

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟΝ ΕΛΕΓΧΟ ΤΩΝ ΑΠΟΚΡΑΤΙΚΟΠΟΙΗΣΕΩΝ¹

Θεολογία Γναρδέλλη, Σύμβουλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου

1. Εισαγωγή

Το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου ΑΕ (στο εξής ΤΑΙΠΕΔ ή Ταμείο) συστάθηκε την 1η Ιουλίου 2011². Το ΤΑΙΠΕΔ αξιοποιεί την ιδιωτική περιουσία του Δημοσίου, που του έχει ανατεθεί, σύμφωνα με τις διεθνείς υποχρεώσεις της χώρας και τις προβλέψεις των μεσοπρόθεσμων Πλαισίων Δημοσιονομικής Στρατηγικής. Σε συνεργασία με την ελληνική Κυβέρνηση, το ΤΑΙΠΕΔ προωθεί την υλοποίηση των ιδιωτικοποιήσεων στη χώρα, έχουν δε μεταφερθεί σε αυτό τα περισσότερα περιουσιακά στοιχεία που είχαν περιληφθεί στο μεσοπρόθεσμο Πρόγραμμα και θα μεταφερθούν όσα ακόμη περιουσιακά στοιχεία αποφασιστεί από το Κράτος να αξιοποιηθούν. Τα περιουσιακά στοιχεία που έχουν μεταφερθεί στο Ταμείο συνοψίζονται σε τρεις κατηγορίες: αξιοποίηση γης, υποδομές, εταιρικό χαρτοφυλάκιο³.

Στο άρθρο 9 παρ. 4 του ν.3986/2011 ορίζεται ότι οι συμβάσεις αξιοποίησης των περιουσιακών στοιχείων του Ταμείου και των εταιρειών, των οποίων το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου, άμεσα ή έμμεσα, στο Ταμείο και εφόσον το τίμημα ή το χρηματικό αντάλλαγμα της αξιοποίησης υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ, ελέγχονται προσυμβατικά από το Ελεγκτικό Συνέδριο, αφού προηγουμένως γνωμοδοτήσει το Συμβούλιο Εμπειρογνομόνων.

2. Νομική φύση του ΤΑΙΠΕΔ - Κριτήρια νομιμότητας της συναλλακτικής δράσης του

Το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (ΤΑΙΠΕΔ), κατά την πάγια νομολογία του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου αποτελεί ιδίομορφο νομικό πρόσωπο, καθόσον ναι μεν λειτουργεί για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και οι μετοχές του ανήκουν καθ' ολοκληρίαν στο Ελληνικό Δημόσιο και είναι αμεταβίβαστες, πλην όμως είναι ανώνυμη εταιρεία, διεπόμενη από τις διατάξεις της νομοθεσίας περί ανωνύμων εταιρειών και λειτουργεί, ως *fiscus*, σύμφωνα με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, ήτοι τελεί υπό το καθεστώς της ελευθερίας των

¹ Με την παρούσα μελέτη παρουσιάζονται οι εξελίξεις της νομολογίας του Ελεγκτικού Συνεδρίου στον προληπτικό έλεγχο των συμβάσεων του ΤΑΙΠΕΔ κυρίως από το Μάρτιο του 2014 και μετά, δεδομένου ότι για το προγενέστερο χρονικό διάστημα, από την ίδρυση του Ταμείου μέχρι το Μάρτιο του 2014, έχει δημοσιευτεί στο τεύχος 7/2014 του περιοδικού Θεωρία και Πράξη του Διοικητικού Δικαίου αντίστοιχη μελέτη της Συμβούλου του Ελεγκτικού Συνεδρίου Αργυρώς Μαυρομάτη, με τίτλο «Ο προσυμβατικός έλεγχος των συμβάσεων του Ταμείου Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου ΑΕ από το Ελεγκτικό Συνέδριο».

² Ν.3986/2011 (Α' 152).

³ Για περισσότερες πληροφορίες βλ. www.hradf.com.

