

# 1. Δημόσιες συμβάσεις και κρατικές ενισχύσεις

## ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ



Εισαγωγή.....	1-4
I. Γενικό Μέρος.....	5-16
Α. Το νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων.....	5-7
Β. Η έννοια και τα χαρακτηριστικά της κρατικής ενίσχυσης.....	8-9
Γ. Οι αρχές διεξαγωγής των διαγωνιστικών διαδικασιών.....	10-16
II. Σχέση Δημόσιας Σύμβασης και Κρατικής Ενίσχυσης.....	17-40
Α. Η περίπτωση των ΥΓΟΣ.....	18-22
Η υπόθεση Altmark.....	23-29
Β. Νόμιμο Μονοπώλιο.....	30-32
Γ. Δημόσιες Συμβάσεις ερευνητικών υπηρεσιών και υπηρεσιών ανάπτυξης.....	33-38
Δ. Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές.....	39-40
III. Επιλογή και ένταξη του κριτηρίου ανάθεσης της Δημόσιας Σύμβασης και Κρατική Ενίσχυση.....	41-56
Α. Κριτήριο ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.....	41-44
Β. Ένταξη κριτηρίου για την κοινωνική συνοχή και την προστασία του περιβάλλοντος.....	45-51
Γ. Πράσινες Δημόσιες Συμβάσεις.....	52-56
Συμπεράσματα.....	57

## Εισαγωγή

Ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων καταλαμβάνει ένα σημαντικό τμήμα της οικονομίας των Κρατών Μελών (ΚΜ). Αποτελεί μια πραγματική «ατμομηχανή» για την ανάπτυξή τους. Η εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων συμμετέχει πάνω από το 14% του προϋπολογισμού των ΚΜ και για το λόγο αυτό, η Ένωση φροντίζει κάθε φορά να θεσπίζει και να τηρεί ένα εκσυγχρονισμένο νομοθετικό πλαίσιο που να ανταποκρίνεται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αποφυγής διακριτικής μεταχείρισης μεταξύ των δυνητικών συμμετεχόντων στη συγκεκριμένη αγορά. Η διεύρυνση της βάσης των δυνητικών προμηθευτών, παρόχων υπηρεσιών και αναδόχων των δημοσίων έργων συνιστά πρωταρχικό μέλημα της Ένωσης, ούτως ώστε να επιτυγχάνεται ο πο-

θούμενος ανταγωνισμός που άλλωστε συνιστά και έναν από τους βασικούς πυλώνες της ενωσιακής νομοθεσίας εν γένει.

- 2 Η θέση των δημοσίων συμβάσεων ως «εργαλείου» ανάπτυξης καθιστά ιδιαίτερη αναγκαιότητα την μέριμνα της Ένωσης στη μη παραβίαση του ελεύθερου ανταγωνισμού, αφού αυτό θα είχε ως συνέπεια την στρέβλωση και δυσλειτουργία ενός σημαντικού τμήματος της οικονομίας. Ωστόσο, ο ανταγωνισμός δεν παραβιάζεται μόνο από τις ενέργειες, πράξεις ή παραλείψεις των ιδιωτών που συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες, αλλά και από πράξεις ή παραλείψεις των αναθετουσών αρχών που ανήκουν στον στενό ή ευρύτερο δημόσιο τομέα. Έκφραση της νόθευσης του ανταγωνισμού ή της απόπειρας νόθευσης συνιστά και η χορήγηση από τα ΚΜ, υπ' οιαδήποτε μορφή, ενίσχυσης που θα συνιστούσε ευνοϊκή μεταχείριση ορισμένων επιχειρήσεων ή κλάδων κατά το μέτρο που θα επηρέαζε τις συναλλαγές στην εσωτερική αγορά.
- 3 Η ανάθεση δημόσιων συμβάσεων από τις αρχές των ΚΜ ή εκ μέρους αυτών πρέπει να είναι σύμφωνη με τις αρχές της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ιδίως, με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης και η αρχή της αναλογικότητας. Εντούτοις, για δημόσιες συμβάσεις που υπερβαίνουν ορισμένη αξία, κρίθηκε σκόπιμο να θεσπιστούν ειδικές διατάξεις για τον συντονισμό των σχετικών εθνικών διαδικασιών, ούτως ώστε να διασφαλίζεται ότι οι εν λόγω αρχές εφαρμόζονται στην πράξη και ότι οι διαδικασίες που κατατείνουν στην σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό<sup>1</sup>. Η προσέγγιση του θέματος δεν είναι εύκολη υπόθεση και για το λόγο αυτό απαιτεί μια διεξοδική επιστημονική διαπραγμάτευση.
- 4 Το παρόν πόνημα σκοπό έχει να αναδείξει τη σχέση μεταξύ των δημοσίων συμβάσεων και της λεγόμενης κρατικής ενίσχυσης υπό το ισχύον ενωσιακό δίκαιο, με άλλα λόγια σε ποιο βαθμό η κρατική ενίσχυση είναι συμβατή με την ΣΛΕΕ κατά την συνολική διαδικασία που κατατείνει στην σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης, ή μπορεί να παραβιάσει τον υγιή ανταγωνισμό, με άλλα λόγια τότε η δημόσια σύμβαση μπορεί να χαρακτηριστεί ως «μέσο» για την χορήγηση κρατικής ενίσχυσης.

1. Βλ. προοίμιο των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.

## I. Γενικό Μέρος

### A. Το νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων

Οι δημόσιες συμβάσεις<sup>2</sup> διακρίνονται, κατά κύριο λόγο, σε αυτές που βρίσκονται στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και σε αυτές που δεν εμπίπτουν στο παραπάνω πεδίο<sup>3</sup>. Κριτήριο της εφαρμογής του πρώτου είναι το οικονομικό αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης, ενώ το ίδιο πλαίσιο καθορίζει, κατά περίπτωση, τις δημόσιες συμβάσεις που δεν ρυθμίζονται από αυτό. Σε κάθε περίπτωση, κύριο στοιχείο που εν γένει διέπει μια δημόσια σύμβαση είναι η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος.

Η προδικασία και η διαδικασία που κατατείνει στην σύναψη της δημόσιας σύμβασης για την απόκτηση αγαθών (προμήθεια), παροχή υπηρεσιών και εκτέλεση δημοσίου έργου, οι κανόνες διεξαγωγής, οι τρόποι διεξαγωγής, τα κριτήρια ανάθεσης και η ανάδειξη του αναδόχου μιας δημόσιας σύμβασης διέπονται σήμερα από τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ<sup>4</sup>. Το συνολικό νομοθετικό πλαίσιο συμπληρώνεται με τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ που αφορά στις δημόσιες συμβάσεις παραχώρησης<sup>5</sup>. Το ισχύον ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων ενσωματώνει και το αντίστοιχο δικονομικό δίκαιο που προηγουμένως διεπόταν από χωριστές ρυθμίσεις<sup>6</sup>.

2. Ως δημόσιες συμβάσεις νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών, για την εξυπηρέτηση ενός δημοσίου σκοπού ή δημοσίου συμφέροντος. Πρόκειται για συνδρομή τόσο του οργανικού όσο και του λειτουργικού κριτηρίου, όπως έχει γίνει δεκτό από την εθνική, καθώς και από την εθνική και ενωσιακή νομολογία.
3. Βλ. τις διατάξεις των άρθρων 1 και 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.
4. Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.
5. Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης.
6. Συγκεκριμένα, από την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (δικονομική οδηγία), της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όσον αφορά στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

- 7 Η παραπάνω ενωσιακή νομοθεσία μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη το 2016 με τις διατάξεις των Νόμων 4412/2016 και 4413/2016<sup>7</sup>. Η εθνική νομοθεσία εκτός της προσαρμογής της στην ενωσιακή, κωδικοποίησε σχεδόν όλη τη διάσπαρτη κανονιστική νομοθεσία των προηγούμενων παρεμβάσεων και δημιούργησε ένα υπερμέγεθες νομοθέτημα που φιλοδοξεί να καλύψει τις ανάγκες των αναθετουσών αρχών ή φορέων που ανακλύπτουν τόσο κατά το προσυμβατικό και συμβατικό στάδιο, όσο και από την εφαρμογή του εθνικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων<sup>8</sup>.

### **B. Η έννοια και τα χαρακτηριστικά της κρατικής ενίσχυσης**

- 8 Η έννοια και το περιεχόμενο της κρατικής ενίσχυσης περιέχονται στις διατάξεις του της παραγράφου 1 του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Κατά την έννοια αυτή, κρατικές ενισχύσεις ορίζονται οι ενισχύσεις που χορηγούνται υπό οποιαδήποτε μορφή από τα κράτη ή με κρατικούς πόρους και που νοθεύουν ή απειλούν να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό διά της ευνοϊκής μεταχείρισεως ορισμένων επιχειρήσεων ή ορισμένων κλάδων παραγωγής [...], κατά το μέτρο που επηρεάζουν τις μεταξύ κρατών συναλλαγές. Από την παραπάνω διατύπωση προκύπτει ότι το εννοιολογικό περιεχόμενο της κρατικής ενίσχυσης είναι η ύπαρξη επιχείρησης, η δυνατότητα καταλογισμού του μέτρου στο Δημόσιο, η χρηματοδότησή του μέσω κρατικών πόρων, η χορήγηση πλεονεκτήματος, η επιλεκτικότητα του μέτρου<sup>9</sup> και οι επιπτώσεις της ενίσχυσης στον ανταγωνισμό και στις συναλλαγές μεταξύ των κρατών μελών.
- 9 Το σύστημα των δημοσίων συμβάσεων και το σύστημα των κρατικών ενισχύσεων συνιστούν δυο αυτοτελή και αυτόνομα δικαϊκά συστήματα που ενίοτε καθένα από αυτά, για την εξυπηρέτηση του σκοπού του, συναντάται με το άλλο,

7. Πρόκειται για τους Νόμους 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (Προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24 και 2014/25)» και 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148/08.08.2016) «Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης - Εναρμόνιση με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1/28.3.2014) και άλλες διατάξεις».

8. Κριτική για την δομή της ισχύουσας νέας εθνικής νομοθεσίας των δημοσίων συμβάσεων, βλ. Χριστιανό Β./ Πανάγο Θ., Κατ' άρθρον Ερμηνεία των Δημοσίων Συμβάσεων, 2018, Εισαγωγή.

9. Πρέπει να σημειωθεί ότι το πλεονέκτημα πρέπει να είναι επιλεκτικό για να συνιστά κρατική ενίσχυση. Ένα πλεονέκτημα είναι επιλεκτικό όταν έχει ως συνέπεια η επιλογή να ευνοεί συγκεκριμένη επιχείρηση. Ακόμα και ένα γενικό μέτρο μπορεί να είναι επιλεκτικό όταν χορηγείται σε περιορισμένο γεωγραφικό χώρο ή σε ορισμένους τομείς της οικονομίας, χωρίς αιτιολόγηση αναφορικά με τη λήψη του μέτρου. Βλ. ΔΕΕ υποθ. C-173/73, αποφ. της 2.7.1974, Ιταλία κατά Επιτροπής και C-251/97, αποφ. της 5.10.1999, Γαλλία κατά Επιτροπής.

