

**Απευθείας ανάθεση σύμβασης για τη διάθεση αποβλήτων
Η συνεργασία οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης με σκοπό την εκπλήρωση δημόσιας αποστολής δεν θίγει τους κοινοτικούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις**

παράβαση κράτους μέλους – Οδηγία 92/50/ΕΟΚ – δημόσια σύμβαση υπηρεσιών – απευθείας ανάθεση σύμβασης – in-house – διαδημοτική συνεργασία

ΔΕΚ C-480/06, 09.07.2009, Επιτροπή/Γερμανία

Περίληψη

Βλ. ΔηΣΚΕ & αγορά, τεύχος 2/2009, σ. 52

Παρατηρήσεις

*Χαράλαμπος Χάχαλης
LL.M., Δικηγόρος, Στέλεχος Μο.Πα.Δι.Σ.*

Η σχολιαζόμενη απόφαση εξετάζει την προβληματική που αντιμετώπισε τα τελευταία χρόνια το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, αναφορικά με το ζήτημα της υπαγωγής μιας διαδημοτικής συνεργασίας στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

Πρόκειται για μια ρηξικέλευθη απόφαση δεδομένου ότι για πρώτη φορά ορίζονται νομολογιακά οι προϋποθέσεις, σύμφωνα με τις οποίες εξαιρείται μια οριζόντια συνεργασία μεταξύ φορέων του δημοσίου από την διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, γεγονός που αποτελεί αναμφισβήτητα μια εξέλιξη στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

Μεγάλη σημασία πρέπει να αποδοθεί εξάλλου στη συγκεκριμένη απόφαση, διότι αποτελεί μια από τις ελάχιστες περιπτώσεις κατά τις οποίες το ΔΕΚ δεν συμμερίζεται τις τελικές προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα¹, ο οποίος είχε προτείνει την διαπίστωση παράβασης εκ μέρους της Γερμανίας.

Αξιοσημείωτο είναι επίσης, ότι η απόφαση λήφθηκε από το τμήμα μείζονος συνθέσεως του Δικαστηρίου, γεγονός που αποδεικνύει ότι οι Δικαστές του Λουξεμβούργου απέδωσαν μεγάλη σημασία στο ζήτημα της εφαρμογής η μη του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων στην διαδημοτική συνεργασία.

I. Νομικά Ζητήματα

Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, τέσσερις διοικητικές περιφέρειες της Κάτω Σαξονίας συνήψαν απευθείας σύμβαση με την υπηρεσία καθαριότητας του Αμβούργου για τη διάθεση των αποβλήτων τους.

Η Επιτροπή υποστήριξε ότι η Γερμανία, συνάπτοντας απευθείας σύμβαση, χωρίς την τήρηση της διαδικασίας διαγωνισμού, παρέβη τις διατάξεις της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ. Τόνισε ότι οι οικείες διοικητικές περιφέρειες θα έπρεπε να θεωρηθούν ως αναθέτουσες αρχές κατά την

έννοια της οδηγίας και ότι για την ανάθεση της επίδικης σύμβασης θα έπρεπε να διενεργηθεί κοινοτικός διαγωνισμός δεδομένου ότι αυτή χαρακτηρίζεται δημόσια σύμβαση υπηρεσίας, η οποία μάλιστα υπερβαίνει το κρίσιμο για την εφαρμογή της οδηγίας αυτής κατώτατο όριο.

Η Επιτροπή απέρριψε την προβαλλόμενη από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας εξαίρεση της οιο-νεί αυτεπιστασίας in-house, κατά την οποία οι συμβάσεις που συνάπτει μια αναθέτουσα αρχή δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων όταν, αφενός, ο δημόσιος οργανισμός ασκεί επί του αντισυμβαλλομένου του, ο οποίος είναι νομικώς διακριτό πρόσωπο σε σχέση με αυτόν, έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί στις δικές του υπηρεσίες και αφετέρου, το πρόσωπο αυτό ασκεί το ουσιώδες τμήμα της δραστηριότητάς του για τον δημόσιο οργανισμό. Κατά την Επιτροπή, ειδικά η σχετική με την ύπαρξη ενός τέτοιου ελέγχου προϋπόθεση δεν συνέτρεχε εν προκειμένω, διότι καμία από τις οικείες αναθέτουσες αρχές δεν ασκούσε έλεγχο επί της διαχείρισεως της υπηρεσίας καθαριότητας της πόλης του Αμβούργου.