συμβάσεων (άρθρο 361 Α.Κ.), μη υπαγόμενη στην κατηγορία των οργανισμών και επιχειρήσεων του ευρύτερου δημοσίου τομέα. Ως εκ τούτου, το ΤΑΙΠΕΔ, κατά την άσκηση της συναλλακτικής του δράσης, περιορίζεται από την υποχρέωση α) της τήρησης των επιτακτικού και απαγορευτικού χαρακτήρα νομοθετικών διατάξεων, που διέπουν τη λειτουργία του, β) της εξυπηρέτησης του ειδικού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, για την επιδίωξη του οποίου συστάθηκε, όπως αυτός προσδιορίζεται με βάση τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν.3986/2011 η συναλλακτική του δράση πρέπει να εναρμονίζεται με την επιδίωξη του σκοπού αυτού και γ) της μη παραβίασης της αρχής της διαφάνειας (άρθρο 1 παρ. 1 του ν.3986/2011) και των από αυτήν απορρυσών αρχών της ισότητας των ευκαιριών, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αμεροληψίας, κατά την εφαρμογή των οποίων λαμβάνεται υπόψη ως ειδικότερο κριτήριο η στάθμιση του πρόδηλου συμφέροντος για το Δημόσιο και της ευελιξίας, την οποία ο νομοθέτης θέλησε, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, να προσδώσει στη συναλλακτική του δράση⁴. Εξάλλου, από την υποχρέωση της εναρμόνισης της δράσης του ΤΑΙΠΕΔ προς το δημόσιο συμφέρον, καθώς και από τις αρχές της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού συνάγεται ότι η πρόθεση δημοπράτησης, τα ουσιώδη στοιχεία του προς δημοπράτηση αντικειμένου και οι όροι της σχετικής διαδικασίας πρέπει να δημοσιοποιούνται κατά τρόπο, ώστε να διασφαλίζεται η πλήρης και έγκαιρη ενημέρωση του επενδυτικού κοινού και να επιτυγχάνεται η ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων του δημοπρατούμενου αντικειμένου και της ενδεδειγμένης διαδικασίας επιλογής του επενδυτή⁵.

3. Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο

Με την 370/2011 Πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι η ρύθμιση του άρθρου 9 παρ. 4 του ν. 3986/2011 συνάδει με τις διατάξεις του άρθρου 98 του Συντάγματος, αφού το νομικό αυτό πρόσωπο λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος και το μετοχικό του κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου στο Ελληνικό Δημόσιο (βλ. και τα άρθρα 4, 5, 6, 7, 8 και 16 της οικ.2/55532/0025/29.7.2011 απόφασης, με την οποία εγκρίθηκε το καταστατικό του Ταμείου, Β΄ 1690). Η δε υπό σύναψη πρόσθετη πράξη με το ΤΑΙΠΕΔ παραδεκτώως εισάγεται στο Ελεγκτικό Συνέδριο για άσκηση ελέγχου νομιμότητας, παρά το γεγονός ότι, σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 1 του ν.3986/2011, το εν λόγω Ταμείο δεν εμπίπτει στην κατηγορία των δημοσίων οργανισμών και επιχειρήσεων.

Ακολούθως, το VI Τμήμα υιοθέτησε την άποψη⁶, η οποία πλέον παγιώθηκε στη νομολογία τόσο του Κλιμακίου όσο και του Τμήματος⁷, ότι στον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου υπόκεινται οι ουσιώδεις τροποποιήσεις όρων σύμβασης που έχει υπαχθεί στον εν λόγω έλεγχο, ανεξαρτήτως εάν προκαλούν αύξηση του οικονομικού της αντικείμενου τέτοια, που να υπερβαίνει το εκάστοτε θεσπιζόμενο

⁴ Ε.Σ. VI Τμ. 1204, 560, 217/2014, 2490/2013

⁵ Ε.Σ. VI Τμ. 3800, 560, 217/2014

⁶ Ε.Σ. VI Τμ. 4424/2013, απόφαση με την οποία ανακλήθηκε η 190/2013 Πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου

⁷ Ε. Σ. VI Τμ. 1463/2017, απόφαση με την οποία απορρίφθηκε αίτηση ανάκλησης κατά της 196/2017 Πράξης του Ζ΄ Κλιμακίου

