



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΣΥΝΤΟΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ**

Τμήμα Συντονισμού

Ταχ. Δ/ση: Κεφαλληνίας 45 & Κορνά Τράκα
Τ.Κ. – Πόλη: 112 57 Αθήνα
Πληροφορίες: Ν. Παπασταματίου
Τηλέφωνο: 213 2124 794
eMail: eaadhsy@eaadhsy.gr
Τηλ. Κέντρο: 213 2124 700
Fax: 213 2124 777
Ιστότοπος: www.eaadhsy.gr, www.hsppa.gr

ΑΝΑΡΤΗΤΕΑ ΣΤΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟ

Αθήνα, 10 Αυγούστου 2018
Α.Π.: 4263

Προς: Ως Πίνακας Αποδεκτών
(μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου)

ΤΕΛΙΚΗ ΟΔΗΓΙΑ

**δυνάμει της περίπτωσης α της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011
(Απόφαση Τ.Ο. Α. 218 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)**

ΘΕΜΑ: «Έννοια των συμβάσεων παραχώρησης»

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η εξαίρεση στο παρελθόν, των συμβάσεων παραχώρησης, από το πεδίο εφαρμογής των ευρωπαϊκών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και η υπαγωγή τους μόνο στις θεμελιώδεις αρχές της Συνθήκης, εφόσον εμφάνιζαν διασυννοριακό ενδιαφέρον, δημιουργούσε ανασφάλεια ως προς το νομικό καθεστώς ανάθεσής τους και άφηνε ευρύ περιθώριο εκτίμησης και ρύθμισης στον εθνικό νομοθέτη. Προς αντιμετώπιση των συνθηκών αυτών, υιοθετήθηκε η οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης. Συνεπώς, απώτερος στόχος του νόμου 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148), ως μέσο ενσωμάτωσης της οδηγίας, αποτελεί η δημιουργία ενός συνεκτικού, και διαφανούς νομοθετικού πλαισίου για την ανάθεση και εκτέλεση των συμβάσεων παραχώρησης, το οποίο θα εγγυάται την συμμόρφωση με τις θεμελιώδεις αρχές της ΣΛΕΕ, τις αρχές της νομολογίας του Δικαστηρίου και τους κανόνες του παράγωγου ευρωπαϊκού ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ικανού να διασφαλίζει την αποτελεσματικότητα των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εντός ενός διαφανούς κανονιστικού-θεσμικού περιβάλλοντος ισότιμης πρόσβασης και δικαίου ανταγωνισμού.

Η εισαγωγή μιας αυτοτελούς οδηγίας για τη ρύθμιση των συμβάσεων παραχώρησης και η υπαγωγή τους σε παρόμοιες υποχρεώσεις με αυτές που προβλέπει το δευτερογενές ευρωπαϊκό ενωσιακό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις, δεν ήταν άνευ αντιδράσεων από τα κράτη-μέλη, τα οποία αρχικά δεν ήταν πρόθυμα να εκχωρήσουν σε υπερεθνικό επίπεδο κυρίαρχες αρμοδιότητες, σχετικά με την εκμετάλλευση στρατηγικών υποδομών και την παροχή θεμελιωδών δημόσιων αγαθών στους πολίτες. Υπό τις συνθήκες αυτές, η οδηγία αναγνωρίζει την ιδιαίτερη φύση των συγκεκριμένων συμβάσεων, εισάγοντας ένα ελαφρύ ρυθμιστικό

καθεστώς, και εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής της πλήθος συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών.

I. ΟΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

A. Τι είναι η παραχώρηση;

Είναι ένα είδος εταιρικής σχέσης μεταξύ του δημόσιου τομέα και μιας (συνήθως) ιδιωτικής εταιρείας που έχει αποδείξει την προστιθέμενη αξία της σε έναν συγκεκριμένο τομέα, (πχ υλοποίηση έργων υποδομής). Οι παραχωρήσεις χρησιμοποιούνται σε τομείς που επηρεάζουν την ποιότητα ζωής των πολιτών της ΕΕ. Μέσω των παραχωρήσεων κινητοποιούνται ιδιωτικά κεφάλαια και τεχνογνωσία, που συμπληρώνουν δημόσιους πόρους, και πραγματοποιούνται νέες επενδύσεις σε δημόσιες υποδομές και υπηρεσίες, χωρίς να αυξάνεται το δημόσιο χρέος.

