αυτή καταρρίπτεται όταν οι αναθέτουσες αρχές συστήνουν κερδοσκοπική εταιρεία, η οποία είναι πλήρως ανεξάρτητη από αυτές. Τούτο καταδεικνύεται επίσης από την υπόθεση *Parking Brixen*, στην οποία ο φορέας, κατά το χρόνο της ανάθεσης, ανήκε σε μια αναθέτουσα αρχή, αλλά απολάμβανε κάποιον βαθμό ανεξαρτησίας²³ (πρβλ. επόμενη ενότητα), γεγονός που οδήγησε το Δικαστήριο να αρνηθεί το καθεστώς οντότητας *in house*

¹⁷ Υπόθεσεις C-26/03, Stadt Halle, σκέψεις 15 και 52· και C-573/07, Sea, σκέψη 47.

¹⁸ Κατ' εξαίρεση, λόγω ειδικών περιστάσεων ενδέχεται να απαιτηθεί να ληφθούν υπόψη γεγονότα τα οποία συνέβησαν μετά την ημερομηνία κατά την οποία ανατέθηκε η εν λόγω σύμβαση. Αυτό συμβαίνει, ιδίως, όταν οι μετοχές της αναθέτουσας εταιρείας, η οποία προηγουμένως ανήκε εξ ολοκλήρου στην αναθέτουσα αρχή, μεταφέρονται σε ιδιωτική επιχείρηση, αμέσως μετά την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης στη συγκεκριμένη εταιρεία, μέσω τεχνητής διάταξης που έχει εκπονηθεί για να παρακάμψει τους σχετικούς κανόνες της ΕΕ (βλ., εν προκειμένω, υπόθεση C-29/04, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας, Συλλογή 2005 I-9705, σκέψεις 38 έως 41).

¹⁹ Sea, σκέψη 50.

²⁰ Βλέπε ανακοίνωση για τις «Θεσμοθετημένες Συμπράξεις Δημοσίου-Ιδιωτικού Τομέα (ΘΣΔΙΤ)», υποσημείωση 14. Η θέση αυτή επιβεβαιώθηκε εν τω μεταξύ από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση C-371/05, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2008 I-00110, σκέψη 29.

²¹ Sea, σκέψη 53.

²² Υπόθεση C-340/04, Carbotermo SpA και Consorzio Alisei κατά Comune di Busto Arsizio και AGESP SpA, Συλλογή 2006 I-04137, σκέψη 37: «Το ότι η αναθέτουσα αρχή κατέχει εξ ολοκλήρου, είτε μόνη της είτε από κοινού με άλλες δημόσιες αρχές, το κεφάλαιο μιας αναδόχου εταιρείας, μολονότι δεν αποτελεί καθοριστικό στοιχείο, μαρτυρεί ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή ασκεί επί της εταιρείας αυτής έλεγχο ανάλογο εκείνου που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες».

²³ Υπόθεση C-458/03, Parking Brixen GmbH κατά Gemeinde Brixen και Stadtwerke Brixen AG., Συλλογή 2005 I-08585, σκέψη 70.

3.2.2. *Πρώτο κριτήριο Teckal: ο αναγκαίος έλεγχος της οντότητας in house (οργανωτική εξάρτηση)*

Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ασκεί επί της οντότητας *in house* «έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών»²⁴. Ο τρόπος με τον οποίο ασκείται ο έλεγχος δεν έχει σημασία, δηλαδή, μπορεί να ασκείται **μέσω εξουσιών βάσει ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου**. Για την αξιολόγηση της απαίτησης «ανάλογου ελέγχου» «πρέπει να ληφθεί υπόψη το σύνολο των ασκουσών επιρροή νομοθετικών διατάξεων και πραγματικών περιστατικών. [...] Η δυνατότητα καθοριστικής επιρροής πρέπει να καλύπτει τόσο τους στρατηγικούς στόχους όσο και τις σημαντικές αποφάσεις της εταιρίας.»²⁵

Από την άποψη αυτή, πρέπει να ληφθούν υπόψη τα ακόλουθα στοιχεία.

- Κοινός έλεγχος οντότητας *in house* από περισσότερες αναθέτουσες αρχές

Το Δικαστήριο θέσπισε νέα στοιχεία που αφορούν το πρώτο κριτήριο *Teckal* με την απόφασή του στην υπόθεση *Coditel*. Το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι, μολονότι ο έλεγχος που ασκείται σε μια οντότητα *in house* πρέπει να είναι αποτελεσματικός, δεν είναι απαραίτητο να ασκείται μεμονωμένα. Επιβεβαίωσε συνεπώς την αρχή σύμφωνα με την οποία ο **έλεγχος κατά την έννοια του πρώτου κριτηρίου Teckal μπορεί να ασκείται από κοινού**.

Το Δικαστήριο δικαιολόγησε αυτή τη διασταλτική ερμηνεία με το σκεπτικό κυρίως ότι μια αυστηρότερη ερμηνεία του γράμματος του εν λόγω κριτηρίου θα καθιστούσε την εξαίρεση *Teckal* ανεφάρμοστη στην πλειονότητα των υποθέσεων που περιλαμβάνουν συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών. Στο ίδιο πνεύμα, το Δικαστήριο αποφάσισε ότι **η διαδικασία την οποία χρησιμοποιούν οι ελεγκτικές αρχές κατά την έκδοση συλλογικών αποφάσεων είναι επουσιώδης**. Για παράδειγμα, η προσφυγή στη λήψη αποφάσεων με πλειοψηφία δεν αναιρεί την άσκηση (κοινού) ελέγχου από όλες τις συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές.²⁶ Κατά συνέπεια «αν μια δημόσια αρχή αποκτά μειοψηφικό πακέτο μετοχών ανώνυμης εταιρείας, της οποίας το κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου σε δημόσιους φορείς, με σκοπό να της αναθέσει τη διαχείριση μιας δημόσιας υπηρεσίας, ο έλεγχος τον οποίο ασκούν επί της εν λόγω εταιρείας οι εταίροι που είναι δημόσιες αρχές μπορεί να χαρακτηριστεί ανάλογος με εκείνο που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών, όταν ο έλεγχος αυτός ασκείται από κοινού από τις αρχές αυτές.»^{27,28}

- Το αναγκαίο εύρος των εξουσιών επί της οντότητας *in house*

²⁴ Υπόθεση C-107/98, *Teckal*, σκέψη 50.

²⁵ Υπόθεση C-458/03, *Parking Brixen*, σκέψη 65· Υπόθεση C-371/05, σκέψη 24.

²⁶ C-324/07, *Coditel*, σκέψη 51.

²⁷ C-573/07, *Sea*, σκέψη 63.

²⁸ Στην υπόθεση C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)* κατά *Comune di Cingia de' Botti*, Συλλογή 2005 I-07287, το Δικαστήριο έκρινε ότι η μειοψηφική συμμετοχή 0,97% ήταν αμελητέα, ώστε να αποκλείει τον δήμο από την άσκηση εσωτερικού ελέγχου επί του αναδόχου. Ωστόσο, με μεταγενέστερες διαπιστώσεις το Δικαστήριο απεδέχθη την πιθανότητα κοινού ελέγχου από περισσότερες αναθέτουσες αρχές (οι οποίες μεμονωμένα μπορεί να έχουν μικρή μόνο μειοψηφική συμμετοχή) επί του εσωτερικού φορέα.

Προκειμένου να πληροί το πρώτο κριτήριο Teckal, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διατηρεί επαρκή βαθμό ελέγχου ώστε να έχει τη δυνατότητα να περιορίζει την ελευθερία δράσης της εν λόγω οντότητας.

Στην υπόθεση *Coditel*, το γεγονός ότι τα **όργανα λήψης αποφάσεων** της παραχωρησιούχου εταιρείας **απαρτίζονται** μόνο από εκπροσώπους των αναθετουσών αρχών που συμμετείχαν στη συνεργασία θεωρήθηκε ως βαρύνουσα ένδειξη ύπαρξης εσωτερικού ελέγχου.