από τις ισχύουσες διατάξεις κατώτατο χρηματικό όριο υπαγωγής στον έλεγχο⁸. Πλην όμως, δεν υπάγονται στον έλεγχο αυτόν, οι συμβάσεις, με τις οποίες επέρχονται τροποποιήσεις, ουσιώδεις ή μη, σε αρχική σύμβαση, η οποία δεν υπήχθη για οποιονδήποτε λόγο στον έλεγχο, δεδομένου ότι οι τροποποιητικές συμβάσεις δεν έχουν αυτοτελή χαρακτήρα, αλλά αποτελούν ένα ενιαίο σύνολο με τις τροποποιούμενες, στις οποίες ενσωματώνονται, έχουσες άμεση λειτουργική συσχέτιση με αυτές, τυχόν δε έλεγχος των τροποποιητικών θα είχε ως αποτέλεσμα να ελέγχονται ευθέως ή παρεμπιπτόντως οι τροποποιούμενες μετά τη σύναψή τους ή ακόμα και μετά την ολοκλήρωση της εκτέλεσής τους⁹. Ως εκ τούτου, στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν υπάγεται τροποποιητική σύμβαση συναπτόμενη από το ΤΑΙΠΕΔ, όταν η τροποποιούμενη με αυτήν αρχική σύμβαση είχε συναφθεί, μεταξύ αφενός επενδυτή αναδειχθέντος στο πλαίσιο διαδικασίας διεξαχθείσας από την Ελληνική Κυβέρνηση και αφετέρου του Ελληνικού Δημοσίου, σε προγενέστερο χρονικό σημείο από το χρόνο θέσπισης του υποχρεωτικού προληπτικού ελέγχου νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Και τούτο, διότι η πρόβλεψη της παρ. 4 του άρθρου 9 του ν.3986/2011 ότι στον προσυμβατικό έλεγχο υπάγονται οι συμβάσεις του ΤΑΙΠΕΔ, που αφορούν στην αξιοποίηση των περιουσιακών στοιχείων του και το τίμημα ή το αντάλλαγμα της αξιοποίησης υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων χιλιάδων (500.000) ευρώ, έχει την έννοια, ενόψει και της κατ' εξαίρεση - από τον κανόνα της παρ. 3 του άρθρου 1 του ως άνω νόμου - θέσπισής της, ότι οι εν λόγω συμβάσεις εμπίπτουν στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, παρά το γεγονός ότι συνάπτονται από νομικό πρόσωπο με τη μορφή της ανώνυμης εταιρείας, που λειτουργεί σύμφωνα με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας και δεν υπάγεται στην κατηγορία των οργανισμών και επιχειρήσεων του ευρύτερου δημόσιου τομέα και όχι ότι εμπίπτουν στον έλεγχο αυτό, συμβάσεις τροποποιητικές αρχικών όμοιων που δεν είχαν υποβληθεί στον έλεγχο^{10 11}.

Επίσης, με την 101/2013 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου κρίθηκε ότι, ειδικά για την πώληση ενός ακινήτου στο Λονδίνο, ο έλεγχος δεν κωλύεται από το γεγονός ότι τα ενδιαφερόμενα μέρη έχουν ήδη υπογράψει τη σύμβαση, καθόσον σύμφωνα με τους όρους αυτής η ισχύς της τελεί υπό την αίρεση της έγκρισής της από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ενώ ταυτόχρονα προβλέπεται ρητά ότι, σε περίπτωση που δεν εγκριθεί μέχρι

⁸ VI Τμ. Ε.Σ. 2440/2012

⁹ VI Τμ. Ε.Σ. 2552/2013, 36/2008

¹⁰ Ε.Σ. VI Τμ. 4424/2013

¹¹ Αξιοσημείωτη είναι η επίκληση από το Τμήμα του επιχειρήματος ότι στις κωδικοποιηθείσες - με τις παρ. 9 και 10 του άρθρου 35 του Κώδικα Νόμων για το Ε.Σ. - διατάξεις του άρθρου 13 του ν.3978/2011 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών στους τομείς της Άμυνας και της Ασφάλειας (...)» (Α' 137), προβλέπεται, στην μεν παρ. 9, ότι οι συμβάσεις του εν λόγω νόμου υπάγονται στον προληπτικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης υπερβαίνει το εκεί αναφερόμενο όριο, στη δε παρ. 10, ότι στον έλεγχο νομιμότητας της προηγούμενης παραγράφου υπάγονται και οι τροποποιητικές συμβάσεις που εμπίπτουν στις προϋποθέσεις εφαρμογής της, ανεξαρτήτως του εάν η κύρια σύμβαση διήλθε από τον προληπτικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εκ τούτου δε συνάγεται ότι όπου ο νομοθέτης ηθέλησε τον προληπτικό έλεγχο και των τροποποιητικών συμβάσεων το προέβλεψε ρητά, τέτοιου όμως περιεχομένου ρύθμιση δεν θέσπισε ως προς τις τροποποιητικές συμβάσεις που συνάπτει το ΤΑΙΠΕΔ.