Παραδείγματα: οδικές και σιδηροδρομικές μεταφορές, λιμενικές και αερολιμενικές υπηρεσίες, συντήρηση και διαχείριση οδικών δικτύων, διαχείριση αποβλήτων, παροχή ενέργειας και θέρμανση, εγκαταστάσεις αναψυχής και χώροι στάθμευσης αυτοκινήτων.

B. Ποια είναι η διαφορά μεταξύ μιας παραχώρησης και μιας δημόσιας σύμβασης;

Στην περίπτωση δημόσιας σύμβασης, μια εταιρεία λαμβάνει καθορισμένη αμοιβή για την υλοποίηση ενός έργου ή την παροχή μιας υπηρεσίας.

Παράδειγμα: μια ιδιωτική εταιρεία κατασκευάζει και διαχειρίζεται έναν αυτοκινητόδρομο με συγκεκριμένη αμοιβή.

Στην περίπτωση παραχώρησης, η αμοιβή της εταιρείας συνίσταται κυρίως στην παραχώρηση της διαχείρισης και της εκμετάλλευσης του έργου ή της υπηρεσίας στη συγκεκριμένη εταιρεία και, συνεπώς, η εταιρεία εκτίθεται σε κίνδυνο απομείωσης της επένδυσής της. Σύμφωνα με τον ορισμό της έννοιας της παραχώρησης, το κύριο χαρακτηριστικό της, δηλαδή το δικαίωμα εκμετάλλευσης των έργων ή υπηρεσιών, ενέχει πάντα τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο ενός λειτουργικού κινδύνου, ο οποίος εμπεριέχει την πιθανότητα μη απόδοσης της επένδυσης και μη ανάκτησης του κόστους που συντίθεται με τη λειτουργία των έργων ή την παροχή των υπηρεσιών που του έχουν ανατεθεί. Ωστόσο, η αντίθεση με την επικρατούσα, προγενέστερη νομολογία του ΔΕΕ, ακόμα και η μεταφορά μιας περιορισμένης έκτασης κινδύνου είναι αρκετή για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως παραχώρησης. Με τον τρόπο αυτόν, η εκτίμηση της ύπαρξης λειτουργικού κινδύνου, και δη ουσιώδους, δεν συνιστά πλέον το μόνο αντικειμενικό και αποφασιστικό κριτήριο για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης. Εφεξής, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να εκτιμούν τον κίνδυνο με χρηματοοικονομικούς όρους περί μη εγγύησης απόδοσης του επενδυμένου κεφαλαίου. Η νέα οδηγία για τις παραχωρήσεις, αποσαφηνίζει το είδος των επιμέρους κινδύνων στους οποίους εκτίθεται ο ανάδοχος οι οποίοι αποτελούν τις συνιστώσες του λειτουργικού κινδύνου, όπως ο κίνδυνος ζήτησης προσφοράς των οδικών υπηρεσιών. Αντίθετα, ορισμένοι κίνδυνοι ή αβεβαιότητες, όπως για παράδειγμα χρηματοοικονομικοί κίνδυνοι που σχετίζονται με την αύξηση του κόστους των κεφαλαίων δανεισμού, μεταβολή του θεσμικού πλαισίου ή κίνδυνοι που συνδέονται με τη διαχείριση της υπηρεσίας, δεν μπορούν να θεωρηθούν ως λειτουργικοί κίνδυνοι, διότι οι κίνδυνοι αυτοί είναι εγγενείς σε κάθε σύμβαση, ενώ ο λειτουργικός κίνδυνος πρέπει να είναι αποτέλεσμα παραγόντων εκτός του ελέγχου των μερών.