Η **εταιρική μορφή** της οντότητας *in house* αυτής καθ'εαυτήν δεν είναι καθοριστική, αλλά μπορεί να χρησιμεύσει ως ένδειξη. Παραδείγματος χάριν, στην υπόθεση *Coditel*, το Δικαστήριο τόνισε ότι η οντότητα *in house* δεν έλαβε τη μορφή κοινής μετοχικής εταιρείας «που μπορεί να επιδιώξει στόχους ανεξαρτήτως των μετόχων της, αλλά τη μορφή διαδημοτικού συνεταιρισμού». Σύμφωνα με τη σχετική εθνική νομοθεσία, ο τελευταίος δεν μπορεί να έχει εμπορικό χαρακτήρα.²⁹

Στην υπόθεση *Carbotermo*³⁰, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι ο έλεγχος από μία αναθέτουσα αρχή ενός άλλου φορέα, ο οποίος καλύπτει μόνο **τα περιθώρια που παρέχει το εταιρικό δίκαιο** στην πλειοψηφία των μετόχων, ενδέχεται να μην είναι επαρκής ώστε να θεωρηθεί έλεγχος κατά την έννοια του πρώτου κριτηρίου Teckal. Σε μια τέτοια περίπτωση, τίθενται σημαντικοί περιορισμοί στις εξουσίες της αναθέτουσας αρχής να επηρεάζει τις αποφάσεις του εν λόγω φορέα.³¹ Ομοίως, εάν η αναθέτουσα αρχή επηρεάζει τις αποφάσεις του φορέα μόνο μέσω μιας **εταιρείας χόλντινγκ**, αυτό ενδέχεται να αποδυναμώσει τον έλεγχο που μπορεί να ασκήσει η αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, μπορεί να μην πληρούνται το πρώτο κριτήριο Teckal.³²

Στην υπόθεση *Sea*³³, ο εσωτερικός φορέας ήταν ανώνυμη εταιρεία. Ενώ αυτή η μορφή εταιρείας δεν απέκλειε τη δυνατότητα εσωτερικού ελέγχου, το Δικαστήριο εξέτασε λεπτομερώς τις ειδικές εξουσίες που διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές - ιδίως εκείνες οι οποίες θα τους επέτρεπαν να ελέγχουν τα όργανα διοίκησης της οντότητας *in house* οι οποίες υπερβαίνουν τους συνήθεις κανόνες που εφαρμόζονται στον συγκεκριμένο έλεγχο σε ανώνυμη εταιρεία.

- Η δυνητική ανεξαρτησία/ο δυνητικός προσανατολισμός της οντότητας *in house* προς την αγορά

Στις υποθέσεις *Coditel* και *Sea*, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι εάν ο ελεγχόμενος φορέας απέκτησε προσανατολισμό στην αγορά και απολαμβάνει κάποιο βαθμό ανεξαρτησίας που καθιστά χαλαρό τον έλεγχο που ασκούν οι αναθέτουσες αρχές, δεν πληρούνται πλέον το πρώτο κριτήριο *Teckal*. Από αυτή την άποψη, πρέπει να ληφθούν υπόψη, παραδείγματος χάριν, **το υλικό και γεωγραφικό πεδίο δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου φορέα και η δυνατότητά του να αποκαθιστά σχέσεις με επιχειρήσεις του**

²⁹ Coditel, σκέψη 37.

³⁰ Βλέπε υποσημείωση 22.

³¹ Carbotermo, σκέψη 38, Parking Brixen 70.

³² Carbotermo, σκέψεις 38 και 39.

³³ Βλέπε υποσημείωση 27.

ιδιωτικού τομέα.³⁴ Η έλλειψη προσανατολισμού στην αγορά εκ μέρους του ελεγχόμενου φορέα θα μπορούσε να στοιχειοθετηθεί εάν το **γεωγραφικό πεδίο** των δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου φορέα περιορίζεται στο έδαφος των αναθετουσών αρχών που έχουν την κυριότητά του και το **εύρος των δραστηριοτήτων του** (με άλλα λόγια οι σκοποί τους οποίους επιδιώκει)³⁵ περιορίζεται στην εκτέλεση της αποστολής των εν λόγω αναθετουσών αρχών. Αυτή η εξέταση οδήγησε στη διαπίστωση ότι υπήρχε εσωτερικός έλεγχος στις υποθέσεις *Coditel* και *Sea*, ενώ το αντίθετο ίσχυε στην υπόθεση *Parking Brixen*.

Ο ελεγχόμενος φορέας μπορεί να **αποκαθιστά σχέσεις με επιχειρήσεις του ιδιωτικού τομέα** υπό την προϋπόθεση ότι αυτές παραμένουν συναφείς με την κύρια δραστηριότητα του φορέα, δηλαδή τη διοικητική διαχείριση δημοσίων υπηρεσιών.³⁶ Η πλήρης απαγόρευση των σχέσεων με επιχειρήσεις του ιδιωτικού τομέα θα στερούσε κάθε χρησιμότητα από το δεύτερο κριτήριο *Teckal*.

Παράδειγμα: εάν η κύρια δραστηριότητα της οντότητας *in house* είναι η αποκομιδή απορριμμάτων για λογαριασμό των αναθετουσών αρχών καθώς και ο επιλεκτικός διαχωρισμός αυτών, ενδέχεται να χρειαστεί, ως παρεπόμενη δραστηριότητα, η πώληση ορισμένων ειδικών κατηγοριών ανακυκλώσιμων αποβλήτων σε εξειδικευμένους φορείς του ιδιωτικού τομέα για να αναλάβουν την ανακύκλωσή τους.³⁷

3.2.3. *Δεύτερο κριτήριο Teckal: το ουσιώδες μέρος των δραστηριοτήτων της οντότητας in house πρέπει να περιορίζεται στην αποστολή που του ανατίθεται από την ελέγχουσα οντότητα/τις ελέγχουσες οντότητες (οικονομική εξάρτηση)*

Για να επωφεληθεί από την εξαίρεση περί εσωτερικού φορέα, ο ελεγχόμενος φορέας πρέπει να ασκεί το **κύριο μέρος των δραστηριοτήτων του** μαζί με την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή αρχές. Το κριτήριο αυτό αποσκοπεί να διασφαλίσει ότι η νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις εξακολουθεί να ισχύει σε περίπτωση που ένας φορέας που ελέγχεται από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές δραστηριοποιείται στην αγορά και, ως εκ τούτου, ενδέχεται να βρεθεί σε κατάσταση ανταγωνισμού με άλλες επιχειρήσεις.³⁸

Στην υπόθεση *Carbotermo*, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποφάνθηκε ότι το όριο 80% του κύκλου εργασιών που προβλέπεται στην οδηγία για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας, πάνω από το οποίο οι συμβάσεις που ανατίθενται σε συνδεδεμένες επιχειρήσεις μπορεί να μην emπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας, δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως κριτήριο αναφοράς για τους σκοπούς της οδηγίας για τον δημόσιο τομέα.³⁹

³⁴ C-324/07, *Coditel*, σκέψη 36, C-573/07, *Sea*, σκέψη 73.

³⁵ *Coditel*, σκέψη 38, βλέπε σκέψεις 74-76.

³⁶ C-573/07, βλέπε, σκέψεις 79-80.

³⁷ C-573/07, βλέπε, σκέψη 78.

³⁸ *Carbotermo*, σκέψη 60.

³⁹ *Carbotermo*, σκέψη 55. (Η απόφαση αυτή αφορούσε τις «παλαιές» οδηγίες για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας (93/38). Ωστόσο, το άρθρο 23 της «νέας» οδηγίας για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας (2004/17/EK) προβλέπει, επίσης, όριο 80% του κύκλου εργασιών πέραν του οποίου οι

Ωστόσο, στην ίδια απόφαση, το Δικαστήριο διατύπωσε σημαντικές διευκρινίσεις σχετικά με τον όρο «κύριο μέρος των δραστηριοτήτων».⁴⁰ Κατά την άποψη του Δικαστηρίου, το κριτήριο αυτό πληρούται μόνον εφόσον οι δραστηριότητες της οντότητας *in house* πραγματοποιούνται **προτίστως** για την αναθέτουσα αρχή. Κάθε άλλη δραστηριότητα θα πρέπει να είναι **επουσιώδους σημασίας**.

Στο πλαίσιο αυτής της εκτίμησης, σχετικές είναι **όλες εκείνες οι δραστηριότητες τις οποίες η οντότητα *in house* πραγματοποιεί στο πλαίσιο σύμβασης που του έχει ανατεθεί από την αναθέτουσα αρχή. Αυτό το σκεπτικό έχει σημασία**, ανεξάρτητα από την ταυτότητα του δικαιούχου (αν είναι η ίδια η αναθέτουσα αρχή ή ο χρήστης των υπηρεσιών) της οντότητας που πληρώνει τον ανάδοχο (είτε πρόκειται για την ελεγκτική αρχή είτε για τρίτους χρήστες των υπηρεσιών) ή το έδαφος στο οποίο παρέχονται οι εν λόγω υπηρεσίες.