μια συγκεκριμένη ημερομηνία, δεν θα έχει καμία νομική ισχύ και η καταβληθείσα προκαταβολή θα επιστραφεί, χωρίς δικαίωμα περαιτέρω προσφυγής ή αποζημίωσης τόσο του πωλητή όσο και του αγοραστή. Συνεπώς, το Κλιμάκιο καταλήγει ότι ο διενεργούμενος έλεγχος διατηρεί τον προληπτικό και προσυμβατικό χαρακτήρα του, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 9 παρ. 4 του ν.3986/2011¹².

4. Πεδίο και όρια του ελέγχου

4.1. Ανυπαρξία αυστηρού νομοθετικού πλαισίου

Μελετώντας τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου σε θέματα προσυμβατικού ελέγχου των συμβάσεων του ΤΑΙΠΕΔ, όπως αυτή έχει διαμορφωθεί και παγιωθεί, μετά την πάροδο έξι πλέον ετών, διαπιστώνεται ότι, λόγω της ανυπαρξίας αυστηρού νομοθετικού πλαισίου, αφού ούτε ο ν.3986/2011 προβλέπει συγκεκριμένη διαδικασία για την αξιοποίηση της ιδιωτικής περιουσίας του Δημοσίου, ούτε οι διατάξεις των Οδηγιών 2004/17/EK και 2004/18/EK¹³, ούτε άλλες διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας που ρυθμίζουν τις διαδικασίες επιλογής αναδόχου του Δημοσίου μπορούν να τύχουν εφαρμογής στην περίπτωση αυτή, το ΤΑΙΠΕΔ, προς επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου της εισροής στο Δημόσιο Ταμείο κεφαλαίων που θα διατεθούν για την εξάλειψη του δημοσίου χρέους, ενεργεί ως «εντολοδόχος» του Ελληνικού Δημοσίου, χωρίς να δεσμεύεται να ακολουθήσει συγκεκριμένη διοικητική διαδικασία, καθοριζόμενη από διατάξεις δημοσίου δικαίου.

Κατά συνέπεια, το Ταμείο, δρώντας εντός ενός ευέλικτου νομικού περιβάλλοντος, δύναται να διαμορφώνει όρους του συμβατικού κειμένου και μετά από διαπραγμάτευση με τους ενδιαφερόμενους και υποψήφιους επενδυτές, προκειμένου να επιτύχει το υψηλότερο δυνατό οικονομικό αντάλλαγμα και να παράσχει τα εχέγγυα για τη διεξαγωγή μίας ασφαλούς και επωφελούς για το δημόσιο συμφέρον συναλλαγής¹⁴.

4.2. Έλεγχος νομιμότητας

Το Ελεγκτικό Συνέδριο τονίζει ότι, κατά τον προσυμβατικό έλεγχο των συμβάσεων του ΤΑΙΠΕΔ, ασκεί έλεγχο νομιμότητας και, ειδικότερα, ελέγχει α) τη συνδρομή των προϋποθέσεων και την τήρηση των διαδικασιών που προβλέπονται ρητά στο ν.3986/2011 για τη μεταβίβαση στο ΤΑΙΠΕΔ των προοριζόμενων για αξιοποίηση ακινήτων, β) τη μη παραβίαση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας με τις πράξεις που εκδίδονται στο πλαίσιο της διαδικασίας επιλογής επενδυτή (αγοραστή – εκμισθωτή) για την αξιοποίηση των ακινήτων αυτών, χωρίς να εκφέρει κρίσεις επί των

¹² Ε.Σ. Τμ. VI 2490/2013, Ζ' Κλ. 47, 23/2011

¹³ Η επίκληση των Οδηγιών 2004/17 και 2004/18 στη μέχρι τώρα νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου οφείλεται στο γεγονός ότι πρόκειται για έλεγχο συμβάσεων που συνήφθησαν υπό το καθεστώς ισχύος αυτών και όχι των νέων Οδηγιών και του ν.4412/2016.

¹⁴ Η δυνατότητα ευελιξίας που χορηγείται στο ΤΑΙΠΕΔ προκύπτει ευθέως και από τη διάταξη της παρ. 2 στοιχείο γ' του άρθρου 4 του ν.3986/2011, σύμφωνα με την οποία το Συμβούλιο Εμπειρογνομόνων δύναται κατά τη διάρκεια διεξαγωγής της διαδικασίας να υποδείξει την τροποποίηση των όρων της σύμβασης.