οπότε πρόκειται για συμπληρωματική λειτουργία των δυο νομικών συστημάτων. Αποτελεί καθήκον της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, να λαμβάνει την προσήκουσα μέριμνα, ώστε όταν τα δυο αυτά συστήματα συναντώνται, να αποφεύγεται η σύγκρουσή τους, αποτέλεσμα της οποίας θα ήταν η στρέβλωση του ελεύθερου ανταγωνισμού<sup>10</sup>. Εννοείται ότι τα παραπάνω ισχύουν σε οικονομικούς τομείς υπό καθεστώς ιδιωτικής οικονομίας, οι αγορές είναι απελευθερωμένες και λειτουργούν υπό καθεστώς ανταγωνισμού.

### Γ. Οι αρχές διεξαγωγής των διαγωνιστικών διαδικασιών

Μια διαδικασία που κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης είναι συμβατή με το οικείο νομοθετικό πλαίσιο, αν διενεργείται με βάση ορισμένες αρχές που καθιστούν τη διαδικασία αυτή ανταγωνιστική, προκειμένου να μπορούν να συμμετέχουν όλοι οι ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι που πληρούν τα κριτήρια επιλογής<sup>11</sup>.

Πρώτη βασική αρχή που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων είναι η αρχή της διαφάνειας. Μια διαγωνιστική διαδικασία είναι διαφανής όταν, κατ' αρχάς, διασφαλίζεται η ισότιμη και δέουσα ενημέρωση όλων των ενδιαφερομένων σε κάθε στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού. Στην ενημέρωση αυτή, περιλαμβάνεται και η δυνατότητα πρόσβασης σε πληροφορίες για το αντικείμενο της προκήρυξης, ο επαρκής χρόνος ενημέρωσης για τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, ενώ η σαφήνεια των κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης αποτελούν εξίσου κρίσιμα στοιχεία για μια διαφανή διαδικασία επιλογής. Αμφισβησίες της προκήρυξης ή υπέρμετρες απαιτήσεις ή απαιτήσεις που δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, μπορεί να καθιστούν αυτόν άκυρο<sup>12</sup>. Ομοίως, η αρχή της διαφάνειας επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να καθορίζει με σαφήνεια το είδος και την ποσότητα της προμήθειας/υπηρεσίας, καθώς και τον τρόπο υπολογισμού και τεκμηρίωσης της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. Η έλλειψη των εν λόγω στοιχείων καθιστά την οικεία διαγωνιστική διαδικασία αλλά και τις σχετικές δαπάνες μη νόμιμες.

10. Για την μέριμνα του ενωσιακού δικαίου προς διασφάλιση του πραγματικού ανταγωνισμού κατά την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, βλ. ιδίως σκ. 59 και 78 του προοιμίου και άρθρα 65 και 80 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και σκ. 70 και 71 του προοιμίου και άρθρο 97 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

11. Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την έννοια της κρατικής ενίσχυσης όπως αναφέρεται στο άρθρο 107 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ (2016/С 262/01), σελ. 21-22. Επίσης, Ανακοίνωση της Επιτροπής Κατευθυντήριες γραμμές για τις κρατικές ενισχύσεις στους τομείς του περιβάλλοντος και της ενέργειας (2014/С 200/01).

12. Βλ. νομολογία ΑΕΠΠ 465/2019, 880/2019, Κλιμάκιο Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών (ΚΠΕΔ) Ε.Σ. (Τμήμα IV) 85/2018, 91/2018, 145/2018.

- 12 Ακολούθως, ο διαγωνισμός πρέπει να τηρεί επαρκώς τις διατυπώσεις δημοσιότητας, ούτως ώστε να μπορούν να λάβουν γνώση αυτού όλοι οι πιθανοί υποψήφιοι. Ο βαθμός της δημοσιότητας που απαιτείται σε μια συγκεκριμένη περίπτωση εξαρτάται από τα χαρακτηριστικά του αντικείμενου του διαγωνισμού. Αν, για παράδειγμα, ο διαγωνισμός έχει περιορισμένο τοπικό ενδιαφέρον και μικρό οικονομικό αντικείμενο η ανάρτηση της προκήρυξης στην ιστοσελίδα του φορέα ή η δημοσίευση στον τοπικό ηλεκτρονικό ή παραδοσιακό τύπο είναι επαρκής. Αν, όμως, ο διαγωνισμός έχει διεθνές ενδιαφέρον, ο φορέας οφείλει να προβεί σε κατά το δυνατόν ευρύτερες δημοσιεύσεις, όπως για παράδειγμα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σε ορισμένες περιπτώσεις, η ανάρτηση αυτή είναι υποχρεωτική.
- 13 Η αρχή της χωρίς διακρίσεις δυνατότητας συμμετοχής όλων των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων σε όλα τα στάδια των διαγωνιστικών διαδικασιών έχει την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να υιοθετεί αντικειμενικές διαδικασίες επιλογής και ανάθεσης που καθορίζονται εκ των προτέρων στην προκήρυξη κατά τρόπο που να διασφαλίζεται η συμμόρφωση της συναλλαγής με όρους αγοράς. Υπό την έννοια αυτή, τα κριτήρια ανάθεσης πρέπει να επιτρέπουν την σύγκριση των προσφορών και την αντικειμενική τους αξιολόγηση. Στο πλαίσιο αυτό, η ενωσιακή νομοθεσία επιτρέπει την συμμετοχή οικονομικών φορέων που δεν έχουν την κλασική νομική προσωπικότητα, όπως κοινοπραξίες ή ενώσεις εταιρειών με σκοπό την διεύρυνση της βάσης των ενδιαφερομένων, ώστε να επιτυγχάνεται ο κατά το δυνατόν ευρύτερος ανταγωνισμός.
- 14 Η χρήση των διαδικασιών που προβλέπονται στις Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις<sup>13</sup> και η συμμόρφωση των αναθετουσών αρχών με αυτές μπορεί να θεωρηθούν επαρκείς για την ικανοποίηση των ανωτέρω απαιτήσεων, αν οι αναθέτουσες αρχές ακολουθούν με συνέπεια τις αρχές, τους κανόνες και τις διατάξεις που προβλέπονται στις Οδηγίες. Ωστόσο, πρέπει να σημειωθεί ότι δεν μπορεί να ακολουθηθεί η αξιολόγηση με όρους αγοράς, όταν ειδικές περιστάσεις καθιστούν αδύνατο τον καθορισμό της αγοραίας αξίας, όπως για παράδειγμα στη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης<sup>14</sup>.

13. Ήτοι ανοικτή, κλειστή, ανταγωνιστική με διαπραγμάτευση, ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, ανταγωνιστικός διάλογος κ.λπ., βλ. τις διατάξεις των άρθρων 27 επ. των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις. Επίσης, «Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την έννοια της κρατικής ενίσχυσης όπως αναφέρεται στο άρθρο 107 παράγραφος 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης», 2016/C/262/01, § 93.

14. Αν υποβληθεί μόνο μία προσφορά, η διαδικασία δεν θα ήταν κανονικά επαρκής για να διασφαλιστεί ότι η τιμή ανταποκρίνεται σε εκείνη της αγοράς, εκτός αν ο σχεδιασμός της διαδικασίας περιλαμβάνει ιδιαίτερως ισχυρές εγγυήσεις που διασφαλίζουν πραγματικό και αποτελεσματικό ανταγωνισμό και είναι προφανές ότι μόνο ένας οικονομικός φορέας είναι ρεαλιστικά σε θέση να υποβάλει αξιόπιστη προσφο-

Ενδιαφέρουσα είναι η περίπτωση των Συμπράξεων Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα (PPP). Πρόκειται για περίπλοκες συμβάσεις μεταξύ δημοσίων και ιδιωτικών φορέων. Η σχετική διαδικασία αποτελείται από τέσσερα στάδια· το πρώτο στάδιο είναι η προκήρυξη της σύμβασης, το δεύτερο η σύσταση της Σύμπραξης, το τρίτο η χρηματοδότηση της Σύμπραξης για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνεται και το τέταρτο η λειτουργία της Σύμπραξης σε σχέση με την εκτέλεση της σύμβασης. Η κρατική ενίσχυση μπορεί να εμφιλοχωρήσει σε οιοδήποτε από τα ανωτέρω στάδια<sup>15</sup>. Στις περιπτώσεις αυτές ενδεικνύται η επιλογή της ανοικτής διαδικασίας. Ωστόσο, στην πράξη οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης ή του ανταγωνιστικού διαλόγου, λόγω της πολυπλοκότητας του αντικειμένου της δημόσιας σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, όταν ακολουθούνται διαφανείς διαγωνιστικές διαδικασίες δεν τίθεται ζήτημα κρατικής ενίσχυσης<sup>16</sup>. Παρά ταύτα, αν το έργο της Σύμπραξης ανταγωνίζεται με άλλες επιχειρήσεις, όπως π.χ. η περίπτωση της ευρυζωνικής υποδομής, η χρηματοδότηση της Σύμπραξης θα μπορούσε να προκαλέσει κρατική ενίσχυση<sup>17</sup>.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονισθεί ότι είναι διαφορετική η περίπτωση που το ΚΜ επιθυμεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος να προβεί στην ενίσχυση μιας συγκεκριμένης δραστηριότητας, όπως για παράδειγμα η κατάρτιση σύμβασης (μετά από διαγωνιστική διαδικασία) πώλησης ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας ή της ανάθεσης σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα της ανάπτυξης νέου δυναμικού παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας<sup>18</sup>. Η περίπτωση αυτή, προφανώς δεν υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής των δημοσίων συμβάσεων της ενωσιακής νομοθεσίας, ωστόσο ελέγχεται από πλευράς παροχής πλεονεκτήματος σε συγκεκριμένη επιχείρηση, ήτοι αν η παραπάνω κρατική δραστηριότητα μπορεί να χαρακτηριστεί κρατική ενίσχυση<sup>19</sup>.

ρά ή αν οι δημόσιες αρχές επαληθεύουν μέσω πρόσθετων μέσων ότι το αποτέλεσμα ανταποκρίνεται στην τιμή της αγοράς.