Η Γερμανία από την άλλη, υποστήριξε ότι η επίδικη σύμβαση αποτελεί την κατάληξη μιας εσωτερικής φύσεως πράξης της διοίκησης και συνεπώς δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ. Επιπλέον, θεώρησε ότι, η σχετική με την έκταση του ασκούμενου ελέγχου απαίτηση πληρούσαν, δεδομένου ότι οι οικείες διοικητικές αρχές ασκούσαν αμοιβαίο έλεγχο η μία επί της άλλης και ως εκ τούτου στοιχειοθετείται η περίπτωση της in-house ανάθεσης.

II. Προϋποθέσεις ανάθεσης σύμβασης in-house

Το ΔΕΚ, ανατρέχοντας σε παλαιότερη νομολογία του όπου είχε να αξιολογήσει παρεμφερή πραγματικά περιστατικά², ξεκαθάρισε καταρχάς ότι πέρα από φυσικά και νομικά πρόσωπα κατατάσσονται και δημόσιοι οργανισμοί στους δυνάμενους να παρέχουν υπηρεσίες. Μάλιστα το γεγονός ότι ο παρέχων υπηρεσίες (υπηρεσία καθαριότητας του Αμβούργου) είναι δημόσιος οργανισμός διακριτός σε σχέση με τον αποδέκτη των υπηρεσιών (διοικητικές περιφέρειες) δεν αποκλείει την εφαρμογή των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

Στη συνέχεια το ΔΕΚ αναφέρθηκε στην μοναδική έως τώρα αναγνωρισμένη εξαίρεση από την υποχρέωση τήρησης διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δηλαδή την μέθοδο της in-house ανάθεσης και εξέτασε εάν η επίδικη σύμβαση μπορεί να χαρακτηριστεί ως τέτοια. Παραπέμποντας για άλλη μια φορά στις νομολογιακές προϋποθέσεις της in house ανάθεσης, που είχαν τεθεί στην απόφαση Teckal³, επανέλαβε ότι η προκήρυξη διαγωνισμού δεν είναι υποχρεωτική στην περίπτωση κατά την οποία δημόσια αρχή, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, ασκεί επί του επίμαχου διακεκριμένου οργανισμού έλεγχο

[2] ΔΕΚ C-84/03, 13.01.2005, Επιτροπή/Ισπανία, Συλλ. 2005, I-139.

[3] ΔΕΚ C-107/98, 18.11.1999, Teckal, Συλλ. I-08121σ. 49-50.

[1] Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Jan Mazak, σημείο 64

ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών, υπό τον όρο ότι ο οργανισμός αυτός πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του με τη δημόσια αρχή ή με άλλους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης που τον ελέγχουν. Μάλιστα, αναφορικά με το κριτήριο του ελέγχου, το Δικαστήριο στην απόφαση Coditel⁴ έχει αποφανθεί ότι, στην περίπτωση που περισσότερες δημόσιες αρχές επιλέγουν να εκκληρώσουν τα δημόσια καθήκοντά τους προσφεύγοντας σε κοινό ανάδοχο φορέα, δεν απαιτείται ατομικός έλεγχος από τις αρχές αυτές στις αποφάσεις του φορέα αυτού, αλλά μπορεί να ασκείται από κοινού. Ωστόσο, η υπό κρίση περίπτωση διαφοροποιείται από την υπόθεση Coditel, διότι η υπηρεσία καθαριότητας του Αμβούργου δεν αποτελούσε έναν κοινό οργανισμό στον οποίο μετείχαν οι τέσσερις διοικητικές περιφέρειες ως μέλη του αλληλάντισυμβαλλόμενης των εν λόγω φορέων βάσει οριζόντιας συνεργασίας. Το ΔΕΚ δεν διαπίστωσε ότι οι τέσσερις διοικητικές περιφέρειες ασκούσαν έλεγχο ο οποίος θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ανάλογο προς εκείνον που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών. Κατά συνέπεια, δεν πληρούνταν το πρώτο από τα δύο κριτήρια για την εφαρμογή in-house ανάθεσης. Ως εκ τούτου το Δικαστήριο δεν προχώρησε στην εξέταση του δεύτερου κριτηρίου.