τεχνικής φύσης αναφουομένων ζητημάτων, καθώς και γ) την τήρηση της κείμενης νομοθεσίας κατά τη σύνταξη του σχετικού σχεδίου σύμβασης¹⁵.

4.2.1. Οι γενικές αρχές

Ενόψει των ιδιαιτεροτήτων όσον αφορά τόσο τη φύση του ελεγχόμενου φορέα, όσο και τη συναλλακτική δράση του, ο έλεγχος νομιμότητας που ασκεί το Ελεγκτικό Συνέδριο επί της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς και του οικείου σχεδίου σύμβασης, εκτείνεται στον έλεγχο της υπέρβασης ή μη της ασκηθείσας από το Ταμείο διακριτικής ευχέρειας σε σχέση με «τις αρχές της διαφάνειας (άρθρο 1 παρ. 1 ν.3968/2011), της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της ισότητας των ευκαιριών, του ελεύθερου ανταγωνισμού και τις λοιπές γενικές αρχές του δικαίου»¹⁶.

Αξιοσημείωτο είναι ότι άλλοτε η αρχή της διαφάνειας αντιμετωπίζεται ως υπεραρχή του δικαίου, από την οποία απορρέουν οι λοιπές γενικές αρχές¹⁷, και άλλοτε ως ισότιμη με τις λοιπές αρχή¹⁸.

Αξίζει επίσης να επισημανθεί ότι στην πρόσφατη νομολογία δεν γίνεται πλέον επίκληση της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης¹⁹.

4.2.2. Τα κριτήρια της ευελιξίας και του δημοσίου συμφέροντος

Κατά την εφαρμογή των γενικών αρχών, ως κριτήριο στάθμισης λαμβάνεται υπόψη και η ευελιξία, την οποία θέλησε ο νομοθέτης, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, να προσδώσει στη συναλλακτική δράση του Ταμείου²⁰.

Με την 17/2015 Πράξη του το Ζ' Κλιμάκιο επισημαίνει ότι η λειτουργία και η εν γένει δραστηριότητα του Ταμείου, στο πλαίσιο επιδίωξης του ειδικού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, διέπεται από την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων και περιορίζεται μόνο από την υποχρέωση τήρησης των νομοθετικών διατάξεων, που αφορούν στην ίδρυση και λειτουργία του, καθώς και από την υποχρέωση μη παραβίασης της αρχής της διαφάνειας και των απορρεουσών από αυτήν αρχών της ισότητας των ευκαιριών, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αμεροληψίας, κατά την εφαρμογή όμως των οποίων λαμβάνεται υπόψη, ως ειδικότερο κριτήριο, η στάθμιση του πρόδηλου συμφέροντος για το Δημόσιο και της ευελιξίας, την οποία ο νομοθέτης θέλησε, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, να προσδώσει στη συναλλακτική του δράση²¹.

¹⁵ Ε.Σ. VI Τμ. 3800/2014

¹⁶ Ε.Σ. 288/2016 Ζ' Κλ.

¹⁷ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 17/2015

¹⁸ Ε.Σ. Ζ' Κλ 288/2016

¹⁹ Αρχή η οποία απαντάται στον καταστατικό έλεγχο.

²⁰ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 288/2016

²¹ Ε.Σ. VI Τμ. 3800, 1204, 560, 217/2014, 2490/2013

Επίσης, αποδίδεται ιδιαίτερη σημασία στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, λαμβανομένων πάντοτε υπόψη των ιδιαιτεροτήτων της κάθε συναλλαγής, στην οποία προβαίνει το ΤΑΙΠΕΔ.

Με την 3800/2014²² απόφασή του το VI Τμήμα επισημαίνει ότι «...η επιλογή του Τ.Α.Ι.Π.Ε.Δ. ως προς τη δυνατότητα συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία μόνο νομικών προσώπων παρίσταται πλήρως δικαιολογημένη και εύλογη. Και τούτο, διότι συνάπτεται αρρήκτως με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται τόσο στην εξεύρεση αξιόπιστου επενδυτή όσο και στην εξασφάλιση της ομαλής εξέλιξης της συμβατικής σχέσης. Η επιλογή δε αυτή δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επέδρασε αρνητικά στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, δοθέντος ότι κατά της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος ουδείς άσκησε ένσταση κατά του επίμαχου αυτού όρου ή ζήτησε διευκρινίσεις σχετικά με τη δυνατότητα συμμετοχής φυσικού προσώπου, ενώ εκδήλωσε ενδιαφέρον μεγάλος αριθμός υποψηφίων επενδυτών, ιδίως αν ληφθούν υπόψη οι υψηλές απαιτήσεις τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας.