15. Βλ. Commission Communication on the application of Community Law on public procurement and concessions to public-private partnerships, COM (2207) 6661.
16. Βλ. υπόθεση *London Underground (PPP)*, κατωτέρω υποσημείωση 29.
17. Βλ. γενικά *Quigley C.*, *European State Aid Law and Policy*, 2η έκδοση, 2009, σελ. 115, καθώς και Απόφαση Επιτροπής C-N 284/2005, *Irish Metropolitan area Network*, OJ 2006.
18. Βλ. τις διατάξεις των άρθρων 7 επ. της Οδηγίας 2009/72/EK.
19. Βλ. υπόθεση *Hinkley Point C*. Με την απόφασή της 2015/658 της 08.10.2014, η Επιτροπή ενέκρινε ενίσχυση εκ μέρους του Ηνωμένου Βασιλείου υπέρ της πυρηνικής μονάδας παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας Hinkley Point C στο Somerset (HB). Η ενίσχυση αποτελείτο από τρία μέρη: το πρώτο αφορούσε σε δημόσια σύμβαση διανομής για τη διασφάλιση σταθερής τιμής πώλησης της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας (εκτός αγοράς) και εγγυημένης αμοιβής σε περίπτωση πρόωρης διακο-

## II. Σχέση Δημόσιας Σύμβασης και Κρατικής Ενίσχυσης

17 Όπως προελέχθη, τα δυο δικαϊκά συστήματα, ήτοι των δημοσίων συμβάσεων και των κρατικών ενισχύσεων, συνιστούν δυο αυτόνομα νομικά συστήματα<sup>20</sup>. Υπό την έννοια αυτή, είναι ενδιαφέρον να εξεταστεί τι ισχύει στις περιπτώσεις που τα δυο συστήματα συναντώνται. Όπως παραπάνω αναφέρθηκε, δεν τίθεται ζήτημα σύγκρουσης μεταξύ ανάθεσης με δημόσια σύμβαση και κρατικής ενίσχυσης, αν τηρούνται επακριβώς οι αρχές και κανόνες που περιέχονται στις Οδηγίες των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, αυτό που η νομολογία του Δικαστηρίου δέχθηκε είναι ότι όταν η δημόσια σύμβαση ανατίθεται κατόπιν ανταγωνιστικής διαδικασίας, ο ανταγωνισμός λειτουργεί και δεν τίθεται ζήτημα παράνομης κρατικής ενίσχυσης. Με άλλα λόγια, δεν συντρέχει περίπτωση ενίσχυσης ή πλεονεκτήματος υπέρ μιας επιχείρησης, όταν ακολουθείται από την αναθέτουσα αρχή μια ανταγωνιστική διαδικασία. Ωστόσο, υπάρχουν περιπτώσεις που η ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης δεν μπορεί, ενδεχομένως εκ των πραγμάτων, να ανατεθεί με διεξαγωγή ανταγωνιστικής διαδικασίας. Στην περίπτωση αυτή και προς αποφυγήν άμεσης ή έμμεσης κρατικής ενίσχυσης, η νομολογία του Δικαστηρίου ή οι διευκρινίσεις που κατά καιρούς έχει δώσει η Επιτροπή σε εξατομικευμένες περιπτώσεις, έχουν θέσει προϋποθέσεις που πρέπει να τηρούνται προκειμένου να διασφαλισθεί ότι δεν παραβιάζεται η διάταξη του άρθρου 107 (1) της ΣΛΕΕ. Παρατίθενται κατωτέρω ορισμένες

πής λειτουργίας του πυρηνικού σταθμού· το δεύτερο αφορούσε σε σύμβαση μεταξύ των επενδυτών και του Ηνωμένου Βασιλείου για διασφάλιση αμοιβής σε περίπτωση διακοπής της λειτουργίας του σταθμού για πολιτικούς λόγους· το τρίτο αφορούσε σε παροχή εγγύησης εκ μέρους του κράτους για ομολογιακό δάνειο που θα εξέδιδε ο επενδυτής για τη διασφάλιση της έγκαιρης πληρωμής κεφαλαίου και τόκων επιλέξιμων χρεών μέχρι του ποσού 17 δις στερλινών. Σύμφωνα με την Επιτροπή η ενίσχυση είναι συμβατή με την ΣΛΕΕ επειδή εξυπηρετεί δημόσιο συμφέρον (ΣΛΕΕ 107, 3, γ), είναι αναγκαία και έχει αναλογικό χαρακτήρα. Η Αυστρία προσέβαλε την απόφαση ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου, το οποίο απέρριψε την προσφυγή της Αυστρίας, διατηρώντας την απόφαση της Επιτροπής (T-356/15, Αυστρία κατά Επιτροπής). Σε άλλες περιπτώσεις, ΣΤΕ 2406/2014 (Τμ. Β'), ΓΔΕΕ T-47/2015 της 16.05.2016, Αποφάσεις Επιτροπής (Εγκρίσεις Μέτρων Στήριξης ΑΠΕ) SA. 49180/2018, SA. 49918/2018, SA. 50715/2018, SA. 50717/2018, SA. 51306SA/2018 και C-706/17 *AB Achema* κ.λπ. κατά VKEKK, C-135/16 *Georgsmarienhütte GmbH* κ.λπ. κατά Γερμανίας, C-405/2016 Γερμανία κατά Επιτροπής, *British Aggregates Association* κατά Επιτροπής της 07.03.2012, C-262/12 *Association Vent De Colère Fédération nationale* κ.λπ. κατά Γαλλίας, C-128, 129/03 (συνεκδικαζόμενες) *AEM SpA and AEM Torino SpA* κατά Ιταλίας, C-379/98 *PreussenElectra AG* κατά Schlesweg. Επίσης, βλ. σχετικώς και *Ηλιάδου Α.*, Η Ευρωπαϊκή Πολιτική για την στήριξη των ΑΠΕ μετά το «Χειμερινό Πακέτο», τόμος *Ανανεώσιμες Πηγές Ενέργειας*, ΚΔΕΟΔ, 2019, σελ. 9 επ.

20. Βλ. και *Οικονόμου Μ.*, Η διάσταση του δικαιού των κρατικών ενισχύσεων στις δημόσιες συμβάσεις μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα, ΕΕΕΥΡΔ, 2016, σελ. 155.

περιπτώσεις, στη διαχείριση των οποίων τα ΚΜ οφείλουν να επιδεικνύουν ιδιαίτερη επιμέλεια, ώστε να αποφεύγεται κατά την ανάθεση της σύμβασης τυχόν χορήγηση πλεονεκτήματος σε επιχείρηση.

### Α. Η περίπτωση των ΥΓΟΣ

Η έννοια της Υπηρεσίας Γενικού Οικονομικού Συμφέροντος (ΥΓΟΣ) αναφέρεται<sup>18</sup> στα άρθρα 14 και 106 παράγραφος 2 της ΣΛΕΕ, καθώς και στο προσαρτημένο στη ΣΛΕΕ Πρωτόκολλο 26, αλλά δεν ορίζεται στη ΣΛΕΕ ούτε στο παράγωγο δίκαιο. Η Επιτροπή έχει διευκρινίσει, στο ποιοτικό πλαίσιο της, ότι οι ΥΓΟΣ είναι οικονομικές δραστηριότητες που παράγουν αποτελέσματα προς το γενικό δημόσιο όφελος, οι οποίες δεν θα μπορούσαν να παρασχεθούν από την αγορά χωρίς την παρέμβαση του Κράτους, ή θα μπορούσαν να παρασχεθούν με διαφορετικούς όρους ποιότητας, ασφάλειας, οικονομικής προσιτότητας, ίσης μεταχείρισης ή καθολικής πρόσβασης<sup>21</sup>. Η νομολογία του Δικαστηρίου αποφάνθηκε ότι οι ΥΓΟΣ είναι υπηρεσίες με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που τις διακρίνουν από άλλες δραστηριότητες της οικονομικής ζωής<sup>22</sup>. Υπ' αυτές τις συνθήκες, είναι αδιάφορο αν οι ΥΓΟΣ έχουν αμειβόμενο ή μη χαρακτήρα.

Η θέσπιση και ο χαρακτηρισμός μιας υπηρεσίας ως ΥΓΟΣ συνιστά αποκλειστική<sup>19</sup> αρμοδιότητα του ΚΜ και το ενωσιακό δίκαιο δεν υποχρεώνει το ΚΜ να καθορίσει μια συγκεκριμένη υπηρεσία ως ΥΓΟΣ, εκτός εάν αυτό προβλέπεται ρητώς από την ενωσιακή νομοθεσία<sup>23</sup>. Τα κράτη μέλη διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να ορίζουν τι θεωρούν ΥΓΟΣ, καθώς και να οργανώνουν τις σχετικές υπηρεσίες<sup>24</sup>. Συνεπώς, οι δημόσιες αρχές έχουν την ευχέρεια να επιλέγουν τον τρόπο διαχείρισης των ΥΓΟΣ, τις οποίες και θεσπίζουν. Σύμφωνα με τους κα-

21. Βλ. σχετικώς «Οδηγό για την εφαρμογή των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τις κρατικές ενισχύσεις, τις δημόσιες συμβάσεις και την εσωτερική αγορά στις υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, και ιδίως στις κοινωνικές υπηρεσίες κοινής ωφέλειας», 29.4.2013 SWD (2013) 53 final/2.

22. Βλ. υποθέσεις ΔΕΕ C-179/1990, αποφ. της 10.12.1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, Συλλογή 1991 σ. I-5889, σκέψη 27· C-242/1995, αποφ. της 17.7.1997, *GT-Link A/S*, Συλλογή 1997 σ. I-4449, σκέψη 53· και υπόθεση C-266/1996, αποφ. της 18.6.1998, *Corsica Ferries France SA*, Συλλογή 1998, σ. I-3949, σκ. 45· αλλά και ΓΔΕΕ T-57/2011 της 3.12.2014, *Castellnou Energia* κατά Επιτροπής.

23. Βλ. τις περιπτώσεις υποχρεωτικής καθιέρωσης της καθολικής υπηρεσίας στον τομέα των υπηρεσιών ενέργειας (ηλεκτρισμού ή/και φυσικού αερίου), καθώς και των τηλεπικοινωνιακών και ταχυδρομικών υπηρεσιών, όπου το ΚΜ υποχρεούται να θεσπίσει την υπηρεσία αυτή.

24. Βλ. Οδηγό για την εφαρμογή των κανόνων της ΕΕ σχετικά με τις κρατικές ενισχύσεις, τις δημόσιες συμβάσεις και την εσωτερική αγορά στις Υπηρεσίες Γενικού Οικονομικού Συμφέροντος και ιδίως, στις Υπηρεσίες Κοινής Ωφέλειας, SWD(2013) 53 final/2, Κεφάλαιο 5.