III. Η οριζόντια συνεργασία μεταξύ δημοσίων αρχών δεν θίγει τον κύριο σκοπό των κοινοτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων

Σε αντίθεση με την απόφαση Coditel όπου η διαδημοτική συνεργασία εξαιρέθηκε από το πεδίο εφαρμογής του δικαίου δημοσίων συμβάσεων λόγω της πλήρωσης των προϋποθέσεων μιας in-house ανάθεσης, το ΔΕΚ στην απόφαση Stadtreinigung Hamburg έληξε ρητά να καταστήσει σαφές εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις μια διαδημοτική συνεργασία εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής του δικαίου δημοσίων συμβάσεων.

Καταρχάς, όπως και στην απόφαση Coditel⁵, σημείο αναφοράς των σκέψεων του ΔΕΚ αποτέλεσε η διαπίστωση ότι μια δημόσια αρχή μπορεί να εκκληρώνει τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος τα οποία υπέχει και με τα δικά της μέσα, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς οργανισμούς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες της, καθώς επίσης ότι μπορεί να εκκληρώνει τα καθήκοντα αυτά σε συνεργασία με άλλες δημόσιες αρχές. Ωστόσο, με την σχολιαζόμενη απόφαση, το ΔΕΚ προχώρησε ένα βήμα παραπέρα, επισημαίνοντας ότι οι δημόσιες αρχές διαθέτουν ελευθερία επιλογής αναφορικά με τη νομική μορφή συνεργασίας τους και δεν υποχρεούνται να προβούν στην ίδρυση ενός δημοσίου οργανισμού στο οποίο θα αναθέσουν την εκκλήρωση των αποστολών τους δημοσίας υπηρεσίας, όπως συνέβη στην περίπτωση της Coditel. Η άποψη αυτή αιτιολογείται αφενός από το γεγονός ότι δεν υφίσταται κοινοτική διάταξη η οποία επιβάλλει

στις δημόσιες αρχές ορισμένη νομική μορφή για την από κοινού εκκλήρωση των αποστολών τους δημοσίας υπηρεσίας. Αφετέρου, το ΔΕΚ επεσήμανε ότι παρόμοια συνεργασία μεταξύ δημοσίων αρχών δεν θίγει τον κύριο σκοπό των κοινοτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών και τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό εντός όρων των κρατών μελών, εφόσον η υλοποίηση της συνεργασίας αυτής διέπεται αποκλειστικά από στοιχεία και επιταγές που προσδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Κατά συνέπεια, βασικό χαρακτηριστικό της διαδημοτικής συνεργασίας που εξαιρείται από τους κανόνες δημοσίων συμβάσεων, είναι εκκλήρωση μιας δημόσιας αποστολής. Στο σημείο αυτό, δεν πρέπει να παραβλεφθεί ότι και στην περίπτωση της διαδημοτικής συνεργασίας πρέπει να τηρείται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των ενδιαφερομένων, με συνέπεια καμία ιδιωτική επιχείρηση να μη βρίσκεται σε πλεονεκτική θέση έναντι των ανταγωνιστών της⁶. Ως εκ τούτου, στην περίπτωση ανάθεσης σύμβασης σε ιδιωτικές επιχειρήσεις, εφαρμόζεται υποχρεωτικά η διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημοσίας σύμβασης.

IV. Προϋποθέσεις εξαιρέσης της διαδημοτικής συνεργασίας από το πεδίο εφαρμογής του δικαίου δημοσίων συμβάσεων

Συνοψίζοντας τις σκέψεις του ΔΕΚ, μια διαδημοτική συνεργασία εξαιρείται από τους κανόνες δημοσίων συμβάσεων όταν πληρούνται οι εξής προϋποθέσεις:

- η συνεργασία μεταξύ δημοσίων οργανισμών έχει ως σκοπό τη διασφάλιση της εκκλήρωσης μιας αποστολής δημοσίας υπηρεσίας, κοινής σε όλους τους οργανισμούς
 - με την εν λόγω συνεργασία διασφαλίζεται η αποτελεσματικότερη εκκλήρωση της δημοσίας αποστολής
 - τα συμβαλλόμενα μέρη υποχρεούνται, σε περίπτωση ανάγκης, να παρέχουν αμοιβαία συνδρομή στο πλαίσιο της εκτελέσεως της υποχρέωσης.
- Εκτός από τις θετικές προϋποθέσεις πρέπει να τηρούνται και οι ακόλουθες αρνητικές προϋποθέσεις:
- μεταξύ των συμβαλλομένων μερών δεν υπάρχουν μεταφορές χρηματικών ποσών
 - η συνεργασία θα πρέπει, όπως και σε μια in-house σύμβαση, να πραγματοποιείται αποκλειστικά από δημόσιες αρχές, χωρίς τη συμμετοχή ιδιώτη,
 - η εν λόγω συνεργασία δεν θα πρέπει να έχει ως σκοπό την καταστράτηγηση των κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