Αξιοσημείωτη όμως είναι και η ευελιξία στην ακόλουθη νομική σκέψη του Τμήματος, ότι «Η διαπίστωση ... της προσβαλλόμενης πράξης ότι αν οι όροι αυτοί της συναλλαγής είχαν τεθεί εξαρχής θα είχαν προσελκύσει το επενδυτικό ενδιαφέρον και άλλων δυνητικών ενδιαφερομένων δεν λαμβάνει υπόψη την ειδική φύση της ελεγχόμενης διαδικασίας, η οποία διαφοροποιείται ουσιωδώς από τις συνήθεις περιπτώσεις των δημοσίων συμβάσεων... Κατά συνέπεια, η μη συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα κατά τη μη δεσμευτική πρώτη φάση δεν μπορεί παρά να εκληφθεί ως έλλειψη επενδυτικού ενδιαφέροντος, ανεξάρτητα από τους επιμέρους όρους της συναλλαγής, ενώ κατά τη διενέργεια της δεύτερης φάσης, όπου αναπτύσσεται ο πραγματικός ανταγωνισμός, οι όροι της σύμβασης ήταν γνωστοί σε όλους τους διαγωνιζόμενους υπό καθεστώς πλήρους διαφάνειας. Σε κάθε δε περίπτωση, η ελεγχόμενη διαδικασία δεν μπορεί να θεωρηθεί πλημμελής για τον υποθετικό και μόνο λόγο ότι οι εν λόγω μεταβολές-εξειδικεύσεις του δημοπρατούμενου ακινήτου πιθανόν να λειτούργησαν αποτρεπτικά για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από τους τέσσερις προεπιλεγέντες, αν και όλοι γνώριζαν πλήρως τις εν λόγω μεταβολές-εξειδικεύσεις, μόνο η ανάδοχος εταιρεία παρέμεινε μέχρι τέλους στο διαγωνισμό και υπέβαλε δεσμευτική προσφορά.».

4.2.3. Τεχνικές κρίσεις - Κρίσεις σκοπιμότητας – Ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες

Το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά την άσκηση του ελέγχου νομιμότητας των συμβάσεων του ΤΑΙΠΕΔ, διατυπώνει αρνητική κρίση μόνο στην περίπτωση που διαπιστώσει ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες κατά τον έλεγχο των διαδικασιών και του συνταχθέντος σχεδίου σύμβασης²³. «Εξάλλου, κατά τον έλεγχο αυτό δεν ελέγχονται οι κρίσεις σκοπιμότητας των αρμοδίων οργάνων του Ταμείου και η ορθότητα των τεχνικών κρίσεων, ούτε αξιολογούνται οι όροι της σύμβασης παραχώρησης ως προς τη βέλτιστη από οικονομοτεχνική άποψη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και, τέλος, δεν

²² Με την απόφασή αυτή ανακλήθηκε η 197/2014 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου

²³ Ε.Σ. VI Τμ. 3800/2014

επιλύονται διαφορές η επίλυση των οποίων εμπίπτει στη δικαιοδοσία των αρμοδίων προς τούτο δικαστηρίων»²⁴.

Αξίζει να αναφερθεί η σκέψη του Ζ' Κλιμακίου στην 288/2016 Πράξη του, όσον αφορά τις «τεχνικές κρίσεις», ο έλεγχος των οποίων εκφεύγει του ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου: «Ειδικότερα, το Κλιμάκιο δεν προβαίνει σε κρίσεις αναφορικά με την αξία του αξιολογούμενου περιουσιακού στοιχείου ή με το εύλογο του προσφερθέντος τιμήματος, ούτε με την ορθότητα της εκτιμώμενης από τον επιλεγέντα, κατ' άρθρο 6 παρ. 2 του ν.3986/2011, εκτιμητή αποτίμησης του εν λόγω περιουσιακού στοιχείου, ούτε αξιολογεί τα τυχόν αναφερόμενα στοιχεία που ελήφθησαν υπόψη για την αποτίμηση, καθόσον ανάλογες κρίσεις και αξιολογήσεις και μάλιστα αναφορικά με προς αποκρατικοποίηση εταιρείες απαιτούν, πέραν της γνώσης της οικονομικής και πραγματικής κατάστασης των εν λόγω εταιρειών, χρηματοοικονομικές γνώσεις και παραδοχές, στις οποίες το Κλιμάκιο, ως δικαστικό όργανο, δεν μπορεί να υπεισέλθει, ούτε δύναται άλλωστε, κατά τη διαδικασία του προσυμβατικού αυτού ελέγχου, να διορίσει πραγματογνώμονα, διότι δεν υφίσταται σχετικό νομοθετικό πλαίσιο. Ούτε, τέλος, προβαίνει σε κρίσεις περί του αν η προς σύναψη σύμβαση είναι συμφέρουσα και επωφελής για το Ταμείο και το Ελληνικό Δημόσιο, ενώ δεν επιλύει διαφορές υποκαθιστώντας τα αρμόδια δικαστήρια στην αντίστοιχη δικαιοδοσία τους».