Παράδειγμα: μια ιδιωτική εταιρεία κατασκευάζει και διαχειρίζεται έναν αυτοκινητόδρομο και αμειβεται μέσω των διοδίων που εισπράττει, διακινδυνεύοντας έτσι να μην αποσβέσει την επένδυσή της.

Γ. Τι δεν θεωρείται παραχώρηση;

- Άδειες και εξουσιοδοτήσεις — μονομερείς πράξεις εκ μέρους δημόσιας αρχής με σκοπό να καθοριστούν οι όροι υπό τους οποίους οι εταιρείες μπορούν να ασκούν συγκεκριμένη οικονομική δραστηριότητα.
- Επιχορηγήσεις ή επιδοτήσεις — χρηματοδότηση που δεν προϋποθέτει τη μεταφορά ιδιοκτησίας ή των κερδών από το έργο ή την υπηρεσία προς τις δημόσιες αρχές που την χορήγησαν.
- Συμβάσεις δημόσιου τομέα και μίσθωσης γης — όταν μια δημόσια αρχή καθορίζει μόνο γενικούς όρους χρήσης ορισμένων δημόσιων πόρων, όπως η γη ή άλλη δημόσια περιουσία (π.χ. θαλάσσια περιουσία, εσωτερικοί λιμένες ή αερολιμένες) χωρίς να παρέχει συγκεκριμένα έργα ή υπηρεσίες.
- Δικαιώματα διέλευσης — χρήση δημόσιας ακίνητης περιουσίας για την παροχή ή τη λειτουργία σταθερών γραμμών ή δικτύων παροχής δημόσιας υπηρεσίας (π.χ. εγκατάσταση ηλεκτροφόρων καλωδίων), χωρίς οι δημόσιες αρχές να επιβάλλουν υποχρεώσεις προμήθειας ή αγοράς.
- Συστήματα ελεύθερης επιλογής — όλες οι εταιρείες που πληρούν συγκεκριμένους όρους έχουν το δικαίωμα να εκτελούν συγκεκριμένη δραστηριότητα (π.χ. συστήματα επιλογής πελάτη και κουπονιών υπηρεσιών)

Δ. Ποια είναι η σχέση μεταξύ των παραχωρήσεων και των συμπράξεων δημόσιου-ιδιωτικού τομέα (ΣΔΙΤ);

Οι παραχωρήσεις με ιδιωτικούς εταίρους αποτελούν μια ιδιαίτερη μορφή σύμπραξης δημόσιου και ιδιωτικού τομέα (ΣΔΙΤ). Μολονότι η νομοθεσία της Ε.Ε. για τις δημόσιες συμβάσεις δεν έχει δώσει τον ορισμό των ΣΔΙΤ, αυτές συνήθως θεωρούνται μορφές συνεργασίας μεταξύ δημόσιας αρχής και ιδιωτικού εταίρου, όπου οι τελευταίοι φέρουν τους κινδύνους που παραδοσιακά βαρύνουν τον δημόσιο τομέα και συχνά συμβάλλουν στη χρηματοδότηση του έργου. Ορισμένες ΣΔΙΤ διαρθρώνονται ως δημόσιες συμβάσεις, αλλά, βάσει εκτιμήσεων των υπηρεσιών της Επιτροπής, πάνω από το 60% όλων των συμβάσεων ΣΔΙΤ θεωρούνται ως παραχωρήσεις.

II.ΕΙΔΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

Α. Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων παραχώρησης (άρθρο 8 ν. 4413/2016 – άρθρο 8 παρ. 2-6 οδηγίας 2014/23/ΕΕ)