Όταν η οντότητα *in house* ελέγχεται από κοινού από διάφορες αναθέτουσες αρχές, η προϋπόθεση σχετικά με «το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων» μπορεί να πληρούται εάν ο εν λόγω εσωτερικός φορέας αναλαμβάνει αυτές τις δραστηριότητες όχι κατ' ανάγκη με μία από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, αλλά με όλες αυτές τις αρχές μαζί. Κατά συνέπεια, **οι δραστηριότητες που πρέπει να ληφθούν υπόψη στην περίπτωση μιας οντότητας *in house* ελεγχόμενου από πολλές αναθέτουσες αρχές είναι εκείνες που ασκεί με όλες μαζί τις εν λόγω αρχές.**⁴¹

3.2.4. Πρόσθετες ανοικτές ερωτήσεις σχετικά με τις διάφορες περιπτώσεις οντοτήτων *in house*

Οι ερωτήσεις που ακολουθούν δεν έχουν ακόμη ευθέως απαντηθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου, αλλά θα μπορούσαν στην πράξη να ανακύψουν ως εξής:

- Είναι δυνατόν να έχουμε ιδιωτικά κεφάλαια στην ελέγχουσα οντότητα;

Το θέμα σχετικά με το ενδεχόμενο ιδιωτικών κεφαλαίων στην ελέγχουσα οντότητα μπορεί να ανακύψει στην περίπτωση οργανισμών δημοσίου δικαίου και δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι θα εξακολουθούν να είναι σε θέση να ασκούν εσωτερικό έλεγχο σε μια άλλη οντότητα.

- Είναι δυνατή η «ανάθεση συμβάσεων από κάτω προς τα πάνω» (η ελεγχόμενη οντότητα αναθέτει σύμβαση στη μητρική εταιρεία);

Στην περίπτωση μιας «ανάθεσης σύμβασης από κάτω προς τα πάνω» φαίνεται ότι η λογική της ύπαρξης οντότητας *in house*, δηλαδή η απουσία δύο οντοτήτων με ανεξάρτητη βούληση, εξακολουθεί να έχει νόημα.

- Είναι δυνατές οι συμβάσεις μεταξύ «εσωτερικών θυγατρικών» (συμβάσεις μεταξύ δύο οντοτήτων *in house* που ελέγχονται από την ίδια μητρική εταιρεία);

συμβάσεις που ανατίθενται στις αποκαλούμενες συνδεδεμένες επιχειρήσεις μπορούν να μην εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.)

⁴⁰ Carbotermo, σκέψεις 63-68.

⁴¹ Carbotermo, σκέψεις 70-71.

Στην περίπτωση «συμβάσεων μεταξύ εσωτερικών θυγατρικών» κανένας φορέας δεν ελέγχει τον άλλο, αλλά και οι δύο ελέγχονται από την ίδια μητρική εταιρεία. Η νομολογία για τις συμβάσεις *in house* δεν φαίνεται να εξαιρεί τις κανονικές δημόσιες συμβάσεις μεταξύ των εν λόγω φορέων (των «εσωτερικών θυγατρικών») από το πεδίο εφαρμογής των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις, δεδομένου ότι κανένας από αυτούς δεν ελέγχει τον άλλο. Ωστόσο, θα μπορούσαν να τηρούν τυπικά την νομολογία περί συμβάσεων *in house*, π.χ. εάν η αναθέτουσα αρχή, η οποία διαθέτει δύο εσωτερικούς φορείς τους οποίους κατέχει και ελέγχει, παραγγείλει ορισμένα αγαθά από την μία από τις εσωτερικές της εταιρείες και κατευθύνει την παράδοσή τους στην άλλη.

3.3. Μη θεσμοθετημένη/οριζόντια συνεργασία για την εκπλήρωση από κοινού μιας δημόσιας αποστολής⁴²

3.3.1. Τα κύρια χαρακτηριστικά της οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών που δεν εμπίπτουν στους κανόνες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις

Με την απόφασή του στην υπόθεση *Hamburg*⁴³ το Δικαστήριο δέχθηκε, επίσης, τη συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων εκτός της έννοιας των κοινών ελεγχόμενων οντοτήτων *in house*. Το Δικαστήριο τόνισε ότι η ενωσιακή νομοθεσία δεν επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν κάποια συγκεκριμένη νομική μορφή προκειμένου να εκπληρώσουν από κοινού τη δημόσια αποστολή τους.⁴⁴ Για τους σκοπούς του παρόντος εγγράφου, αυτό το είδος συνεργασίας χαρακτηρίζεται ως «μη θεσμοθετημένη» ή «οριζόντια», με τη συμμετοχή διαφορετικών αναθετουσών αρχών.

Μέχρι τώρα αυτή ήταν η μόνη απόφαση του Δικαστηρίου σχετικά με τη συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων που δεν συνεπαγόταν από κοινού ελεγχόμενους εσωτερικούς φορείς. Το Δικαστήριο φαίνεται να έχει στηριχθεί σε πολλές μεμονωμένες περιπτώσεις που σχετίζονται με τη συγκεκριμένη υπόθεση για να καταλήξει στο συμπέρασμά του.

Ωστόσο, εάν εξεταστούν οι πτυχές της απόφασης που θα μπορούσαν να έχουν γενικό ενδιαφέρον, φαίνεται λογικό να συμπεράνουμε από αυτή ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν οριζόντια συνεργασία μεταξύ τους (χωρίς τη σύσταση ενός από κοινού ελεγχόμενου εσωτερικού φορέα) η οποία συνεπάγεται τη σύναψη συμφωνιών που δεν καλύπτονται από τη νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, εάν πληρούνται οι ακόλουθες τουλάχιστον προϋποθέσεις:

- η συμφωνία αφορά μόνο τις αναθέτουσες αρχές, δεν υπάρχει καμία συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου.⁴⁵

⁴² Το Δικαστήριο δεν ορίζει συγκεκριμένα αυτόν τον όρο όταν αναφέρεται σε αυτόν στην απόφασή του και, επομένως, η ερμηνεία του είναι ανοικτή ανάλογα με το εάν αναφέρεται σε καθήκοντα (i) που έχουν όντως εκτελεστεί από την αναθέτουσα αρχή, (ii) σε καθήκοντα που μπορεί νόμιμα να εκτελέσει, ή (iii) σε καθήκοντα τα οποία έχει τη νομική υποχρέωση να εκτελέσει. Κατά την άποψη των υπηρεσιών της Επιτροπής, η έννοια αυτή μπορεί να τύχει ευρείας ερμηνείας.

⁴³ Βλέπε υποσημείωση 6.

⁴⁴ Ομοίως, σκέψη 47.

⁴⁵ Στην απόφαση *Hamburg* το Δικαστήριο αναφέρθηκε σε «δημόσιες αρχές» αλλά, κατά την άποψη των υπηρεσιών της Επιτροπής, η οριζόντια συνεργασία μπορεί να είναι ανοικτή σε όλες τις κατηγορίες των αναθετουσών αρχών, ήτοι και στους οργανισμούς δημοσίου δικαίου. Από την άλλη πλευρά, λογική συνέπεια του κριτηρίου ότι τα ιδιωτικά κεφάλαια δεν πρέπει να

- ο χαρακτήρας της συμφωνίας συνίσταται σε πραγματική συνεργασία με στόχο την από κοινού εκτέλεση μιας αποστολής, σε αντίθεση με μια κανονική δημόσια σύμβαση και
- η συνεργασία τους διέπεται αποκλειστικά από λόγους σχετικούς με το δημόσιο συμφέρον.

3.3.2. Διάκριση μεταξύ γνήσιας «συνεργασίας» και συνήθους δημόσιας σύμβασης

Με βάση την απόφαση στην υπόθεση *Hamburg*, η συνεργασία αποκλείει στην **από κοινού διασφάλιση της εκτέλεσης δημόσιας αποστολής, την οποία οι συνεργαζόμενοι εταίροι οφείλουν να εκτελέσουν**. Αυτή η από κοινού εκτέλεση χαρακτηρίζεται από τη συμμετοχή και τις αμοιβαίες υποχρεώσεις των αντισυμβαλλομένων, η οποία οδηγεί σε αποτελέσματα αμοιβαίας συνέργειας. Αυτό δεν συνεπάγεται αναγκαστικά ότι καθένας από τους συνεργαζόμενους εταίρους συμμετέχει εξίσου στην πραγματική εκτέλεση της αποστολής - η συνεργασία μπορεί να βασίζεται σε καταμερισμό των καθηκόντων ή σε ορισμένη εξειδίκευση. Παρ' όλα αυτά, η σύμβαση πρέπει να επιδιώκει ένα **κοινό σκοπό**, την από κοινού εκτέλεση της ίδιας αποστολής.

Παράδειγμα: αν οι συνεργαζόμενοι εταίροι επιδιώκουν ως κοινό σκοπό την επεξεργασία αποβλήτων, μπορούν να κατανεύμουν μεταξύ τους τις σχετικές εργασίες, έτσι ώστε ο ένας να διασφαλίσει τη συλλογή και ο άλλος την αποτέφρωση των αποβλήτων.