Η σκέψη αυτή αναδεικνύει το πρόβλημα της έλλειψης δυνατότητας διορισμού πραγματογνώμονων στην ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου διαδικασία προσυμβατικού ελέγχου.

4.2.4. Σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία

Πέρα από τη σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία²⁵, το Ελεγκτικό Συνέδριο χρησιμοποιεί ως μέθοδο ελέγχου και τη σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία. «... Η σύναψη συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών, όπως οι ελεγχόμενες, που περιλαμβάνουν κατά κύριο λόγο την παροχή ορισμένων υπηρεσιών συμπεριλαμβανομένης της λειτουργίας, διαχείρισης και συντήρησης των αεροδρομίων με αντάλλαγμα το δικαίωμα εκμετάλλευσής τους, δεν υπόκειται στις ειδικότερες διατάξεις περί δημοσίων διαγωνισμών των οδηγιών 2004/18/EK και 2004/17/EK (βλ. άρθρο 14 του π.δ. 60/2017 και άρθρο 17 οδηγίας 2004/18/EK). Εντούτοις, στη διαδικασία που προηγείται της σύναψής τους, έχουν εφαρμογή οι βασικές αρχές της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, περί διαφάνειας, ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού, δημοσιότητας, αναλογικότητας, αμοιβαίας αναγνώρισης, μη διάκρισης και ίσης μεταχείρισης, όπως περιγράφονται στην ερμηνευτική εγκύκλιο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής 2006/C79/02, καθώς και οι θεμελιώδεις κανόνες των άρθρων 49 και 56 (πρώην άρθρα 43 και 49, αντίστοιχα, ΣΕΚ, βλ. ΔΕΕ C-206/08, C-324/07), της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών»²⁶.

²⁴ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 175/2016

²⁵ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 8/2013

²⁶ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 17/2015

«Επομένως, διατυπώνεται αρνητική κρίση μόνο στην περίπτωση που διαπιστωθούν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες στην τήρηση των προαναφερομένων αρχών και κανόνων της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των διατάξεων περί προστασίας του περιβάλλοντος»²⁷.

«...Ο προβλεπόμενος από το άρθρο 35 του ν.4129/2013 έλεγχος νομιμότητας του παρόντος Κλιμακίου επί του ελεγχόμενου Σχεδίου Τροποποιητικής Σύμβασης της ... Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών του συνόλου των μετοχών έκδοσης της ..., ερείδεται στην παραδοχή ότι οι τροποποιούμενοι όροι αποτέλεσαν αντικείμενο ελεύθερης διαπραγμάτευσης ανάμεσα στα συμβαλλόμενα μέρη και, ως εκ τούτου, διατυπώνεται αρνητική κρίση μόνο στην περίπτωση που διαπιστωθεί είτε παραβίαση των ως άνω διατάξεων και των όρων των σχετικών Προσκλήσεων, είτε συνδρομή ουσιωδών νομικών πλημμελειών στην τήρηση των προαναφερόμενων αρχών περί διαφάνειας, ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού και αναλογικότητας και των εφαρμοστέων στη συναλλαγή εθνικών ή ενωσιακών νομοθετικών διατάξεων...»²⁸.