Η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης αποτελεί το κείμενο στοιχείο για την εν συνεχεία επιλογή των εφαρμοστέων, κατά τη διαδικασία ανάθεσης αυτής, κριτηρίων. Συγκεκριμένα, ως βάση για τον υπολογισμό της αξίας της σύμβασης παραχώρησης λογίζεται ο συνολικός κύκλος εργασιών του παραχωρησιούχου, λαμβάνοντας υπόψη τα έργα και τις υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο της παραχώρησης, όπως υπολογίζεται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, εκτός ΦΠΑ, καθώς και τις παρεπόμενες προμήθειες αυτών των έργων ή υπηρεσιών, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Ως χρονικό σημείο αναφοράς λαμβάνεται ο χρόνος ολοκλήρωσης της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις συμβάσεις που υπερβαίνουν το χρηματικό όριο ή της δημοσίευσης της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., για τις συμβάσεις των οποίων η εκτιμώμενη αξία υπολείπεται του χρηματικού ορίου ή, στις περιπτώσεις που δεν προβλέπεται τέτοια προκήρυξη, κατά τον χρόνο που η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας αρχίζει τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, όπως επί παραδείγματι με την έναρξη των επαφών με οικονομικούς φορείς.

Στην περίπτωση κατά την οποία η αξία της σύμβασης κατά τον χρόνο της ανάθεσης είναι πάνω από 20% υψηλότερη από την αξία που προεκτιμήθηκε σύμφωνα με τα προηγούμενα, ισχύει η αξία της σύμβασης κατά τον χρόνο της ανάθεσης.

Σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 8 του ν. 4413/2016, η μέθοδος για την εκτίμηση της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης παραχώρησης υπολογίζεται με αντικειμενική μέθοδο στα Τεύχη Διαγωνισμού. Κατά την εκτίμηση της αξίας της, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς, κατά περίπτωση, λαμβάνουν υπόψη ιδίως:

- α) την αξία τυχόν δικαιωμάτων προαίρεσης και τυχόν παρατάσεων της διάρκειας της σύμβασης παραχώρησης.
- β) τα έσοδα από την καταβολή τελών και προστίμων από τους χρήστες των έργων ή των υπηρεσιών, πέραν εκείνων που εισπράττονται εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα.
- γ) τις πληρωμές ή οιοδήποτε χρηματοοικονομικό πλεονέκτημα οιασδήποτε μορφής το οποίο καταβάλλει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας ή οιαδήποτε άλλη δημόσια αρχή προς τον παραχωρησιούχο, περιλαμβανομένων της αντιστάθμισης για την τήρηση της υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας και των δημόσιων επιχορηγήσεων πάγιων επενδύσεων.
- δ) την αξία των επιχορηγήσεων ή οιοδήποτε άλλων χρηματοοικονομικών πλεονεκτημάτων οιασδήποτε μορφής που παρέχονται από τρίτους, για την εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης.
- ε) τα έσοδα από πωλήσεις περιουσιακών στοιχείων που αποτελούν μέρος της Σύμβασης παραχώρησης,
- στ) την αξία όλων των αγαθών και υπηρεσιών που θέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή οι αναθέτοντες φορείς στη διάθεση του παραχωρησιούχου, όπως ιδίως γη ή/και η χρήση αυτής, αρχαιολογικές εργασίες, ΟΚΩ κλπ, υπό τον όρο ότι είναι αναγκαίες για την εκτέλεση των έργων ή την παροχή των υπηρεσιών,
- ζ) τα βραβεία ή τα ποσά που καταβάλλονται στους υποψηφίους ή προσφέροντες.

Προκειμένου να διασφαλίζεται η τήρηση των αρχών του ενωσιακού δικαίου αφενός μεν η επιλογή της μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης παραχώρησης δεν πρέπει να γίνεται με πρόθεση την εξαίρεσή της από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου, αφετέρου δε δεν πρέπει να κατατέμνεται, εκτός εάν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.