Μια γενική ανάγνωση της νομολογίας καταδεικνύει επίσης ότι ο χαρακτήρας της συμφωνίας πρέπει να είναι η πραγματική συνεργασία, σε αντιδιαστολή προς κανονική δημόσια σύμβαση στην οποία ο ένας συμβαλλόμενος εκτελεί μια συγκεκριμένη εργασία έναντι αμοιβής.⁴⁶ Μια τέτοια μονομερής ανάθεση εργασίας από μια αναθέτουσα αρχή σε άλλη δεν μπορεί να θεωρηθεί συνεργασία.

Παράδειγμα: η παροχή ηλεκτρισμού στα διοικητικά κτίρια μιας πόλης από έναν οργανισμό κοινής ωφέλειας άλλης πόλης χωρίς προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.

Η συνεργασία διέπεται από παραμέτρους που σχετίζονται με την επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Συνεπώς, ενώ μπορεί να περιλαμβάνει αμοιβαία δικαιώματα και υποχρεώσεις, δεν μπορεί να συνεπάγεται **οικονομικές μεταβιβάσεις** μεταξύ των δημόσιων συνεργαζόμενων εταίρων, εκτός από εκείνες που αντιστοιχούν στην απόδοση των **πραγματικών** δαπανών των έργων/υπηρεσιών/προμηθειών: η έναντι αμοιβής παροχή υπηρεσιών αποτελεί χαρακτηριστικό των δημοσίων συμβάσεων που υπόκεινται στους κανόνες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

⁴⁶ συμμετέχουν σε τέτοια οριζόντια συνεργασία είναι το ότι δεν είναι διαθέσιμη για τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου στους οποίους υπάρχει συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου. Πρβλ. υπόθεση C-275/08, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2009 I-00168.

3.3.3. Πιθανοί περιορισμοί σχετικά με τις δραστηριότητες στην εμπορική αγορά

Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η συνεργασία πρέπει να διέπεται από σκεπτικό βασιζόμενο αποκλειστικά σε λόγους δημοσίου συμφέροντος. Συνεπώς, δεν μπορεί να αναγνωριστεί εξαίρεση εφόσον η συνεργασία υπαγορεύθηκε, ήτοι πρωτίστως καθορίστηκε από άλλους λόγους, κυρίως εμπορικούς.

Ως εκ τούτου, οι συνεργαζόμενοι εταίροι δεν πρέπει, κατ' αρχήν, να διεξάγουν δραστηριότητες στην αγορά ως μέρος της συνεργασίας. Με άλλα λόγια, η συμφωνία συνεργασίας δεν πρέπει να περιλαμβάνει δραστηριότητες που πρέπει να προσφέρονται στην ελεύθερη αγορά.⁴⁷

Παράδειγμα: εάν οι συνεργαζόμενοι εταίροι στην υπόθεση *Hamburg* είχαν κατασκευάσει μονάδα καύσης αποβλήτων με δυναμικό που υπερέβαινε τις ανάγκες τους, με σκοπό την πώληση της πλεονάζουσας ικανότητας στην ελεύθερη αγορά αποκομίζοντας κέρδος, η συνεργασία τους δεν θα διέπετο μόνο από σκέψεις και απαιτήσεις δημοσίου συμφέροντος.

3.4. Σύνοψη

Υπό το πρίσμα των ανωτέρω μπορεί να λεχθεί με βεβαιότητα ότι οι κανονικές δημόσιες συμβάσεις μεταξύ αναθετουσών αρχών εξακολουθούν να υπόκεινται στις υποχρεώσεις περί συμβάσεων (π.χ. αγορά ορισμένων υπηρεσιών από άλλη αναθέτουσα αρχή). Ωστόσο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να δημιουργούν δομές με σκοπό τη μεταξύ τους συνεργασία, είτε είναι θεσμοθετημένες είτε όχι.⁴⁸

Κατά την άποψη των υπηρεσιών της Επιτροπής, οι δύο μορφές κάθετης και οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων είναι δύο μέσα που διατίθενται ισότιμα στις

⁴⁷ Εάν, για πρακτικούς λόγους, ο εν λόγω ολοσχερής αποκλεισμός αντιτάσσεται στο γενικό δημόσιο συμφέρον που διέπει τη συνεργασία (π.χ. εύλογη από οικονομική άποψη χρήση των πόρων), μπορεί να γίνει δεκτή μια αυστηρώς επικουρική και περιθωριακή δραστηριότητα με φορείς που δεν συμμετέχουν στη συνεργασία (π.χ. χρήση της περιστασιακής πλεονάζουσας ικανότητας σε λογικά πλαίσια).

⁴⁸ Έχει υποστηριχθεί ότι η έναρξη ισχύος της συνθήκης της Λισαβόνας δίνει στη συγκεκριμένη νομολογία του Δικαστηρίου διαφορετική διάσταση. Είναι βέβαια αληθές ότι με τη συνθήκη της Λισαβόνας σημαντικές αλλαγές επηρεάζουν το νομικό σύστημα της ΕΕ στο σύνολό του, οι οποίες πρέπει να ληφθούν επίσης υπόψη κατά την ερμηνεία του παραγώγου δικαίου της ΕΕ. Μία από τις σημαντικές τροποποιήσεις που εισάγει η συνθήκη της Λισαβόνας είναι η αναγνώριση της τοπικής και περιφερειακής αυτοδιοίκησης (άρθρο 4 παράγραφος 2 της ΣΕΕ). Επιπλέον, το άρθρο 1 του πρωτοκόλλου (αριθ. 26) σχετικά με τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας αναγνωρίζει τον ουσιαστικό ρόλο και την ευρεία διακριτική ευχέρεια των εθνικών, περιφερειακών και τοπικών αρχών κατά την παροχή, ανάθεση και οργάνωση υπηρεσιών γενικού οικονομικού ενδιαφέροντος όσο το δυνατόν εγγύτερα στις ανάγκες των χρηστών. Οι διατάξεις αυτές επιβεβαιώνουν το δικαίωμα των αρχών να αποφασίζουν τον τρόπο εκτέλεσης των υπηρεσιών τις οποίες είναι υποχρεωμένες να παρέχουν στο κοινό. Από την άλλη πλευρά, ενώ η ύπαρξη αυτού του δικαιώματος δεν αμφισβητήθηκε ούτε κατά το παρελθόν, είναι σαφές ότι πρέπει να ασκείται σύμφωνα με άλλες διατάξεις της ενωσιακής νομοθεσίας. Συνεπώς, ορισμένες επιλογές που έγιναν από τις αναθέτουσες αρχές μπορεί να συνεπάγονται την ανάγκη συμμόρφωσης με το δίκαιο της ΕΕ περί δημοσίων συμβάσεων. Η νομοθεσία της ΕΕ δεν επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές την εξωτερική ανάθεση, αλλά επιβάλλει να διασφαλισθεί ότι, εάν οι αναθέτουσες αρχές αποφασίσουν να εμπλέξουν διακριτή οντότητα - ιδιωτική ή δημόσια - σε εμπορική βάση, αυτό πρέπει να γίνει με διαφανή τρόπο και χωρίς διακρίσεις.

αναθέτουσες αρχές προκειμένου να οργανώσουν την εκτέλεση της δημόσιας αποστολής τους εκτός του πεδίου εφαρμογής της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Το Δικαστήριο επιβεβαίωσε σαφώς ότι η νομοθεσία της ΕΕ δεν επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν κάποια ειδική νομική μορφή προκειμένου να εκτελέσουν από κοινού τη δημόσια αποστολή τους. Ενώ υπάρχουν, δύο δομικά διαφορετικά είδη συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων εκτός της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, αυτά μοιράζονται ορισμένα κοινά χαρακτηριστικά.

- Χρήση ιδίων πόρων κατά τη συνεργασία με άλλους

Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκτελέσει την οικεία αποστολή δημοσίου συμφέροντος με ίδιους πόρους, χωρίς προσφυγή σε φορείς εκτός των δικών της υπηρεσιών, και μπορεί να το πράξει σε συνεργασία με άλλες αναθέτουσες αρχές⁴⁹, είτε στο πλαίσιο θεσμοθετημένης συνεργασίας μέσω μιας από κοινού ελεγχόμενης οντότητας *in house* ή χωρίς προσφυγή σε μια τέτοια θεσμοθετημένη μορφή.