- νόνες για τις κρατικές ενισχύσεις, οι δημόσιες αρχές μπορεί να οργανώνουν και να χρηματοδοτούν τις ΥΓΟΣ όπως επιθυμούν, υπό τον όρο ότι οι σχετικές αντισταθμίσεις που χορηγούν δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο για την εκπλήρωση της αποστολής της ΥΓΟΣ με οικονομικά αποδεκτούς όρους, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 106 της ΣΛΕΕ.
- 20 Οι ΥΓΟΣ προσφέρονται ουσιαστικώς χωρίς εμπορικό κέρδος και για το λόγο αυτό δεν θεωρούνται «δημοφιλείς» στους οικονομικούς φορείς που συνήθως είναι απρόθυμοι να τις παράσχουν, κυρίως λόγω του υψηλού κόστους παροχής. Υπό την έννοια αυτή, θεωρούνται ότι βρίσκονται εκτός εμπορικού πεδίου και ανταγωνισμού. Ωστόσο, αυτό δεν τις εμποδίζει να προσφέρουν πλεονέκτημα, όταν ανατίθενται σε κάποιο οικονομικό φορέα. Τα ΚΜ χορηγούν ενισχύσεις για διάφορους λόγους που μπορεί να είναι οικονομικοί, κοινωνικοί, πολιτικοί κ.α.. Τα κύρια ζητήματα που ένα ΚΜ αντιμετωπίζει για την χορήγηση της ενίσχυσης είναι, κατ' αρχάς, η ανάγκη θέσπισης μιας ΥΓΟΣ, η αναλογικότητα του μέτρου και η επίδραση του μέτρου στον ελεύθερο ανταγωνισμό<sup>25</sup>.
- 21 Όταν η λειτουργία μιας ΥΓΟΣ συνεπάγεται ανάθεση δημόσιας σύμβασης ή μιας σύμβασης παραχώρησης (δηλ. όταν πρόκειται για παροχή υπηρεσίας έναντι αμοιβής με την καταβολή αντιτίμου ή την παραχώρηση δικαιώματος εκμετάλλευσης της αμειβόμενης υπηρεσίας μέσω εισφοράς που καταβάλλουν οι χρήστες), οι δημόσιες αρχές οφείλουν να τηρούν όχι μόνο τους κανόνες για τις κρατικές ενισχύσεις, αλλά και τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και τις δημόσιες συμβάσεις παραχώρησης.
- 22 Οι ΥΓΟΣ ανατίθενται στον επιλεγέντα πάροχο με την σύναψη δημόσιας σύμβασης, οπότε ανακύπτουν ζητήματα εφαρμογής και συνδρομής των κανόνων των δυο δικαιοϋκτών συστημάτων. Κατ' αρχάς, ανακύπτει το ερώτημα κατά πόσον οι δημόσιες συμβάσεις για ανάθεση μιας ΥΓΟΣ υπόκεινται στις υποχρεώσεις σύναψης των δημοσίων συμβάσεων των Οδηγιών<sup>26</sup>. Το ΚΜ έχει την δυνατότητα να ρυθμίσει κατά την διακριτική του ευχέρεια την εφαρμογή ενός νομοθετικού πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις που δεν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των δημοσίων συμβάσεων των Οδηγιών. Ωστόσο, στην περίπτωση της ανάθεσης των ΥΓΟΣ μέσω δημόσιας σύμβασης, πρέπει να ακολουθούνται οι διατάξεις του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Παρά ταύτα, δεν υφίσταται υποχρέωση του ΚΜ να συνδέσει το δικαίο των δημοσίων συμβάσεων με το δικαίο της κρατικής ενίσχυσης (αυτονομία των δικαιοϋκτών συστημάτων), ενώ αν το εφαρμόζει πρόκειται για βούληση του ΚΜ<sup>27</sup>.

25. Βλ. και Nicolaidis Ph., *The Economics of Services of General Economic Interest*, σε τόμο Rydelski, *The EC State Aide Regime*, 2006, σελ. 575 επ..

26. Βλ. υποσημείωση 11.

27. Βλ. υπόθεση ΔΕΚ C- 91/1978, αποφ. της 13.3.1979 *Hansen GmbH vs Hauptzollamt Flensburg*.

### Η υπόθεση *Altmark*

Μια δημόσια σύμβαση ΥΓΟΣ μπορεί να συναφθεί τόσο με την διαδικασία ανάθεσης, όσο και με ανταγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, προκειμένου να μην χαρακτηριστεί ασύμβατη η σύναψη της δημόσιας σύμβασης προς το ενωσιακό δίκαιο των κρατικών ενισχύσεων πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά τα τέσσερα κριτήρια που καθορίστηκαν από την νομολογία του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Altmark*<sup>28</sup>. Το βασικό νόημα της συγκεκριμένης υπόθεσης είναι ότι μια αντιστάθμιση καθ' εαυτήν που προσφέρεται για παροχή δημόσιας υπηρεσίας, κατ' αρχάς, δεν αποφέρει πλεονέκτημα για την επιχείρηση που την προσφέρει, υπό ορισμένες όμως προϋποθέσεις<sup>29</sup>. Το ουσιαστικό ενωσιακό δίκαιο, πρωτογενές ή παράγωγο, δεν προβλέπει τα κριτήρια, με βάση τα οποία μια κρατική ενίσχυση της παραπάνω περίπτωσης κρίνεται παράνομη. Το κενό ήλθε να καλύψει η νομολογία του Δικαστηρίου με την απόφασή του στην υπόθεση *Altmark* που αποτελεί νομικό «οριοθέσιο» για την αντιμετώπιση τέτοιων καταστάσεων. Η απόφαση *Altmark* αφενός αφορά στην ύπαρξη ή μη κρατικής ενίσχυσης και αφετέρου στο πότε η αντιστάθμιση που παρέχεται σε τρίτο οικονομικό φορέα συνιστά κρατική ενίσχυση σύμφωνα με το άρθρο 107 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ. Συγκεκριμένα, τα κριτήρια που εφαρμόζονται προκειμένου να μην θεωρείται ότι στην παροχή μιας δημόσιας υπηρεσίας υπάρχει ή υποκρύπτεται κρατική ενίσχυση και ότι η χορηγούμενη αντιστάθμιση είναι αποδεκτή, είναι τα ακόλουθα:

*Πρώτον*, η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει να είναι πράγματι επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας, ενώ η υποχρέωση αυτή πρέπει να είναι σαφώς καθορισμένη.

*Δεύτερον*, οι βασικές παράμετροι βάσει των οποίων υπολογίζεται η αντιστάθμιση πρέπει να έχουν προσδιοριστεί προηγουμένως αντικειμενικά και με διαφάνεια.

*Τρίτον*, η αντιστάθμιση δεν μπορεί να υπερβαίνει το μέτρο του αναγκαίου για την κάλυψη του συνόλου ή μέρους των δαπανών που πραγματοποιούνται για την εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων και ενός ευλόγου κέρδους σε σχέση με την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών.

*Τέταρτον*, όταν η επιλογή της επιχειρήσεως, στην οποία πρόκειται να ανατεθεί η εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας σε συγκεκριμένη

28. Υπόθεση ΔΕΚ C-280/2000, αποφ. της 24.7.2003, *Altmark Trans GmbH και Regierungspräsidium Magdeburg κατά Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*. Η υπόθεση αναφέρεται στην παροχή δημόσιας υπηρεσίας στον τομέα των μεταφορών και σε σχέση με κρατική ενίσχυση για τη διατήρηση της σχετικής δημόσιας υπηρεσίας. Ωστόσο, τα κριτήρια εφαρμόζονται και στους τομείς παροχής ΥΓΟΣ στον τομέα της ενέργειας, καθώς και τηλεπικοινωνιών και ταχυδρομικών υπηρεσιών.

29. Βλ. *Rubini L.*, *The definition of subsidy and State Aid*, 2009, σελ. 323.

περίπτωση δεν πραγματοποιείται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα επιλογής του υποψηφίου που είναι σε θέση να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες με το μικρότερο για το κοινωνικό σύνολο κόστος, το επίπεδο της απαραίτητης αντισταθμίσεως πρέπει να καθορίζεται βάσει αναλύσεως των δαπανών, στις οποίες θα προέβαινε μια μέση επιχείρηση, με χρηστή διαχείριση και κατάλληλα εξοπλισμένη με αναγκαία μέσα προς ικανοποίηση των απαιτήσεων σχετικά με την παροχή δημόσιας υπηρεσίας προκειμένου να εκπληρώσει τις ως άνω υποχρεώσεις, λαμβάνοντας υπόψη τα σχετικά έσοδα και ένα εύλογο κέρδος από την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών<sup>30</sup>.

- 28 Όταν πληρούνται σωρευτικώς τα κριτήρια *Altmark*, η αντιστάθμιση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας δεν συνιστά κρατική ενίσχυση. Αν δεν ικανοποιείται τουλάχιστον ένα από τα κριτήρια *Altmark*, αλλά πληρούνται τα λοιπά κριτήρια για τις κρατικές ενισχύσεις, η αντιστάθμιση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας αποτελεί κρατική ενίσχυση. Μπορεί, ωστόσο, να εξακολουθεί να είναι συμβατή με το άρθρο 106 της ΣΛΕΕ και να εξαιρείται από την υποχρέωση κοινοποίησης βάσει της Απόφασης ή να εγκρίνεται από την Επιτροπή με κοινοποίηση βάσει του Πλαισίου.
- 29 Αν η διαχείριση μιας ΥΓΟΣ ανατεθεί στο πλαίσιο διαδικασίας δημόσιας σύμβασης που επιτρέπει την επιλογή του υποψηφίου που είναι ικανός να παράσχει τις υπηρεσίες αυτές με το μικρότερο δυνατό κόστος για το κοινωνικό σύνολο και εφόσον πληρούνται οι λοιποί όροι της Απόφασης *Altmark*, η χορηγούμενη αντιστάθμιση δεν συνιστά κρατική ενίσχυση κατά την έννοια της εν λόγω απόφασης.

## **B. Νόμιμο Μονοπώλιο**

- 30 *Νόμιμο μονοπώλιο* καθιερύεται όταν μια συγκεκριμένη υπηρεσία παραχωρείται, βάσει νομοθετικών ή κανονιστικών μέτρων, σε έναν αποκλειστικό πάροχο, με σαφή απαγόρευση για οποιονδήποτε άλλο φορέα να παρέχει υπηρεσίες του συγκεκριμένου είδους. Ωστόσο, το γεγονός και μόνον ότι η παροχή μιας δημόσιας

30. Για τη συμβατότητα της σχετικής διαδικασίας, βλ. και Επιτροπή υπόθεση N-264/2002, αποφ. της 12.12.2002, *London Underground PPP*, όπου τονίζεται η δυσκολία της αξιολόγησης λ.χ. σε μια διαδικασία με διαπραγμάτευση. Το ίδιο και στις αποφάσεις της Επιτροπής N46/2007 *Welsh Broadband Scheme* (IP/07/724/30.05.2007), όπου θεωρείται συμβατή με τις διαδικασίες για κρατικές ενισχύσεις η επιλογή αναδόχου με τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, λόγω της πολυπλοκότητας του αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης, απόφαση της Επιτροπής N 508/2008 της 10.12.2008, *Provision of Remote Broadband Services in N. Ireland*, όπου τονίζεται ότι δεν τίθεται ζήτημα κρατικής ενίσχυσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, αν διασφαλίζονται οι αρχές και κανόνες των Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και ιδίως, εφόσον η ανάθεση έγινε μετά από διαφανή και ανταγωνιστική διαδικασία.