Ένα στοιχείο το οποίο δεν πρέπει να παραβλεφθεί είναι ότι οι διοικητικές περιφέρειες καθώς και η αντισυμβαλλόμενη πόλη του Αμβούργου συνορεύουν. Αυτός ο γεωγραφικός συσχετισμός δεν αναλύεται στην απόφαση εντούτοις θα πρέπει να επηρέασε την ετυμηγορία του ΔΕΚ. Ειδικά άλλωστε για την διάθεση αποβλήτων, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι η Οδηγία 75/442/ΕΟΚ επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση για επεξεργασία των αποβλήτων σε μία

[4] ΔΕΚ C-324/07, 13.11.2008, Coditel Brabant.

[5] ΔΕΚ C-324/07, 13.11.2008, Coditel Brabant, σκ. 48-49.

[6] ΔΕΚ C-26/03, 11.01.2005, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλ. 2005, I-1, σκ. 51.

από τις πλησιέστερες εγκαταστάσεις. Κατά συνέπεια, εναπόκειται στο Δικαστήριο να αποσαφηνίσει στο μέλλον, εάν η διαδημοτική συνεργασία μπορεί να επεκτείνεται σε όλη την επικράτεια ή προϋποθέτει ένα στοιχείο «γεινιάσεως» μεταξύ των δημόσιων αρχών που συνεργάζονται.

VI. Συμπερασματικά

Η συγκεκριμένη απόφαση του ΔΕΚ μπορεί να χαρακτηριστεί ως νομολογιακή επέκταση της μέχρι πρότινος μοναδικής εξαίρεσης από την διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, την μέθοδο της in-house ανάθεσης. Το γεγονός αυτό καθιστά την υπό κρίση απόφαση καθοριστικής σημασίας δεδομένου ότι το Δικαστήριο διακρίνει τη διαδημοτική συνεργασία ως μια πρόσθετη, ξεχωριστή κατηγορία, πέρα από την περίπτωση της in-house ανάθεσης, η οποία εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής του δικαίου δημοσίων συμβάσεων. Η εξαίρεση αυτή πρέπει ωστόσο να συγκεντρώνει ορισμένα χαρακτηριστικά. Συνεπώς για την διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού μεταξύ των κρατών μελών θα πρέπει η πλήρωση των προϋποθέσεων αυτών να εξετάζεται σε κάθε μορφή διαδημοτικής συνεργασίας ad hoc.

Επισκόπηση νομολογίας ΔΕΚ- ΠΕΚ (Ιούλιος-Οκτώβριος 2009)

Ε. Τσόλη

Απόρριψη προσφοράς διαγωνιζομένου

Η προστασία της ιδιωτικής ζωής δεν δικαιολογεί την απόρριψη αιτήματος γνωστοποίησης της σύνθεσης μιας επιτροπής αξιολόγησης

αίτηση ακύρωσης – δημοσιονομικός Κανονισμός – Κανονισμός 1049/2001/ΕΚ – δημόσια σύμβαση υπηρεσίας – υπηρεσίες φύλαξης – αρχή της διαφάνειας – πρόσβαση στα έγγραφα

ΠΕΚ T-437/05, 09.09.2009, Brink's Security Luxembourg/Επιτροπή

Η Επιτροπή προκήρυξε έναν διαγωνισμό με αντικείμενο την φύλαξη κτιρίων στο Λουξεμβούργο. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών ενημέρωσε την αιτούσα εταιρεία ότι η σύμβαση ανατέθηκε σε άλλη υποψήφια που συγκέντρωσε μεγαλύτερο βαθμό. Η αιτούσα ζήτησε την επανεξέταση της απόφασης ανάθεσης και κάποιες περαιτέρω πληροφορίες σχετικά με τα μέλη της επιτροπής αξιολόγησης. Η Επιτροπή αρνήθηκε να παρέχει τις πληροφορίες επικαλούμενη τον εμπιστευτικό τους χαρακτήρα.