- Συμμετέχουν μόνο οι αναθέτουσες αρχές· καμία συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου

Δεύτερον, καθίσταται σαφές από τη νομολογία του Δικαστηρίου⁵⁰ ότι για να εξαιρεθεί από την εφαρμογή των κανόνων της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις κάθε συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων πρέπει να παραμείνει αμιγώς δημόσια. Η συμμετοχή ιδιωτικών κεφαλαίων σε μια από τις συνεργαζόμενες οντότητες εμποδίζει συνεπώς την εξαίρεση της συνεργασίας από τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις.⁵¹

- Απουσία προσανατολισμού στην αγορά

Εάν οι συνεργαζόμενοι φορείς είναι προσανατολισμένοι στην αγορά, βρίσκονται σε άμεσο ανταγωνισμό με τους ιδιωτικούς φορείς, οι οποίοι έχουν τους ίδιους ή παρόμοιους εμπορικούς στόχους και μέσα. Η συνεργασία η οποία εξαιρείται από τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις και έχει στόχο την εκπλήρωση δημόσιας αποστολής πρέπει να περιλαμβάνει μόνο φορείς οι οποίοι, κατά κύριο λόγο, δεν δραστηριοποιούνται στην αγορά με εμπορικό σκοπό.

Αυτό προκύπτει κυρίως από το γεγονός ότι οι εταίροι της συνεργασίας πρέπει να είναι αναθέτουσες αρχές. Το καθεστώς των δημοσίων αρχών συνεπάγεται περιορισμούς στις δραστηριότητές τους, ενώ οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου πρέπει να «έχουν συσταθεί με τον συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος και να μην έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα».

Επιπλέον, σε μια κάθετη συνεργασία, η οντότητα *in house* πρέπει να εκτελεί το ουσιώδες μέρος των δραστηριοτήτων του για τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν. Κάθε δραστηριότητα που διενεργείται στο πλαίσιο της αγοράς οφείλει να παραμένει περιστασιακή ως προς αυτές τις ουσιώδους σημασίας δραστηριότητες, διότι ενδεχόμενη στροφή προς την αγορά θα καθιστούσε επισφαλή τον από κοινού έλεγχο που απαιτείται σε μια κάθετη συνεργασία.

⁴⁹ Coditel, σκέψεις 48 και 49· Hamburg, σκέψη 45.

⁵⁰ Υπόθεση C-26/03, Stadt Halle.

⁵¹ Stadt Halle· Hamburg, σκέψεις 44 και 47.

Όσον αφορά την οριζόντια συνεργασία, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι, εάν η συνεργασία μεταξύ δημόσιων αρχών διέπεται αποκλειστικά από σκέψεις και απαιτήσεις που αφορούν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος, δεν υπονομεύει τον κύριο σκοπό των ενωσιακών κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις, δηλαδή την ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών και το άνοιγμα του ανόθευτου ανταγωνισμού σε όλα τα κράτη μέλη.⁵² Αυτό συμβαίνει όταν η συνεργασία δεν εμπεριέχει προθέσεις εμπορικής φύσεως.

- Τύπος σύνδεσης μεταξύ των εταίρων της συνεργασίας

Στην απόφαση *Hamburg*, το Δικαστήριο τόνισε ότι η ενωσιακή νομοθεσία δεν απαιτεί από τις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν κάποια συγκεκριμένη νομική μορφή προκειμένου να εκτελέσουν από κοινού τα δημόσια καθήκοντά τους. Αν δεν υπάρχει τέτοια απαίτηση, εξετάζοντας τις δύο μορφές κάθετης και οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ο τύπος της σύνδεσης μεταξύ των συνεργαζόμενων φορέων είναι διαφορετικός και πρέπει να εξεταστεί.

Σε μια θεσμοθετημένη συνεργασία, η ύπαρξη ακριβώς (από κοινού) εσωτερικού ελέγχου είναι αυτή που μπορεί να οδηγήσει στο να εξαιρεθεί ακόμη και μια συμφωνία από το πεδίο εφαρμογής του καθεστώτος για τις δημόσιες συμβάσεις που πρέπει κανονικά να την καλύπτει. Με άλλα λόγια, η εξαίρεση όσον αφορά τις συμβάσεις *in house* τον εσωτερικό φορέα αφορά άλλως καλυπτόμενη δημόσια σύμβαση προμηθειών για την εκτέλεση καθήκοντος έναντι αμοιβής.

Αντιθέτως, σε περίπτωση μη θεσμοθετημένης συνεργασίας, προκειμένου να διαφοροποιηθεί από μια κανονική δημόσια σύμβαση, είναι σημαντικό η πρώτη να χαρακτηρίζεται από συνεργασία που αφορά αμοιβαία δικαιώματα και υποχρεώσεις που υπερβαίνουν την «εκτέλεση εργασίας έναντι αμοιβής» και ο στόχος της συνεργασίας να μην είναι εμπορικής φύσεως.

⁵² Hamburg, σκέψη 47.

Περίληπτικός πίνακας

I. Δημόσια σύμβαση μεταξύ ανεξάρτητων αναθετουσών αρχών → εφαρμογή των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις

II. Δημόσια αποστολή που εκτελείται από κοινού από αναθέτουσες αρχές με χρήση ιδίων πόρων

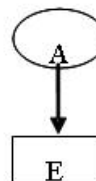
α) Εσωτερικός έλεγχος (ανάθεση σύμβασης από αναθέτουσα αρχή σε δικό της εσωτερικό φορέα)

3 κοινές προϋποθέσεις:

- απουσία ιδιωτικών κεφαλαίων στην οντότητα *in house*
- η αναθέτουσα αρχή (ή οι αρχές, από κοινού) ασκεί επί της οντότητας *in house* έλεγχο ανάλογο με εκείνο που η αναθέτουσα αρχή θα ασκούσε στις δικές της υπηρεσίες
- η οντότητα *in house* διεξάγει το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων του για την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή αρχές

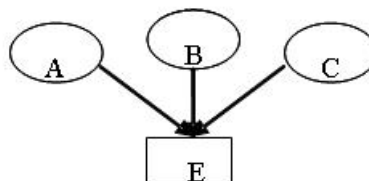
Μία ενιαία αναθέτουσα αρχή ελέγχει την οντότητα *in house*

A είναι η αναθέτουσα αρχή και E μια διακριτή νομική οντότητα η οποία εξαρτάται από την A τόσο από οργανωτική όσο και από οικονομική άποψη



Πλείονες αναθέτουσες αρχές ελέγχουν από κοινού την οντότητα *in house*

A, B και C είναι αναθέτουσες αρχές και E είναι μια διακριτή νομική οντότητα η οποία εξαρτάται και από τις τρεις αναθέτουσες αρχές τόσο από οργανωτική όσο και από οικονομική άποψη



β) Συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών χωρίς σύσταση ειδικής δομής

3 προϋποθέσεις:

- η συμφωνία περιλαμβάνει μόνο αναθέτουσες αρχές, δεν υπάρχει καμία συμμετοχή ιδιωτικών κεφαλαίων
- η συμφωνία χαρακτηρίζεται από πραγματική συνεργασία με στόχο την από κοινού εκτέλεση κοινής αποστολής, σε αντίθεση με μια συνήθη δημόσια σύμβαση, και

- η συνεργασία διέπεται μόνο από λόγους δημοσίου συμφέροντος.

4. ΔΗΜΟΣΙΑ ΑΠΟΣΤΟΛΗ ΕΚΤΕΛΟΥΜΕΝΗ ΜΕ ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΥΣ ΠΟΡΟΥΣ – ΑΛΛΕΣ ΣΧΕΣΕΙΣ ΜΕΤΑΞΥ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΦΟΡΕΩΝ

Το τμήμα αυτό αφορά περιπτώσεις στις οποίες η αποστολή δημοσίου συμφέροντος που ανατίθεται στην αναθέτουσα αρχή εν τέλει εκτελείται με πόρους εξωτερικούς ως προς την αναθέτουσα αρχή. Αυτό μπορεί να συμβεί όταν η **αρμοδιότητα** για τη συγκεκριμένη δημόσια αποστολή μεταβιβάζεται ως έχει σε άλλη δημόσια αρχή. Η **εκτέλεση** μιας συγκεκριμένης αποστολής μπορεί επίσης να αποτελέσει αντικείμενο ανάθεσης σε άλλον φορέα. Αυτό μπορεί να γίνει (i) χωρίς τη σύναψη συμβατικών σχέσεων, ή (ii) με προσφυγή σε άλλη αναθέτουσα αρχή η οποία διαθέτει αποκλειστικό δικαίωμα, ή (iii) μέσω κοινών συμβάσεων με άλλες αναθέτουσες αρχές ή μέσω κεντρικών αρχών προμηθειών.