ας υπηρεσίας έχει ανατεθεί σε μια συγκεκριμένη επιχείρηση δεν σημαίνει ότι η εν λόγω επιχείρηση έχει νόμιμο μονοπώλιο<sup>31</sup>.

Το νόμιμο μονοπώλιο πρέπει να διακριθεί από το φυσικό μονοπώλιο. Ως φυσικό μονοπώλιο νοείται ο τομέας της αγοράς, στον οποίο, για να είναι πιο αποδοτικός οικονομικά, δραστηριοποιείται μια μόνο επιχείρηση. Με άλλα λόγια, είναι οικονομικά αποδοτικότερο να δρα ένα μονοπώλιο σε ένα τομέα της αγοράς, παρά να υφίσταται ανταγωνισμός, δηλαδή όπου μια οικονομική δραστηριότητα δεν μπορεί να λειτουργήσει με κανόνες και συνθήκες αγοράς<sup>32</sup>. Το φυσικό μονοπώλιο καθιερύεται συνήθως για την κατασκευή ή τη διαχείριση υποδομών με ευρύτερο κοινωνικό ρόλο, όπως π.χ. οι υποδομές ενέργειας<sup>33</sup>. Τα φυσικά μονοπώλια προέρχονται συνήθως από τα πρώην κρατικά μονοπώλια για κατά νομοθετική ανάθεση άσκηση συγκεκριμένης δραστηριότητας. Αντίθετα, το νόμιμο μονοπώλιο καθιερύεται, όπως προαναφέρθηκε, με παραχώρηση δυνάμει μιας δημόσιας σύμβασης<sup>34</sup>.

Στην περίπτωση της παραχώρησης του νόμιμου μονοπωλίου, μια πιθανή νόθευση του ανταγωνισμού αποκλείεται εφόσον πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) μια υπηρεσία υπόκειται σε νόμιμο μονοπώλιο που συστάθηκε σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης· β) το νόμιμο μονοπώλιο δεν αποκλείει μόνο τον ανταγωνισμό στην αγορά, αλλά και για την αγορά, υπό την έννοια ότι αποκλείει κάθε δυνατό ανταγωνιστή από το να καταστεί ο αποκλειστικός πάροχος της εν λόγω υπηρεσίας<sup>35</sup>. Ωστόσο, αν ανατεθεί μια δημόσια σύμβαση παραχώρησης μέσω μιας ανταγωνιστικής διαδικασίας, υπάρχει ανταγωνισμός για την αγορά, οπότε δεν τίθεται ζήτημα· γ) η υπηρεσία δεν βρίσκεται σε ανταγωνισμό με άλλες υπηρεσίες και δ) αν ο πάροχος της υπηρεσίας δραστηριοποιείται σε μια άλλη αγορά (είτε γεωγραφική είτε αγορά προϊόντος) ανοικτή στον

31. Ανακοίνωση Επιτροπής [...] 2016/C 262/01, § 188. Υπόθεση ΔΕΚ C-41/1990, απόφαση της 23.4.1991, *Höfner και Elser/Macroton*, Συλλ. 1991, σ. I-1979, σκέψεις 21, 23. ΔΕΕ C-23/2014 απόφαση της 6.10.2015, *Post Danmark A/S κατά Konkurrenserådet*, ΔΕΚ C-258/1998 της 8.6.2000, *Giovanni Carra* κ.λπ. (Προδ), ΓΔΕΕ T-360/09 της 29.6.2012, *E.ON Ruhrgas AG & E.ON AG* κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

32. Βλ. *Rubini*, ό.π., σελ. 237.

33. Για το φυσικό μονοπώλιο, βλ. *Σιούτη Γ.*, Η επιβολή κυρώσεων από τη ΠΑΕ, *Ενέργεια και Δίκαιο* 2004, 27 επ., *Πανάγος Θ.*, Κρατική Παρέμβαση και Ρυθμιστική Διοίκηση, 2017, σελ. 139. Επίσης, *Ηλιάδου Α.*, Δημόσιες Επιχειρήσεις, 2016, σελ. 99 επ..

34. Νόμιμα μονοπώλια είναι π.χ. η ανάθεση σε ένα οικονομικό φορέα της αποκλειστικής «πλατφόρμας» φιλοξενίας τηλεοπτικών σημάτων, ή της παραχώρησης αποκλειστικής διατήρησης τράπεζας δεδομένων ταχυδρομικών υπηρεσιών κ.λπ..

35. Απόφαση του ΓΔΕΕ της 16.7.2014, *Γερμανία κατά Επιτροπής*, ΓΔΕΕ T-295/2012, σκ. 158· απόφαση της Επιτροπής της 7ης Ιουλίου 2002 σχετικά με την κρατική ενίσχυση αριθ. N 356/2002 – *Ηνωμένο Βασίλειο – Network Rail* (EE C 232 της 28.9.2002, σελ. 2), σκ. 75, 76 και 77.

ανταγωνισμό, η διεπίδότηση πρέπει να αποκλείεται. Αυτό προϋποθέτει ότι χρησιμοποιούνται διαχωρισμένοι λογαριασμοί (λογιστικός διαχωρισμός), κατανέμονται δαπάνες και έσοδα με τον κατάλληλο τρόπο και η δημόσια χρηματοδότηση που παρέχεται για την υπηρεσία και υπόκειται στο νομικό μονοπώλιο δεν μπορεί να ωφελήσει άλλες δραστηριότητες. Η δημόσια ενίσχυση είναι ικανή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό ακόμη και αν δεν βοηθά τη δικαιούχο επιχείρηση να επεκταθεί και να αποκτήσει μερίδιο αγοράς. Αρκεί το γεγονός ότι η ενίσχυση επιτρέπει σε μια επιχείρηση να διατηρεί μια ισχυρότερη ανταγωνιστική θέση από αυτή που θα κατείχε αν δεν της είχε χορηγηθεί η ενίσχυση<sup>36</sup>.

### Γ. Δημόσιες Συμβάσεις ερευνητικών υπηρεσιών και υπηρεσιών ανάπτυξης

- 33 Δημόσιες Συμβάσεις ερευνητικών υπηρεσιών και υπηρεσιών ανάπτυξης είναι οι συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ μιας αναθέτουσας αρχής και ενός οικονομικού φορέα με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών στην βασική ή βιομηχανική έρευνα, τις υπηρεσίες ανάπτυξης, την πειραματική ανάπτυξη, τις συμβουλευτικές υπηρεσίες καινοτομίας, τη μεταφορά γνώσης, την οργανωτική καινοτομία, τις καινοτομίες διεργασιών κ.λπ.<sup>37</sup>.
- 34 Δημόσιες συμβάσεις αποκλειστικής ανάπτυξης νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται για την παροχή ερευνητικών υπηρεσιών και υπηρεσιών ανάπτυξης, των οποίων όλα τα οφέλη απολαμβάνει αποκλειστικά η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας και τα οποία μπορεί να χρησιμοποιήσει κατά την άσκηση της δραστηριότητας, υπό την προϋπόθεση ότι διασφαλίζει πλήρως αμοιβή για τις υπηρεσίες αυτές.
- 35 Ακολούθως, ως προ-εμπορικές δημόσιες συμβάσεις νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις για ερευνητικές υπηρεσίες και υπηρεσίες ανάπτυξης, αν η αναθέτουσα

36. ΔΕΚ υπόθ. C-172/2003, απόφ. της 3ης Μαρτίου 2005, Heiser, σκ. 55. ΓΔΕΕ T-55/99, απόφ. της 29ης Σεπτεμβρίου 2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías* κατά Επιτροπής, σκ. 89· ΔΕΚ C-280/00, απόφ. της 24.7.2003, *Altmark Trans*, σκ. 79 και 81. Όταν πληρούνται όλα τα στοιχεία του άρθρου 107 παράγραφος 1 της Συνθήκης όσον αφορά στον φορέα ανάπτυξης ή/και ιδιοκτήτη μιας υποδομής, υπάρχει κρατική ενίσχυση προς αυτόν, ανεξάρτητα από το αν οι ίδιοι κάνουν άμεση χρήση της υποδομής για την παροχή αγαθών ή υπηρεσιών ή διαθέτουν την υποδομή σε τρίτο φορέα, ο οποίος με τη σειρά του παρέχει υπηρεσίες σε τελικούς χρήστες της υποδομής, όπως μπορεί, για παράδειγμα, να συμβαίνει όταν ο ιδιοκτήτης αεροδρομίου αναθέτει σύμβαση παραχώρησης για την παροχή υπηρεσιών στο αεροδρόμιο (βλ. § 222 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής 2016/C 262/01).

37. Οι ορισμοί των παραπάνω εννοιών βρίσκονται στην § 1.3 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής 2014/C 198/01, *Πλαίσιο σχετικά με τις κρατικές ενισχύσεις για την έρευνα και την καινοτομία*.

αρχή ή ο αναθέτων φορέας δεν απολαύει όλων των αποτελεσμάτων και ωφελειών της σύμβασης για λογαριασμό του, για χρήση κατά την άσκηση της δραστηριότητάς του, αλλά τα μοιράζεται με τους παρόχους υπό όρους της αγοράς. Η σύμβαση αυτής της τυπολογίας, το αντικείμενο της οποίας εμπίπτει σε μία ή περισσότερες κατηγορίες έρευνας και ανάπτυξης, πρέπει να είναι περιορισμένης διάρκειας και μπορεί να περιλαμβάνει την ανάπτυξη πρωτοτύπων ή περιορισμένων ποσοτήτων των πρώτων προϊόντων ή υπηρεσιών με τη μορφή σειράς δοκιμασιών. Η αγορά εμπορικών ποσοτήτων προϊόντων ή υπηρεσιών δεν πρέπει να αποτελεί αντικείμενο της ίδιας σύμβασης. Ερευνητικές υπηρεσίες και υπηρεσίες ανάπτυξης μπορεί να παρέχονται από επιχειρήσεις σε αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς, μέσω διαδικασιών αποκλειστικής ανάπτυξης και προ-εμπορικών δημόσιων συμβάσεων.