Β. Οριοθέτηση της διάρκειας της σύμβασης παραχώρησης (άρθρο 17 ν. 4413/2016 – άρθρο 18 οδηγίας 2014/23/ΕΕ)

Οι σχετικές διατάξεις δεν καθορίζουν τη μέγιστη διάρκεια μίας σύμβασης παραχώρησης. Ως μέγιστη

διάρκεια αυτής περιγράφεται ο χρόνος που εκτιμάται ότι είναι απαραίτητος για τον παραχωρησιούχο να αποσβέσει τις επενδύσεις στις οποίες προέβη για την εκτέλεση της σύμβασης, μαζί με μια εύλογη απόδοση επί του επενδεδυμένου κεφαλαίου. Δεν υπάρχει, ωστόσο, μία μεθοδολογία για την αξιολόγηση αυτή, η οποία εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Η σύσταση προς τις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις παραχώρησης με περιορισμένη χρονική διάρκεια ανταποκρίνεται στη νομολογία του ΔΕΕ, σύμφωνα με την οποία η ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης χωρίς χρονικό περιορισμό αντίκειται στην έννομη τάξη της Ένωσης. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση της ως άνω διάταξης, επιτρέπεται κατ' ουσίαν απροσδιόριστη χρονική διάρκεια της σύμβασης, περιοριζόμενη μόνο στον αναγκαίο χρόνο για την απόσβεση της επένδυσης. Αυτή η παράμετρος πρέπει να λαμβάνεται υπόψη ούτως ώστε να διασφαλίζεται η αναγκαία ισορροπία μεταξύ του προσδιορισμού μίας πρόσφορης διάρκειας της σύμβασης και της αποτροπής φαινομένων στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή της δημιουργίας μονοπωλιακών καταστάσεων.

Γ. Κανόνες για την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης - Γενικές αρχές (άρθρο 29 ν. 4413/2016 – άρθρο 30 οδηγίας 2014/23/ΕΕ)

Το άρθρο 29 του ν.4413/2016 αποτυπώνει έναν προβληματισμό κομβικής σημασίας για το έργο της ενσωμάτωσης της οδηγίας 2014/23/ΕΕ, η οποία καταλείπει στον εθνικό νομοθέτη την διακριτική ευχέρεια της περιγραφής και της θεσμοθέτησης μίας συγκεκριμένης διαδικασίας ή διαδικασιών ανάθεσης των συμβάσεων παραχώρησης. Δεδομένου ότι η οδηγία, λόγω της ιδιαιτερότητας των συμβάσεων παραχώρησης, της μακράς χρονικής διάρκειά τους και της πολυπλοκότητάς τους, δεν προδιαγράφει τη διαδικασία ανάθεσης, η εθνική διάταξη μεταγραφής επέλεξε να μην προδιαγράψει μια συγκεκριμένη διαδικασία, παρέχοντας στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς την ελευθερία να οργανώσουν ελεύθερα την διαδικασία για την επιλογή παραχωρησιούχου, εκτιμώντας κάθε φορά τις ιδιαίτερες ανάγκες της σύμβασης. Ωστόσο, τονίζεται ότι κατά τον σχεδιασμό της διαδικασίας ανάθεσης τηρούνται οι αρχές που καθορίζονται στο άρθρο 6 του ν. 4413/2016, και λαμβάνεται μέριμνα για την ίση μεταχείριση των υποψηφίων και την αποφυγή διακριτικής μεταχείρισης.

Δ. Τροποποίηση των συμβάσεων παραχώρησης κατά τη διάρκειά τους (άρθρο 5 ν. 4413/2016 – άρθρο 43 οδηγίας 2014/23/ΕΕ)

Η δυνατότητα τροποποίησης των συμβάσεων παραχώρησης κατά τη διάρκεια εκτέλεσής τους έχει απασχολήσει το ΔΕΕ, δεδομένου ότι η διασφάλιση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που απορρέουν από τη Συνθήκη, απαιτούνται να διέπουν και το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Στην οδηγία 2014/23/ΕΕ (άρθρο 4) ενσωματώνονται ειδικές διατάξεις σχετικά με την τροποποίηση των συμβάσεων παραχώρησης, οι οποίες αφενός προβαίνουν στην ενσωμάτωση των κριτηρίων της νομολογίας περί της έννοιας της ουσιώδους μεταβολής, αφετέρου περιλαμβάνουν ένα πιο ευέλικτο πλαίσιο για την τροποποίηση τους, όπου αυτές καθίστανται αναγκαίες.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Γεώργιος Καταπόδης