4.1. Η ανακατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ δημοσίων αρχών

Η νομική αρμοδιότητα εκτέλεσης μιας δημόσιας αποστολής μπορεί να γίνει νοητή ως η αποκλειστική υποχρέωση και το αποκλειστικό δικαίωμα εκτέλεσης της εν λόγω αποστολής με τα οικεία διοικητικά, τεχνικά και άλλα μέσα ή με προσφυγή σε εξωτερικούς φορείς. Ο όρος αρμοδιότητα για μια συγκεκριμένη δημόσια αποστολή περιλαμβάνει την επίσημη εξουσία που είναι αναγκαία να καθορίσει το κανονιστικό πλαίσιο για την εκτέλεση της αποστολής στο επίπεδο της αρμόδιας αρχής.

Η οργάνωση της εθνικής διοίκησης δεν εμπίπτει στις αρμοδιότητες της ΕΕ. Κατά συνέπεια, εναπόκειται σε κάθε κράτος μέλος να (αναδι-) οργανώσει τη διαχείρισή της και - ως μέρος αυτής της αναδιοργάνωσης - να επιτρέψει τη μεταβίβαση αρμοδιοτήτων εκτέλεσης συγκεκριμένων δημόσιων αποστολών από μια δημόσια αρχή σε άλλη. (Εκ της φύσεώς της, η διαδικασία που περιγράφεται στο παρόν σημείο δεν περιλαμβάνει ιδιωτικούς φορείς ή φορείς μικτού κεφαλαίου.)

Στόχος των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις είναι η ρύθμιση καταστάσεων στις οποίες μια αναθέτουσα αρχή προμηθεύει αγαθά, υπηρεσίες ή έργα, δηλαδή αγοράζει το προϊόν της άσκησης ορισμένων οικονομικών δραστηριοτήτων προκειμένου να ικανοποιήσει δικές της ανάγκες ή ανάγκες των πολιτών. Μια αναθέτουσα αρχή που μεταβιβάζει όλες τις αρμοδιότητες για μια συγκεκριμένη δημόσια αποστολή δεν αγοράζει καμία υπηρεσία για δικούς της σκοπούς. Αντιθέτως, μεταβιβάζει την ευθύνη εκτέλεσης μιας συγκεκριμένης αποστολής σε άλλο φορέα.

Η μεταβίβαση αρμοδιότητας όσον αφορά μια συγκεκριμένη δημόσια αποστολή από μια αναθέτουσα αρχή σε άλλη δεν διέπεται από τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις οι οποίοι βασίζονται, εν μέρει, στο άρθρο 56 της ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 49 ΣΕΚ), δηλαδή στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.

Η μεταβίβαση αρμοδιοτήτων για μια συγκεκριμένη δημόσια αποστολή από ένα δημόσιο οργανισμό σε άλλον συνεπάγεται τη μεταβίβαση τόσο δημόσιας εξουσίας όσο και τυχόν συναφών οικονομικών δραστηριοτήτων. Για παράδειγμα, στον τομέα της διαχείρισης αποβλήτων, η μεταβίβαση όλων των αρμοδιοτήτων σημαίνει μεταβίβαση του δικαιώματος καθορισμού τιμών, θέσπισης κανόνων για τη συλλογή, διαλογή,

αποθήκευση και επεξεργασία των αποβλήτων, καθώς και το δικαίωμα διαχείρισης και, τελικά, εκτέλεσης της αποστολής σύμφωνα με αυτούς τους κανόνες. Όλα αυτά τα δικαιώματα συνιστούν δημόσια εξουσία. Μέρος των δικαιωμάτων αυτών αποτελεί το δικαίωμα καθορισμού του τρόπου με τον οποίο πρέπει να εκτελεστούν οι συγκεκριμένες οικονομικές δραστηριότητες που είναι απαραίτητο να πραγματοποιηθούν για την εκτέλεση της δημόσιας αποστολής (π.χ. η συλλογή, μεταφορά, αποθήκευση, διάθεση και ανακύκλωση αποβλήτων): είτε από τον ίδιο τον δημόσιο οργανισμό ή από τρίτον εξουσιοδοτημένο από αυτόν.

Μολονότι υφίστανται σε κράτη μέλη περιπτώσεις στις οποίες μεταβιβάζεται η αρμοδιότητα, τούτο δεν αναγνωρίζεται ρητά ούτε από τη νομοθεσία της ΕΕ, ούτε από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης .

Το Δικαστήριο αναφέρθηκε, στο πλαίσιο μιας υπόθεσης,⁵³ στη μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας, όταν ένα κράτος μέλος επικαλέστηκε μεταβίβαση αρμοδιοτήτων από δημόσιο φορέα σε τρίτο πρόσωπο. Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, **δεν** υπάρχει μεταβίβαση αρμοδιοτήτων εάν

- ο δημόσιος φορέας που είναι ο αρχικά αρμόδιος παραμένει πρωταρχικά υπεύθυνος για το έργο διότι έχει τη νομική υποχρέωση να μην υπαναχωρεί από την αποστολή του·
- ο νέος φορέας μπορεί να αναλάβει νομικής φύσεως δράσεις μόνο εφόσον ο δημόσιος φορέας που είναι ο αρχικά αρμόδιος δώσει την έγκρισή του, και
- ο νέος φορέας χρηματοδοτείται από τον δημόσιο φορέα που είναι ο αρχικά αρμόδιος για την εκτέλεση της αποστολής, με αποτέλεσμα να μην έχει περιθώρια ελιγμών.

Σε αυτή τη βάση, το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό της μεταβίβασης αρμοδιοτήτων από έναν δημόσιο φορέα σε άλλο στο πλαίσιο της αναδιοργάνωσης της δημόσιας διοίκησης είναι η πληρότητα της μεταβίβασης. Ο μεταβιβάζων την αρμοδιότητα φορέας δεν παρακρατεί κανένα μέρος της. Ο δικαιούχος της μεταβίβασης οφείλει να ασκεί την αρμοδιότητα ανεξάρτητα και με δική του ευθύνη.

Ειδικότερα, ο μεταβιβάζων φορέας δεν διατηρεί το δικαίωμα να καθορίζει την απόδοση των οικονομικών δραστηριοτήτων που αναλαμβάνονται στο πλαίσιο της αντίστοιχης δημόσιας αποστολής. Τα εν λόγω οικονομικά καθήκοντα εκτελούνται υπό τη διευθυντική αρμοδιότητα του δικαιούχου της μεταβίβασης.

Ωστόσο, αυτό δεν αποκλείει ο μεταβιβάζων φορέας να έχει κάποια επιρροή στη συγκεκριμένη οργάνωση της εκτέλεσης της εν λόγω δημόσιας αποστολής. Στην πραγματικότητα, οι υπάλληλοι του μεταβιβάζοντος δημόσιου φορέα μπορούν να είναι μέλη των εκτελεστικών ή διαχειριστικών οργάνων της αρχής στην οποία μεταβιβάστηκε η αρμοδιότητα εκτέλεσης της εν λόγω δημόσιας αποστολής. Η μεταβιβάζουσα αρχή μπορεί επίσης να διατηρεί το δικαίωμα να λαμβάνει κάποιες πληροφορίες.

⁵³ Υπόθεση C-264/03, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2005 I-08831, σκέψη 54. Βλέπε επίσης τη γνώμη της Γενικής Εισαγγελέως Maduro της 24^{ης} Νοεμβρίου 2004, σκέψεις 39-41.

Στη βάση αυτή, μπορούμε να συμπεράνουμε ότι εάν, για παράδειγμα, διάφορες δημόσιες αρχές αποφάσισαν να συστήσουν έναν νέο φορέα στον οποίο θα μεταβιβάσουν πλήρως μια συγκεκριμένη αρμοδιότητα ή εάν μια δημόσια αρχή αποφάσισε να μεταβιβάσει τις αρμοδιότητές της σε έναν ήδη υπάρχοντα φορέα, και στη συνέχεια η δημόσια αποστολή εκτελέστηκε από τον υπέρ ου η μεταβίβαση με πλήρη ανεξαρτησία και με δική του ευθύνη και οι μεταβιβάζουσες δημόσιες αρχές δεν διατήρησαν κανένα έλεγχο επί της υπηρεσίας, τότε δεν εφαρμόζεται η νομοθεσία της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