Αν η ανάθεση των παραπάνω δημοσίων συμβάσεων γίνεται με ανοικτή διαδικασία σύμφωνα με τις ισχύουσες Οδηγίες<sup>38</sup>, η Επιτροπή θεωρεί γενικά ότι δεν χορηγείται κρατική ενίσχυση κατά την έννοια του άρθρου 107 παράγραφος 1 της Συνθήκης στις επιχειρήσεις που παρέχουν τις σχετικές υπηρεσίες<sup>39</sup>. Σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, συμπεριλαμβανομένης της προ-εμπορικής δημόσιας σύμβασης, η Επιτροπή θεωρεί ότι δεν χορηγείται κρατική ενίσχυση σε επιχειρήσεις, όταν η αντιστάθμιση που καταβάλλεται για τις σχετικές υπηρεσίες αντιστακλάται πλήρως στην τιμή της αγοράς των ωφελειών που απολαύει ο αγοραστής του δημοσίου και των κινδύνων που αναλαμβάνουν οι συμμετέχοντες πάροχοι, ιδίως στην περίπτωση που πληρούται το σύνολο των ακόλουθων προϋποθέσεων: α) η διαδικασία επιλογής είναι ανοικτή, διαφανής και χωρίς διακρίσεις και βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια επιλογής και ανάθεσης που έχουν προσδιοριστεί εκ των προτέρων στην προκήρυξη, β) οι προβλεπόμενες συμβατικές ρυθμίσεις που περιγράφουν το σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των μερών, μεταξύ άλλων όσον αφορά στα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, καθίστανται διαθέσιμες σε όλους τους υποψήφιους αναδόχους πριν από τη διαδικασία υποβολής προσφορών και γ) η σύμβαση δεν προ-

38. Βλ. τις διατάξεις του άρθρου 27 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, και το άρθρο 45 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου. Ομοίως, στην περίπτωση της κλειστής διαδικασίας, κατά την έννοια, αντιστοίχως, των άρθρων 28 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 46 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, η Επιτροπή θεωρεί ότι επίσης δεν χορηγείται κρατική ενίσχυση σε επιχειρήσεις, εκτός εάν δεν επιτρέπεται σε ενδιαφερόμενους παρόχους να υποβάλουν προσφορά χωρίς βάσιμο λόγο.

39. Το ίδιο ισχύει, επίσης, για την περίπτωση κατά την οποία αγοραστής του δημοσίου τομέα παρέχουν καινοτόμες λύσεις προερχόμενες από προηγούμενη δημόσια σύμβαση Έρευνας και Ανάπτυξης ή προϊόντα και υπηρεσίες που δεν αφορούν Έρευνα και Ανάπτυξη, οι οποίες πρέπει να παρέχονται σε ένα επίπεδο επιδόσεων που απαιτεί καινοτομίες προϊόντων, καινοτομίες διεργασιών ή οργανωτικές καινοτομίες.

βλέπει οποιαδήποτε προνομιακή μεταχείριση των συμμετεχόντων παρόχων κατά την προμήθεια εμπορικών ποσοτήτων τελικών προϊόντων ή υπηρεσιών σε αγοραστή του δημοσίου στο οικείο κράτος μέλος.

- 37 Τέλος, αναφορικά με την τελευταία προϋπόθεση είναι αναγκαία η συνδρομή των ακόλουθων: α) όλα τα αποτελέσματα που δεν αποτελούν αντικείμενο δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας μπορεί να διαδοθούν ευρέως, παραδείγματος χάριν μέσω δημοσίευσης, διδασκαλίας ή συνεισφοράς σε φορείς τυποποίησης, κατά τρόπο που να επιτρέπει την αναπαραγωγή τους από άλλες επιχειρήσεις και οποιαδήποτε δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας χορηγούνται πλήρως στον αγοραστή του δημοσίου, ή β) κάθε πάροχος υπηρεσίας, στον οποίο αποδίδονται αποτελέσματα που αποτελούν αντικείμενο δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας οφείλει να χορηγήσει στον αγοραστή του δημοσίου απεριόριστη και δωρεάν πρόσβαση στα αποτελέσματα αυτά και να εξασφαλίσει πρόσβαση σε τρίτους, παραδείγματος χάριν μέσω μη αποκλειστικών αδειών, υπό τους όρους της αγοράς.
- 38 Στην περίπτωση που δεν πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις, τα ΚΜ μπορεί να βασίζονται σε μεμονωμένη αξιολόγηση των όρων της σύμβασης μεταξύ του αγοραστή του δημοσίου και της επιχείρησης, με την επιφύλαξη της γενικής υποχρέωσης να κοινοποιεί ενισχύσεις σύμφωνα με το άρθρο 108 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ.

#### Δ. Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές

- 39 Όταν σε μια ανταγωνιστική διαδικασία οι προσφορές κρίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά<sup>40</sup>. Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι γενική και αόριστη και η διαχείριση και κρίση της εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής<sup>41</sup>. Τούτο σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απορρίπτει την προσφορά, αλλά ζητεί διευκρινίσεις από τον προσφέροντα. Μεταξύ των διευκρινίσεων που ζητούνται είναι και αν υπάρχει ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα<sup>42</sup>.
- 40 Αν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά δεν τεκμηριώνεται από τον προσφέροντα, σε σχέση με τον έλεγχο αν τίθεται ζή-

40. Άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

41. ΣτΕ (ΕΑ) 22/2017 (Τμ. Δ') και 251/2017, ΑΕΠΠ 287/2019 (3ο Κλιμάκιο), Βλ. και *Mauridge Σ.*, Δημόσιες Συμβάσεις και Πανεπιστήμιο στο νέο θεσμικό πλαίσιο, 2014, σελ. 91 επ..

42. Περίπτωση (στ) της § 2 του άρθρου 69 της οδηγίας. Επίσης, βλ. ερμηνεία του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 σε *Β. Χριστιανό/Θ. Πανάγο*, ό.π..

τημα κρατικής ενίσχυσης, απορρίπτει δίχως άλλο την προσφορά για το λόγο αυτό. Της απόρριψης προηγείται διαβούλευση με τον προσφέροντα, κατά την οποία ο τελευταίος καλείται να δώσει σχετικές εξηγήσεις αναφορικά με το ζήτημα του αν η χαμηλή προσφορά, συνιστώντας ενίσχυση, είναι σύμφωνη με τις διατάξεις της διάταξης του άρθρου 107 (1) της ΣΛΕΕ. Η απόρριψη της χαμηλής προσφοράς για τον παραπάνω λόγο κοινοποιείται στην Επιτροπή<sup>43</sup>.

### III. Επιλογή και ένταξη του κριτηρίου ανάθεσης της Δημόσιας Σύμβασης και Κρατική Ενίσχυση

#### A. Κριτήριο ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης

Η επιλογή του κριτηρίου για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης συμβάλλει 41 σημαντικά στην αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής αν και κατά πόσο μπορεί να προκαλέσει ζήτημα στον ελεύθερο ανταγωνισμό, δεδομένου ότι σε ορισμένες περιπτώσεις οι ενισχύσεις ενδέχεται να συμβιβάζονται με την εσωτερική αγορά<sup>44</sup>. Υπό την έννοια αυτή, όταν ένας διαγωνισμός έχει αντικείμενο την εκποίηση περιουσιακών στοιχείων του δημοσίου σε τρίτο, το κριτήριο είναι κυρίως η υψηλότερη τιμή<sup>45</sup>. Επιπρόσθετα, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη μόνο οι αξιόπιστες και δεσμευτικές προσφορές<sup>46</sup>.

43. Βλ. §§ 4 και 5 του άρθρου 69 της Οδηγίας.

44. Βλ. τις διατάξεις των §§ 2 και 3 του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ.

45. Συνεκδικασθείσες υποθέσεις ΓΔΕΕ T-268/08 και T-281/08 της 28.2.2012, *Land Burgenland και Αυστρία κατά Επιτροπής*, σκέψη 87. Οι διαγωνισμοί αυτοί διακρίνονται σε διαγωνισμούς υπό όρους και άνευ όρων. Συγκεκριμένα, ο διαγωνισμός για την πώληση περιουσιακών στοιχείων, αγαθών ή υπηρεσιών είναι άνευ όρων όταν ο δυνητικός αγοραστής έχει εν γένει το δικαίωμα να αποκτήσει τα προς πώληση περιουσιακά στοιχεία, αγαθά και υπηρεσίες και να τα χρησιμοποιήσει για δικούς του σκοπούς, ανεξάρτητα από το αν ασκεί ή όχι ορισμένες επιχειρηματικές δραστηριότητες. Αν υπάρχει όρος ότι ο αγοραστής πρέπει να αναλάβει ειδικές υποχρεώσεις προς όφελος των δημόσιων αρχών ή του γενικού δημόσιου συμφέροντος, τις οποίες δεν θα είχε απαιτήσει ένας ιδιώτης πωλητής —πέραν αυτών που απορρέουν από τη γενική εθνική νομοθεσία ή τις αποφάσεις των αρχών σχεδιασμού—, ο διαγωνισμός δεν μπορεί να θεωρηθεί άνευ όρων [βλ. § 94 της *Ανακοίνωσης της Επιτροπής σχετικά με την έννοια της κρατικής ενίσχυσης όπως αναφέρεται στο άρθρο 107 παράγραφος 1 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2016/C 262/01)*].

46. Μια προσφορά μπορεί να είναι επίσης αξιόπιστη, ανάλογα με τις περιστάσεις της συγκεκριμένης περίπτωσης και, ιδίως, εάν η προσφορά είναι δεσμευτική (βλέπε υπόθ. ΓΔΕΕ T-244/2008, αποφ. της 13.12.2011, *Konsum Nord κατά Επιτροπής*, σκέψεις 73, 74 και 75). Για παράδειγμα, οι απλές ανακοινώσεις χωρίς νομικά δεσμευτικές προσφορές δεν θα λαμβάνονταν υπόψη στο πλαίσιο της διαδικασίας του διαγωνισμού· βλ. υποθέσεις ΓΔΕΕ T-268/08 και T-281/2008, απόφ. της 28.2.2012, *Land*

- 42 Στη περίπτωση αυτή, η Επιτροπή θεώρησε ότι η πώληση με απευθείας μεταβίβαση (χωρίς διαγωνιστική διαδικασία) δημόσιου ακινήτου σε τιμή χαμηλότερη της εκτιμηθείσας είναι κρατική ενίσχυση ως προς τη διαφορά μεταξύ της εκτιμηθείσας τιμής και της τελικής τιμής πώλησης. Ενοείται ότι η πώληση ακινήτου με ανταγωνιστική διαδικασία δεν συνιστά περίπτωση κρατικής ενίσχυσης, ανεξαρτήτως του επιτευχθέντος τιμήματος<sup>47</sup>.
- 43 Αντιστρόφως, όταν ένας δημόσιος διαγωνισμός έχει αντικείμενο την απόκτηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αγαθών (προμήθεια), παροχή υπηρεσιών ή την εκτέλεση δημοσίου έργου, το κριτήριο είναι συνήθως η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με όρους αγοράς. Το εν λόγω κριτήριο θα πρέπει να διαμορφώνεται κατά τέτοιο τρόπο που να εξυπηρετείται κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο το δημόσιο συμφέρον.
- 44 Στις περιπτώσεις των δημοσίων συμβάσεων που οι αναθέτουσες αρχές κατακυρώνουν τη σύμβαση με κριτήριο την χαμηλότερη τιμή, ανεφύη το ζήτημα του κατά πόσον ενδιαφερόμενοι συμμετέχοντες σε διαγωνιστικές διαδικασίες που είχαν τύχει κρατικής ενίσχυσης, έπρεπε να αποκλείονται από τις διαδικασίες αυτές. Τούτο διότι, η χορήγηση κρατικής ενίσχυσης προσέθετε σε αυτούς ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς συμμετέχοντες που δεν είχαν τύχει ανάλογου πλεονεκτήματος. Το επιχείρημα ήταν ότι, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε με αξιοπιστία να εξετάσει αν η προσφερόμενη τιμή ήταν εύλογη ή αν ανταποκρινόταν στις συνθήκες αγοράς, λόγω της παρεϊσδυσης του οικονομικού πλεονεκτήματος που μπορεί να προσφέρει η κρατική ενίσχυση. Το Δικαστήριο έκρινε ότι το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να επιτρέπουν σε επιχειρήσεις που έχουν λάβει κρατική ενίσχυση, να υποβάλλουν προσφορές χαμηλότερες από άλλους ενδιαφερομένους που δεν έχουν λάβει ενισχύσεις και επομένως να λαμβάνουν μέρος στις σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης<sup>48</sup>.