Με αίτησή της στη γραμματεία του Πρωτοδικείου, η εταιρεία που αποκλείστηκε ζήτησε την ακύρωση της απόφασης απόρριψης της προσφοράς της και της απόφασης ανάθεσης.

Το Πρωτοδικείο έκρινε ότι το αίτημα της εταιρείας που αποκλείστηκε για τη γνωστοποίηση σε αυτήν της σύνθε-

σης της επιτροπής αξιολόγησης έπρεπε να γίνει δεκτό και σε κάθε περίπτωση δεν παραβίαζε την προστασία της ιδιωτικής ζωής των προσώπων που συμμετείχαν. Γι' αυτό το λόγο έκανε δεκτή την ακύρωση της απόφασης απόρριψης γνωστοποίησης της σύνθεσης της επιτροπής αξιολόγησης, ενώ απέρριψε την υπόλοιπους λόγους ακύρωσης.

Απευθείας ανάθεση δημόσιας σύμβασης

Η απευθείας ανάθεση δημόσιας σύμβασης σε εταιρεία δεν απαγορεύεται όταν η αναθέτουσα αρχή ασκεί έλεγχο επί αυτών ανάλογο με αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες

προδικαστικό ερώτημα – άρθρα 43, 45, 46, 49 και 86 ΕΚ – δημόσια σύμβαση υπηρεσίας – υπηρεσία συλλογής, μεταφοράς και διάθεσης των αστικών αποβλήτων – σύναψη σύμβασης χωρίς διαγωνισμό – απευθείας ανάθεση – αρχή της ίσης μεταχείρισης – αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων – αρχή της διαφάνειας

ΔΕΚ C-573/07, 10.09.2009, Sea

Η εταιρεία Sea κατόπιν διαγωνισμού εκτέλεσε σύμβαση για την παροχή της υπηρεσίας συλλογής, μεταφοράς και διάθεσης των αστικών στερεών αποβλήτων εντός των ορίων ενός οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης για το χρονικό διάστημα 2004-2006. Στη συνέχεια, ο Comune di Ponte Nossa αποφάσισε να αποκτήσει μειοψηφικό πακέτο μετοχών της εταιρείας Setco και αποφάσισε να τροποποιήσει το καταστατικό της για να την υποβάλει σε έλεγχο ανάλογο με εκείνο που ασκεί στις δικές τους υπηρεσίες. Στη συνέχεια, ο ίδιος οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης ανέθεσε απευθείας στη Setco την παροχή της υπηρεσίας συλλογής, μεταφοράς και διάθεσης των αστικών στερεών αποβλήτων χωρίς να διεξαχθεί προηγούμενης διαδικασία υποβολής προσφορών.

Η εταιρεία Sea κατέθεσε ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου προσφυγή αμφισβητώντας τη συμφωνία της απευθείας ανάθεσης προς την εταιρεία Setco με το κοινοτικό δίκαιο και ειδικότερα την απαγόρευση των διακρίσεων και την υποχρέωση της ίσης μεταχείρισης. Το διοικητικό δικαστήριο αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο σχετικό προδικαστικό ερώτημα.

Το Δικαστήριο υπενθύμισε τις προϋποθέσεις της εσωτερικής ανάθεσης και αναγνώρισε ότι η σχετική νομολογία μπορεί να εφαρμόζεται και στις κεφαλαιουχικές εταιρείες. Σχετικά με την απευθείας σύναψη της δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών στην ανώνυμη εταιρεία, το Δικαστήριο έκρινε ότι αυτό δεν απαγορεύεται εφόσον η αναθέτουσα αρχή ασκεί έλεγχο επί της εταιρείας ανάλογο με αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες. Αυτό θα εξακριβωθεί από το αιτούν δικαστήριο, το οποίο πρέπει να λάβει υπόψη του πρώτον αν η δραστηριότητα της εν λόγω εταιρείας περιορίζεται εντός των γεωγραφικών ορίων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και δεύτερον αν οι τελευταίοι ασκούν αποφασιστική επιρροή στους στρατηγικούς στόχους και τις σημαντικές αποφάσεις της εταιρείας.