4.2. Η μη συμβατική ανάθεση αποστολής

Οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις προϋποθέτουν την ύπαρξη σύμβασης, η οποία απαιτεί τουλάχιστον δύο, νομικώς διακριτές οντότητες οι οποίες είναι ανεξάρτητες μεταξύ τους όσον αφορά τη διαδικασία λήψης αποφάσεων.⁵⁴ Η σύμβαση είναι ουσιαστικά μια σύμπτωση βουλήσεων και συνεπάγεται ότι τα συμβαλλόμενα σε αυτή μέρη μπορούν να αποφασίζουν εάν επιθυμούν να δρομολογήσουν ή να καταγγείλουν τη συμβατική σχέση⁵⁵. Άλλες ενδείξεις για την ύπαρξη σύμβασης είναι οι δυνατότητες των μερών να διαπραγματευτούν το πραγματικό περιεχόμενο των υπηρεσιών που θα παρασχεθούν και τις τιμές των εν λόγω υπηρεσιών⁵⁶. Μια σύμβαση συνεπάγεται σχέση αμοφοτεροβαρή. Εάν δεν υπάρχει σύμβαση, δεν εφαρμόζονται οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Η νομολογία του Δικαστηρίου διαπιστώνει ότι εάν ένας φορέας εκτελεί μια δραστηριότητα λόγω των υποχρεώσεων που υπέχει δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας και όχι βάσει σύμβασης, δεν καλύπτεται από τις οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

Ειδικότερα, στην υπόθεση *Tragsa*⁵⁷, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι, με βάση τη σχετική εθνική νομοθεσία, η *Tragsa*, μια δημόσια επιχείρηση, δεν είχε άλλη επιλογή σχετικά με την αποδοχή μιας ανάθεσης ή την τιμολόγηση των υπηρεσιών της, αλλά ήταν υποχρεωμένη από το νόμο να εκτελέσει τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, στο μέτρο που αποτελούσε όργανο και τεχνική υπηρεσία της εν λόγω αρχής. Το Δικαστήριο έκρινε ότι οι σχέσεις της *Tragsa* με τις αναθέτουσες αρχές που χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες της δεν ήταν συμβατικής φύσεως, αλλά, από όλες τις απόψεις, σχέσεις εσωτερικής φύσεως, καθώς και ιεραρχικής και γενικότερης εξάρτησης.⁵⁸ Κατά συνέπεια, οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις δεν εφαρμόζονταν σε αυτή τη σχέση.

Ωστόσο, πρέπει να σημειωθεί ότι η εν προκειμένω εφαρμογή της συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν εξαρτάται από την ύπαρξη σύμβασης. Η συνθήκη ισχύει κάθε φορά που μια αναθέτουσα αρχή «αναθέτει σε τρίτον την παροχή υπηρεσιών οικονομικού χαρακτήρα»⁵⁹. Αντιθέτως, το Δικαστήριο αναγνωρίζει επίσης την εξαίρεση του εσωτερικού φορέα στο πλαίσιο της συνθήκης.

⁵⁴ Teckal, σκέψη 51.

⁵⁵ Υπόθεση C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) κατά Transformación Agraria SA (Tragsa) και Administración del Estado*, Συλλογή 2007 I-02999, σκέψη 54 και υπόθεση C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia κατά Administración General del Estado*, Συλλογή 2007 I-12175, σκέψη 55.

⁵⁶ Βλέπε ως άνω.

⁵⁷ Υπόθεση C-295/05, *Tragsa*.

⁵⁸ Υπόθεση C-295/05, *Tragsa*, σκέψη 51.

⁵⁹ *Parking Brixen*, σκέψη 61.

4.3. Η σχέση μεταξύ των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις και ορισμένων αποκλειστικών δικαιωμάτων

Εάν μια αναθέτουσα αρχή διαθέτει αποκλειστικό δικαίωμα κατά την έννοια του άρθρου 18 της οδηγίας 2004/18/EK, άλλες αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέσουν αντίστοιχες συμβατικές υπηρεσίες μόνο στον εν λόγω φορέα. Ο κύριος λόγος για τη θέσπιση αυτής της διάταξης ήταν η αποφυγή διαγωνιστικών διαδικασιών ανάθεσης σε περιπτώσεις στις οποίες - λόγω της ύπαρξης αποκλειστικού δικαιώματος - τελικά η εν λόγω σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε έναν φορέα.

Στη γενική συζήτηση, ο όρος «αποκλειστικά δικαιώματα» μπορεί να αναφέρεται σε καταστάσεις πολύ διαφορετικές, οι οποίες εκτείνονται από το να υπάγεται ένας ολόκληρος οικονομικός τομέας στην αποκλειστική αρμοδιότητα δημόσιων αρχών μέχρι την αποκλειστική ανάθεση μιας συγκεκριμένης αποστολής σε μια συγκεκριμένη επιχείρηση. Ωστόσο, κάθε αποκλειστικό δικαίωμα δεν δικαιολογεί την εξαίρεση από την ανάθεση σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας. Το άρθρο 18 ορίζει ότι το σχετικό αποκλειστικό δικαίωμα πρέπει να χορηγείται με νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις, οι οποίες δημοσιεύονται και συνάδουν με τη συνθήκη. **Επιπροσθέτως, το άρθρο 18 αφορά μόνο τα δικαιώματα που χορηγούνται σε συγκεκριμένους φορείς του δημόσιου τομέα για την παροχή ορισμένων υπηρεσιών, σε αποκλειστική βάση, στον δημόσιο τομέα.** Ο περιορισμός αυτής της εξαίρεσης σε συμβάσεις που ανατίθενται σε φορείς που είναι οι ίδιοι αναθέτουσες αρχές διασφαλίζει ανταγωνιστικές δημόσιες συμβάσεις στις κατάντη αγορές, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή που έχει το αποκλειστικό δικαίωμα οφείλει να τηρεί τις οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις για τις δικές της αγορές.

- Συμβατότητα με τη συνθήκη

Οι δημοσιευμένες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις πρέπει να είναι σύμφωνες με τους σχετικούς κανόνες της συνθήκης, ιδίως με τα άρθρα 49 (πρώην άρθρο 43 ΣΕΚ) και 56 (πρώην άρθρο 49 ΣΕΚ) της ΣΛΕΕ, όπως και με τους κανόνες και αρχές που απορρέουν από αυτά τα άρθρα. Οι εν λόγω κανόνες και αρχές περιλαμβάνουν την αποφυγή διακρίσεων, τη διαφάνεια, την αναλογικότητα, την αμοιβαία αναγνώριση και την προστασία των δικαιωμάτων των ιδιωτών.

Το αποκλειστικό δικαίωμα, το οποίο εξ ορισμού περιορίζει την ελευθερία άλλων φορέων να παρέχουν υπηρεσίες, δικαιολογείται μόνο υπό ορισμένες προϋποθέσεις.⁶⁰

Συνεπώς, το αποκλειστικό δικαίωμα πρέπει να δικαιολογείται είτε βάσει παρέκκλισης που προβλέπεται ρητά από τη συνθήκη (άσκηση δημόσιας εξουσίας (άρθρο 51 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 45 ΣΕΚ)), από λόγους δημόσιας πολιτικής, δημόσιας ασφάλειας ή δημόσιας υγείας (άρθρο 52 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 46 ΣΕΚ)) ή, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, οι οποίοι πρέπει να είναι κατάλληλοι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, δεν προχωρούν πέραν

⁶⁰ Υπόθεση 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair κατά Minister van Justitie*, [2010] δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί, σκέψεις 23-25· υπόθεση C-124/97, *Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd και Oy Transatlantic Software Ltd κατά Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) και Suomen valtio (Φινλανδικού Δημοσίου)*, Συλλογή 1999 I-06067, σκέψεις 29-31· υπόθεση C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional και Bwin International Ltd κατά Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Συλλογή 2009 I-07633, σκέψεις 52-55.

των όσων είναι αναγκαία για την επίτευξή του και πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να εφαρμόζονται χωρίς διακρίσεις^{61, 62}.