#### **Β. Ένταξη κριτηρίου για την κοινωνική συνοχή και την προστασία του περιβάλλοντος**

- 45 Η κρατική ενίσχυση μπορεί να εκφράζεται στις δημόσιες συμβάσεις και μέσω της ένταξης στα κριτήρια ανάθεσης ενός κοινωνικού ή περιβαλλοντικού κρι-

*Burgenland και Αυστρία κατά Επιτροπής*, συνεκδικασθείσες, σκέψη 87 και υπόθ. ΓΔΕΕ T-244/2008, απόφ. της 13.12.2011, *Konsum Nord κατά Επιτροπής*, σκέψεις 67 και 75.

47. Βλ. Ανακοίνωση Επιτροπής *Twenty-First Report on Competition Policy* (1991), 239 και OJ 1997 L209/3. Η Ανακοίνωση αφορά μόνο σε δημόσιες εκτάσεις και κτίρια και *Quigley*, ο.π, σελ. 116.

48. Υπόθεση ΔΕΚ C-94/99, απόφ. της 7.12.2000, *ARGE Gewässerschutz κατά Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*, § 25 και *Quigley* ό.π., σελ. 145.

τηρίου στην προκήρυξη των διαγωνισμών. Κατ' αρχάς, δεν είναι απαραίτητη η ένταξη κριτηρίου με αποκλειστικά οικονομικό αντικείμενο. Οι Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ επιτρέπουν στις αναθέτουσες αρχές την ένταξη κοινωνικού ή περιβαλλοντικού κριτηρίου στις προκηρύξεις των διαγωνισμών<sup>49</sup>. Τούτο συμβαίνει λόγω της ενδεδειγμένης ένταξης περιβαλλοντικών, κοινωνικών και εργασιακών απαιτήσεων στις διαδικασίες δημόσιων προμηθειών, οπότε είναι ιδιαίτερα σημαντικό τα ΚΜ και οι αναθέτουσες αρχές να λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα για την εξασφάλιση της συμμόρφωσης προς τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου<sup>50</sup>. Ως κριτήρια κοινωνικού περιεχομένου μπορεί να χαρακτηρισθούν η μέριμνα για τους ανέργους, τα άτομα με ειδικές ανάγκες, για νέους, ηλικιωμένους εργαζόμενους, άτομα με αναπηρίες, αλλά και ισόρροπη εκπροσώπηση ανδρών και γυναικών, κοινωνική ένταξη ευάλωτων κοινωνικών ομάδων, όπως π.χ. αποφυλακισμένων, ανήλικων παραβατών, οροθετικών κ.λπ..

Ωσαύτως, οι αναθέτουσες αρχές που επιθυμούν να συνάψουν συμβάσεις για έργα, αγαθά ή υπηρεσίες με συγκεκριμένα περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά θα πρέπει να είναι σε θέση να αναφέρουν συγκεκριμένα σήματα, όπως το ευρωπαϊκό οικολογικό σήμα, τα πολυεθνικά οικολογικά σήματα ή οποιοδήποτε άλλο σήμα, υπό την προϋπόθεση ότι οι απαιτήσεις για την απόκτηση του σήματος συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως είναι η περιγραφή του

49. Αναφορικά με την δυνατότητα, αν όχι υποχρέωση, των αναθετουσών αρχών να περιλαμβάνουν το κοινωνικό ή/και περιβαλλοντικό κριτήριο στις προκηρύξεις, βλ. και Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 11/24.12.2015, § III (1) και (4).

50. Βλ. σκ. 37 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δυνάμει του άρθρου 11 της ΣΛΕΕ οι απαιτήσεις της περιβαλλοντικής προστασίας πρέπει να ενταχθούν στον καθορισμό και την εφαρμογή των πολιτικών και δράσεων της Ένωσης, ιδίως προκειμένου να προωθηθεί η αειφόρος ανάπτυξη. Η οδηγία διευκρινίζει με ποιον τρόπο οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συμβάλλουν στην προστασία του περιβάλλοντος και την προώθηση της αειφόρου ανάπτυξης, ενώ ταυτόχρονα εγγυάται στις αρχές αυτές τη δυνατότητα να επιτυγχάνουν, για τις συμβάσεις τους, την καλύτερη σχέση ποιότητας/τιμής (σκ. 91 του προοιμίου). Επίσης, στις διατάξεις του άρθρου 67 της Οδηγίας προβλέπεται ότι «*Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά σύμφωνα με τη γνώμη της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης αποτελεσματικότητας σε σχέση με το κόστος, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, [...] και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση τιμής-ποιότητας, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών και/ή κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης.*». Αντίστοιχες σκέψεις και ρυθμίσεις περιέχονται και στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Για την ένταξη του περιβαλλοντικού κριτηρίου στις δημόσιες συμβάσεις, βλ. Γιαννακόπουλο Κ., Η προστασία του περιβάλλοντος ως κριτήριο ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, ΠερΔικ 2003, 281 επ., καθώς και ΕΛΣυν 55/2007 Τμ., VI 2007, σελ. 173 επ., με σχόλιο Μπαλά Ε.

προϊόντος και η παρουσίασή του, συμπεριλαμβανομένων και των απαιτήσεων σχετικά με τη συσκευασία<sup>51</sup>.

- 47 Η νομολογία του Δικαστηρίου<sup>52</sup> έχει προσδιορίσει τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες μπορεί να γίνει αποδεκτό ένα κοινωνικό ή περιβαλλοντικό κριτήριο για την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης χωρίς να προκαλέσει ζήτημα στον ελεύθερο ανταγωνισμό. Κατ' αρχάς, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει δυνατότητα απεριόριστης επιλογής για την ένταξη κριτηρίου στην προκήρυξη. Το πρώτο και κύριο απαιτούμενο είναι η ένταξη του κοινωνικού ή περιβαλλοντικού κριτηρίου να περιέχεται με ρητό και σαφή τρόπο στην προκήρυξη, ούτως ώστε οι ενδιαφερόμενοι να γνωρίζουν εκ των προτέρων, αφενός το γεγονός ότι κατά την διαδικασία αξιολόγησης θα ληφθεί υπόψη το συγκεκριμένο κριτήριο, αφετέρου την υποχρέωση της εφαρμογής του σε περίπτωση κατακύρωσης της σύμβασης. Το κριτήριο θα αναφέρεται ως αντικείμενο ειδικού όρου της συγγραφής υποχρεώσεων και πρέπει να είναι συνδεδεμένο με το αντικείμενο της σύμβασης. Επίσης, πρέπει να είναι σαφής η βαθμολογία του κριτηρίου και η θέση του στη φθίνουσα θέση αξιολόγησης όλων των κριτηρίων.
- 48 Στη συνέχεια, το κοινωνικό ή περιβαλλοντικό κριτήριο<sup>53</sup> θα πρέπει να συμβιβάζεται με τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου και ιδίως με τις απαγορεύσεις που απορρέουν από τις γενικές και ειδικές αρχές της ΣΛΕΕ, ιδίως με το δικαίωμα εγκατάστασης και ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών εντός των ορίων της Ένωσης. Εξαιρετικά σημαντική είναι η πρόνοια που πρέπει να λαμβάνεται στην προκήρυξη για την μη παραβίαση της αρχής της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας<sup>54</sup>. Με άλλα λόγια, η προσμέτρηση του κοινωνικού κριτηρίου

51. Βλ. σκ. 75 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

52. Βλ. Υπόθεση ΔΕΚ C-31/87, απόφ. 20.09.1988, *Beentjes κατά Staat der Nederlanden*, ιδίως στις σκ. 28-32, 36 και αφορούσε στο ειδικό κριτήριο απαίτησης πρόσληψης ανέργων κατά την εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης. Επίσης, υπόθεση ΔΕΚ C-225/98, απόφ. της 6.9.2000, *Nord-Pas-de-Calais*, της, επίσης για το ίδιο κριτήριο.

53. Αναφορικά με τη δυνατότητα επιλογής του περιβαλλοντικού κριτηρίου στην προκήρυξη μιας αναθέτουσας αρχής, βλ. τις υποθέσεις-ορόσημα ΔΕΚ C-513/99, απόφ. της 17.09.2002, *Concordia Bus Finland*, όπου αναγνωρίζεται ότι μπορεί να περιλαμβάνεται στην αξιολόγηση κριτήριο δίχως οικονομικό όφελος, αλλά και προσδιορίζονται ωςαύτως και οι προϋποθέσεις επιλογής ενός περιβαλλοντικού κριτηρίου, καθώς και την υπόθεση ΔΕΚ C-448/01, απόφ. της 04.12.2003, *Wienstrom*, όπου μεταξύ άλλων, προσδιορίζονται τα οικολογικά κριτήρια για την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης και καθορίζεται ότι η βαρύτητα των κριτηρίων αυτών δεν πρέπει να τελεί σε δυσαναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης και τον επιδιωκόμενο σκοπό. Τέλος, στην υπόθεση ΔΕΚ C-20/01, απόφ. της 10.04.2003, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, γίνεται μνεία για την υποχρέωση λήψης κριτηρίων σχετικά με την προστασία του περιβάλλοντος, κατά την σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης.

54. Είναι σαφής η αντίθεση της Επιτροπής και του Δικαστηρίου στην διακριτική μεταχείριση κρατικής ενίσχυσης λόγω εθνικότητας, πράγμα που είναι και αντίθετο στην

θα πρέπει να αναφέρεται σε όλους τους ενδιαφερομένους και όχι μόνο σε ημεδαπές επιχειρήσεις. Σε κάθε περίπτωση, η αρμοδιότητα και το καθήκον για την διερεύνηση της ύπαρξης άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων, ανήκει στον εθνικό δικαστή.

Ακολούθως, είναι αναγκαίο να τηρείται το σύνολο των διαδικασιών που απαιτείται από το ενωσιακό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις, περιλαμβανομένης και της τήρησης των κανόνων δημοσιότητας. Αν τα παραπάνω τηρηθούν από την προκήρυξη του διαγωνισμού εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, δεν θεωρείται ότι η ύπαρξη κοινωνικού ή περιβαλλοντικού κριτηρίου μπορεί να αποτελέσει άμεση ή έμμεση (κρυπτόμενη) κρατική ενίσχυση. 49

Η τεκμηρίωση του περιβαλλοντικού κριτηρίου μπορεί να βρίσκεται στη διάταξη του άρθρου 107 (3) (γ) της ΣΛΕΕ. Σε πολλές περιπτώσεις, το Δικαστήριο στήριξε την απόφασή του στη διάταξη αυτή και μόνο<sup>55</sup>. Υπό τις συνθήκες αυτές, τόσο η Επιτροπή όσο και το Δικαστήριο ακολουθούν την ίδια κατεύθυνση, ήτοι θεωρούν αποδεκτά για λόγους εξυπηρέτησης γενικού συμφέροντος τα περιβαλλοντικά πλεονεκτήματα και συνεπώς, ως αναλογική την εφαρμογή τέτοιων μέτρων προς εξυπηρέτηση του σκοπού<sup>56</sup>. 50

Ειδικότερα, για την περίπτωση ένταξης περιβαλλοντικού κριτηρίου στην κατακύρωση της δημόσιας σύμβασης, έχει κριθεί από το Δικαστήριο ότι η διάκριση που γίνεται μεταξύ ενισχύσεων που χορηγούνται από τα ΚΜ και των ενισχύσεων που χορηγούνται με κρατικούς πόρους δεν σημαίνει ότι όλα τα πλεονεκτήματα που χορηγούνται συνιστούν μη αποδεκτές κρατικές ενισχύσεις. Συνεπώς, γίνεται αποδεκτό ως περιβαλλοντικό κριτήριο σύναψης μιας σύμβασης, είτε η ενίσχυση χορηγείται από ΚΜ, είτε με κρατικούς πόρους<sup>57</sup>. 51

αρχή της ελεύθερης εγκατάστασης, ενδεικτικώς υπόθεση ΔΕΚ C-18/84, απόφ. της 7.5.1985, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, § 13 και C-156/98, απόφ. της 19.9.2000, *Γερμανία κατά Επιτροπή*, § 85.

55. Βλ. United Kingdom's Waste recourses action plan (WRAP).

56. Απόφαση Επιτροπής της 23.7.2003, όπου το Ηνωμένο Βασίλειο σχεδίαζε να παράσχει υπό το WRAP χρηματοδότηση περιβαλλοντικού χαρακτήρα (κρατική ενίσχυση C 61/2002 που το Ηνωμένο Βασίλειο σχεδιάζει να χορηγήσει για την αύξηση της ικανότητας επανεπεξεργασίας δημοσιογραφικού χαρτιού στο πλαίσιο του προγράμματος WRAP).

57. Το ζήτημα αντιμετωπίστηκε στην υπόθεση ΔΕΚ C-379/98, απόφ. της 13.3.2011, *PreussenElektra AG*, με την οποία το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι δεν τίθεται θέμα κρατικής ενίσχυσης στην περίπτωση της αναγκαστικής (εκ του νόμου) υποχρέωσης αγοράς από προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας της ηλεκτρικής ενέργειας που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές σε τιμή υψηλότερη από αυτή που διαμορφώνεται στην χονδρεμπορική αγορά ηλεκτρισμού. Το Δικαστήριο πρόταξε στην επιχειρηματολογία του τον ισχυρισμό ότι η ενίσχυση αυτή είναι αποδεκτή, επειδή στοχεύει στην προστασία του περιβάλλοντος.

### Γ. Πράσινες Δημόσιες Συμβάσεις

- 52 Οι πράσινες δημόσιες συμβάσεις (ΠΔΣ) αποτελούν σημαντικό εργαλείο για την επίτευξη στόχων περιβαλλοντικής πολιτικής της ΕΕ, στόχοι που σχετίζονται με την κλιματική αλλαγή, την χρήση των πόρων και την βιώσιμη κατανάλωση και παραγωγή, ιδίως δεδομένης της σημασίας των δαπανών του δημόσιου τομέα για αγαθά και υπηρεσίες στην ΕΕ. Οι ΠΔΣ ορίζονται στην σχετική Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ως η «*διαδικασία με την οποία οι δημόσιες αρχές επιδιώκουν να συνάψουν συμβάσεις για αγαθά, υπηρεσίες και έργα με μικρότερες περιβαλλοντικές επιπτώσεις καθ' όλη τη διάρκεια του κύκλου ζωής τους, σε σύγκριση με αγαθά, υπηρεσίες και έργα που επιτελούν την ίδια πρωταρχική λειτουργία τα οποία θα αποτελούσαν το αντικείμενο της σύμβασης υπό άλλες συνθήκες.*»<sup>58</sup>.
- 53 Αντικείμενο των ανωτέρω συμβάσεων, ή άλλως και ένταξη ειδικού κριτηρίου σε ευρύτερη δημόσια σύμβαση, μπορεί να είναι η προμήθεια αποδοτικών Η/Υ, η επίπλωση με αειφόρο ξυλεία, κατασκευή κτιρίων με χαμηλές ενεργειακές ανάγκες, η προμήθεια ανακυκλωμένου χαρτιού, η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού με χρήση οικολογικών προϊόντων, η προμήθεια ηλεκτρικών ή υβριδικών αυτοκινήτων ή αυτοκινήτων με χαμηλή εκπομπή ρύπων κ.λπ.
- 54 Εκτός της επιβαλλόμενης σχέσης κόστους/οφέλους που διέπει την επιλογή και ένταξη κριτηρίου σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, στην περίπτωση των ΠΔΣ η αναθέτουσα αρχή πρέπει να επιλέγει το εν λόγω κριτήριο και με βάση τη σχέση στόχου του ΚΜ με το κριτήριο αυτό. Οι στόχοι που καθορίζει το ΚΜ συνιστούν στρατηγική επιλογή του, ενώ το δεύτερο (το κριτήριο) εξειδικεύεται στην προκήρυξη του διαγωνισμού σε συνδυασμό με τον στόχο. Με τον τρόπο αυτό, το «πράσινο» κριτήριο εντάσσεται στην προκήρυξη, έχοντας οπωσδήποτε σχέση με το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης και όχι σε θέση άσχετη με αυτό.
- 55 Ο καθορισμός του κρατικού στόχου για τις ΠΔΣ συνιστά και την αιτία της ενδεχόμενης ύπαρξης κρατικής ενίσχυσης. Αν για παράδειγμα ο στόχος του ΚΜ είναι η εξοικονόμηση ενέργειας σε σχέση με την προστασία του περιβάλλοντος, για την προμήθεια ενός πλοίου μεταφοράς επιβατών και οχημάτων με ενεργειακή αποδοτικότητα 10-15%, η ενδεδειγμένη διαδικασία είναι ο ανταγωνιστικός διάλογος ή η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση προκειμένου να αποφευχθεί η παροχή πλεονεκτήματος σε μια μόνη επιχείρηση, πράγμα που θα μπορούσε να συμβεί αν η αναθέτουσα αρχή προέβαινε σε μια απ' ευθείας ανάθεση. Αν, στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή επιθυμεί, λόγου χάριν, να προμη-

58. COM (2008) 400, Ανακοίνωση της Επιτροπής «Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην υπηρεσία του Περιβάλλοντος», 16.07.2008. Επίσης, βλ. *Εγχειρίδιο για τις Πράσινες Δημόσιες Συμβάσεις* (3η Έκδοση, 2016).

θευτεί καινοτόμα προϊόντα ή υπηρεσίες, θα μπορούσε να συστήσει σύμπραξη καινοτομίας<sup>59</sup> με περισσότερους του ενός εταίρους, ούτως ώστε να επιτευχθεί ένας «εσωτερικός» ανταγωνισμός μεταξύ των ενδιαφερομένων προς αποφυγήν χορήγησης πλεονεκτήματος σε μια μόνη επιχείρηση που ενδεχομένως δεν θα μπορούσε να καλύψει πλήρως τις απαιτήσεις της βέλτιστης καινοτομίας, όπως αυτές θα εξυπηρετούσαν τον στόχο του ΚΜ ή το σκοπό της προκήρυξης.

Σε κάθε περίπτωση, το αντικείμενο της ΠΔΣ ορίζεται με βάση τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και η επιλογή αυτή γίνεται με γνώμονα την μη παραβίαση της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης από όλες τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην εδαφική επικράτεια της Ένωσης. Ευνόητο είναι ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να χρησιμοποιεί κάθε πρόσφορη διαδικασία που προβλέπεται στις Οδηγίες για την σύναψη μιας ΠΔΣ. 56

### Συμπεράσματα

Το σύστημα δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και το σύστημα δικαίου των κρατικών ενισχύσεων συνιστούν δυο αυτόνομα δικαιοκτικά συστήματα που ενίοτε συναντώνται. Όταν και όπου τα δυο συστήματα συναντώνται είναι δυνατόν να προκαλείται παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού. Αποτελεί μέριμνα της αναθέτουσας αρχής, όταν τα συστήματα αυτά συναντώνται, να αποφεύγεται η στρέβλωση του ανταγωνισμού. Η γενική αρχή είναι ότι δεν τίθεται ζήτημα σύγκρουσης των δυο συστημάτων, όταν μια δημόσια σύμβαση ανατίθεται με ανταγωνιστική διαδικασία. Ανεξαρτήτως της τυπολογίας της δημόσιας σύμβασης, ήτοι αν βρίσκεται στο πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων ή εκτός αυτού, πρέπει να τηρούνται οι αρχές και κανόνες διεξαγωγής που τίθενται στο ενωσιακό δίκαιο, προκειμένου να μην θεωρηθεί ότι χορηγείται κρατική ενίσχυση μέσω της δημόσιας σύμβασης. Σημαντικός οδηγός για την αποφυγή εμφιλοχώρησης κρατικής ενίσχυσης στη δημόσια σύμβαση είναι η υπόθεση Altmark και τα κριτήρια που τέθηκαν από το Δικαστήριο με αυτήν. Σημαντική μέριμνα πρέπει να λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές κατά την επιλογή και ένταξη του κριτηρίου ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, ιδίως της υποχρέωσης σύνδεσής του με το αντικείμενο της σύμβασης. Τέλος, και σε γενικές γραμμές, η ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης με ανταγωνιστική διαδικασία, συνιστά τον ασφαλέστερο τρόπο αποφυγής παρείσδυσης κρατικής ενίσχυσης. 57

59. Όπως προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.