- Η απαίτηση απουσίας διακρίσεων προϋποθέτει τη χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος σε ανταγωνιστική βάση;

Όπως αναφέρθηκε, το άρθρο 18 αφορά τα δικαιώματα που χορηγούνται σε συγκεκριμένους φορείς του δημόσιου τομέα για την παροχή, σε αποκλειστική βάση, κάποιων υπηρεσιών στον δημόσιο τομέα. Εάν ο περιορισμός της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών δικαιολογείται από επιτακτική λόγογενικού συμφέροντος, μία από τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται είναι το εν λόγω μέτρο να μην εισάγει διακρίσεις. Αυτό σημαίνει ότι γενικά κανένας ιδιωτικός φορέας δεν πρέπει να τίθεται σε πλεονεκτικότερη θέση έναντι των ανταγωνιστών του. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση που επρόκειτο να ανατεθεί αποκλειστικό δικαίωμα σε αναθέτουσα αρχή με συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου (πράγμα που μπορεί να συμβεί στην περίπτωση ενός οργανισμού δημοσίου δικαίου), είναι δύσκολο να διαπιστωθεί η συμμόρφωση με αυτή την αρχή χωρίς μια διαφανή διαδικασία που να διασφαλίζει ίση μεταχείριση⁶³. Από την άλλη πλευρά, λόγω της ιστορίας και του σκοπού του άρθρου 18, καθώς και της πρόσφατης νομολογίας για παρόμοιες περιπτώσεις, αυτό ενδέχεται να μην είναι αναγκαίο εάν ο δικαιούχος του αποκλειστικού δικαιώματος είναι κρατικός φορέας, όπως μια αναθέτουσα αρχή χωρίς ιδιωτικά κεφάλαια.⁶⁴

4.4. Σχέσεις μεταξύ αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο κοινών ή κεντρικών προμηθευτικών συμφωνιών

Η από κοινού προμήθεια μπορεί να λαμβάνει πολλές διαφορετικές μορφές, οι οποίες εκτείνονται από τη διοργάνωση ειδικής κοινής πρόσκλησης υποβολής προσφορών έως τη συστηματική προσφυγή στην εξειδίκευση (π.χ. μία αναθέτουσα αρχή είναι υπεύθυνη για ορισμένους τύπους προμηθειών που πρέπει να χρησιμοποιούνται από όλους τους ενδιαφερόμενους φορείς, μια άλλη εκτελεί διαφορετικό τύπο προμηθειών, κ.λπ.) μέχρι την ίδρυση συγκεκριμένης διάρθρωσης (οργάνου) για την από κοινού διενέργεια προμηθειών. Οι σχέσεις μεταξύ των διαφόρων συμμετεχόντων είναι δυνατόν ή όχι να υπόκεινται στους κανόνες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, ανάλογα με την επιλεγείσα μέθοδο.

⁶¹ Υπόθεση C-243/01, Gambelli, Συλλογή 2003 I-13031, σκέψη 65· υπόθεση C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda και λοιποί κατά Commissariaat voor de Media, Συλλογή 1991 I-04007

⁶² Επιπλέον, οι αποφάσεις χορήγησης αποκλειστικών δικαιωμάτων σε επιχειρήσεις μπορεί να συνιστούν παραβίαση της συνθήκης, όταν οι απαιτήσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας που πρέπει να πληροί ο πάροχος υπηρεσιών δεν προσδιορίζονται επαρκώς (υπόθεση C-66/86, Silver Line Reisebüro, Συλλογή 1989 I-803), όταν ο πάροχος της υπηρεσίας δεν είναι προφανώς σε θέση να ανταποκριθεί στη ζήτηση (υπόθεση C-41/90, Höfner, Συλλογή 1991 I-1979) ή όταν υπάρχει εναλλακτικός τρόπος εκπλήρωσης των απαιτήσεων που θα είχε λιγότερο αρνητικές συνέπειες στον ανταγωνισμό (υπόθεση T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Συλλογή 1999 II-2329). Επίσης, η προϋπόθεση σύμφωνα με την οποία η χορήγηση του αποκλειστικού δικαιώματος είναι συμβατή με τη συνθήκη δεν πληρούται εάν το μέτρο με το οποίο χορηγείται είναι ασύμβατο με το παράγωγο δίκαιο της ΕΕ (C-220/06, Corgeos, σκέψεις 64-66.)

⁶³ Βλέπε, κατ' αναλογία υπόθεση Case C-203/08, Sporting Exchange Ltd., σκέψεις 47 και 50.

⁶⁴ Ομοίως, σκέψεις 59-60.

Στην περίπτωση της απλής διοικητικής συνεργασίας για την κατάρτιση κοινών προδιαγραφών που δεν απαιτεί συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας μεταξύ των μερών, δηλαδή όταν οι δημόσιες αρχές περιορίζονται στη διοργάνωση μιας κοινής πρόσκλησης υποβολής προσφορών, οι αρχές εφαρμόζουν τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις μαζί, αλλά η συνεργασία τους δεν υπόκειται στους εν λόγω κανόνες. Το άρθρο 1 παράγραφος 9 της οδηγίας 2004/18/EK ορίζει τις αναθέτουσες αρχές, μεταξύ άλλων, ως συμπράξεις απαρτιζόμενες από μία ή περισσότερες από αυτές τις αρχές, ήτοι από μία ή περισσότερες περιφερειακές ή τοπικές αρχές ή οργανισμούς δημοσίου δικαίου. Αυτή η διάταξη μπορεί να έχει ενδιαφέρον στο πλαίσιο της συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων.

Επιπροσθέτως, στα κράτη μέλη έχουν αναπτυχθεί ορισμένες συγκεντρωτικές τεχνικές προμηθειών. Οι κεντρικοί φορείς προμηθειών είναι αναθέτουσες αρχές αρμόδιες για την πραγματοποίηση αγορών ή την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων/συμφωνιών πλαισίου που προορίζονται για άλλες αναθέτουσες αρχές. Το άρθρο 11 της οδηγίας 2004/18/EK προβλέπει ρητά ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκτούν έργα, προμήθειες ή/και υπηρεσίες από ή μέσω κεντρικών αρχών προμηθειών. Οι κεντρικές αρχές προμηθειών μπορούν να ενεργούν είτε ως επιχείρηση χονδρικής (που πραγματοποιεί αγорές έτσι ώστε άλλες αρχές να μπορούν να αγοράζουν **από** αυτήν), ή μπορούν να ενεργούν ως μεσολαβητικός φορέας που ασχολείται με τις διαδικασίες ανάθεσης και τη διεκπεραίωση των συμβάσεων, έτσι ώστε άλλες αρχές να μπορούν να αγοράζουν **μέσω** αυτού. Σε αμφότερες τις περιπτώσεις δεν χρειάζεται να οργανωθεί διαδικασία ανάθεσης όσον αφορά τη σχέση μεταξύ της κεντρικής αρχής προμηθειών και των αρχών που προσφεύγουν σε αυτήν, υπό την προϋπόθεση ότι η κεντρική αρχή προμηθειών έχει η ίδια προβεί σε ανάθεση των συμβάσεών της σύμφωνα με τις σχετικές οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι

Κατάλογος υποθέσεων

Υπόθεση C-480/06, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, *Συλλογή* 2009 I-04747

Υπόθεση C-107/98, Teckal Srl κατά Comune di Viano και Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, *Συλλογή* 1999 I-08121

Υπόθεση C-84/03, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου της Ισπανίας, *Συλλογή* 2005 I-00139

Υπόθεση C-26/03, Stadt Halle και RPL Recyclingpark Lochau GmbH κατά Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, *Συλλογή* 2005 I-00001

Υπόθεση C-324/07, Coditel Brabant SA κατά Commune d'Uccle και Région de Bruxelles-Capitale, *Συλλογή* 2008 I-08457

Υπόθεση C-573/07, Sea Srl κατά Comune di Ponte Nossa, *Συλλογή* 2009 I-08127

Υπόθεση C-29/04, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας *Συλλογή* 2005 I-09705

Υπόθεση C-340/04, Carbotermo SpA και Consorzio Alisei κατά Comune di Busto Arsizio και AGESP SpA., *Συλλογή* 2006 I-04137

Υπόθεση C-458/03, Parking Brixen GmbH κατά Gemeinde Brixen και Stadtwerke Brixen AG., *Συλλογή* 2005 I-08585

Υπόθεση C-371/05, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, *Συλλογή* 2008 I-00110

C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) κατά Comune di Cingia de' Botti, *Συλλογή* 2005 I-07287

Υπόθεση C-275/08, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, *Συλλογή* 2009 I-00168

Υπόθεση C-264/03, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, *Συλλογή* 2005 I-08831

Υπόθεση C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) κατά Transformación Agraria SA (Tragsa) και Administración del Estado, *Συλλογή* 2007 I-02999

Υπόθεση C-203/08, The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair κατά Minister van Justitie, 2010, δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί.

Υπόθεση C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd και Oy Transatlantic Software Ltd κατά Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) και Suomen valtio (Φινλανδικού Δημοσίου), *Συλλογή* 1999 I-06067

Υπόθεση C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional και Bwin International Ltd κατά Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, *Συλλογή* 2009 I-07633

Υπόθεση C-243/01, Gambelli, *Συλλογή* 2003 I-13031

Υπόθεση C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda και λοιποί κατά Commissariaat voor de Media, *Συλλογή* 1991 I-04007

Υπόθεση C-66/86, Silver Line Reisebüro, *Συλλογή* 1989 I-803

Υπόθεση C-41/90, Höfner, *Συλλογή* 1991 I-1979

Υπόθεση T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, *Συλλογή* 1999 II-2329

Υπόθεση C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia κατά Administración General del Estado, *Συλλογή* 2007 I-12175