Χαρακτηριστική επίσης είναι η περίπτωση της ερμηνείας του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ, με την 54/2016 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου: «Με τις διατάξεις του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ ορίζεται ότι ενισχύσεις, που χορηγούνται υπό οποιαδήποτε μορφή από τα κράτη ή με κρατικούς πόρους και νοθεύουν ή απειλούν να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό με την ενοϊκή μεταχείριση ορισμένων επιχειρήσεων, είναι ασυμβίβαστες με την εσωτερική αγορά, κατά το μέτρο που επηρεάζουν τις μεταξύ των κρατών μελών συναλλαγές, εκτός αν οι Συνθήκες ορίζουν άλλως. Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, ενίσχυση χορηγούμενη από κρατικούς πόρους συνιστά η παροχή σε δημόσια ή ιδιωτική επιχείρηση, που ασκεί οικονομική δραστηριότητα, οικονομικού ή εμπορικού οφέλους, το οποίο η συγκεκριμένη επιχείρηση δεν θα ήταν σε θέση να εξασφαλίσει στην αγορά, και ενισχύει, ως εκ τούτου, την ανταγωνιστική της θέση, επηρεάζοντας έστω και δυνητικά τις συναλλαγές μεταξύ των κρατών μελών. Ειδικότερα, σε ότι αφορά στην πώληση των μετοχών δημοσίων επιχειρήσεων, ήτοι στις ιδιωτικοποιήσεις επιχειρήσεων, προκειμένου αυτές να μην συνεπάγονται κρατικές ενισχύσεις, οι δημόσιες αρχές πρέπει να διασφαλίζουν ότι αυτές πραγματοποιούνται με βάση τους όρους της αγοράς, ήτοι ότι δεν χορηγήθηκε κανένα πλεονέκτημα στον αγοραστή και/ή στην πωλούμενη επιχείρηση, ότι αυτή πραγματοποιείται με βάση την αρχή του ιδιώτη επενδυτή στην οικονομία της αγοράς και από την πώληση επιδιώκεται η μεγιστοποίηση των εσόδων ή η ελαχιστοποίηση των ζημιών του. Κατά συνέπεια, όταν μια εταιρεία ιδιωτικοποιείται μέσω εμπορικής πώλησης, προκειμένου να αποκλειστεί η ύπαρξη κρατικής ενίσχυσης, απαιτείται η προηγούμενη διενέργεια μιας άνευ όρων διαγωνιστικής διαδικασίας βάσει των αρχών της διαφάνειας, της δημοσιότητας και της ίσης μεταχείρισης και μη διάκριση, όπου ο πλειοδότης λαμβάνει με ανάθεση τα στοιχεία του ενεργητικού/την εταιρεία. Εξάλλου, η πρόσκληση για την υποβολή προσφορών θεωρείται άνευ όρων, όταν οποιοσδήποτε αγοραστής, ανεξάρτητα από το αν ασκεί ή όχι επιχειρηματικές δραστηριότητες ή από τη φύση του, έχει γενικά το δικαίωμα να αποκτήσει τα στοιχεία ενεργητικού ή την εταιρεία και να τα χρησιμοποιήσει για δικούς του σκοπούς, ενώ θεωρείται ότι επιβάλλει όρους και, ως εκ τούτου, ενδέχεται να συνεπάγεται κρατική ενίσχυση, εάν αποκλίνει από τις βέλτιστες πρακτικές μέσω τεχνητού περιορισμού του αριθμού των δυνητικών αγοραστών,

²⁷ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 54/2016, αξιοσημείωτη η για πρώτη φορά επίκληση των διατάξεων περί προστασίας του περιβάλλοντος

²⁸ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 175/2016

κατευθύνει την πώληση υπέρ οποιουδήποτε εξ αυτών ή μεροληπτεί μεταξύ των διαφόρων επιχειρηματικών στρατηγικών. Επομένως, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι δεν χορηγείται ενίσχυση προς τον αγοραστή και/ή την εταιρεία, οι δημόσιοι φορείς πρέπει να εξασφαλίζουν ότι επιδιώκεται η καλύτερη νομικώς επιλογή για τη μεγιστοποίηση του κέρδους και ότι άλλες εναλλακτικές λύσεις δεν θα ήταν οι καλύτερες δυνατές (βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή swd (2012) 14/10.2.2012)».

4.2.5. Εφαρμογή της νομολογίας του ΔΕΕ

Ειδικά κατά τον έλεγχο των τροποποιητικών συμβάσεων του ΤΑΠΠΕΔ το Δικαστήριο χρησιμοποιεί συχνά ως εργαλείο τη νομολογία του ΔΕΕ.

«Η ελεγχόμενη τροποποίηση δεν υπόκειται στις ειδικότερες διατάξεις περί δημόσιων διαγωνισμών των οδηγιών 2004/18/ΕΚ και 2004/17/ΕΚ, καθόσον η ... αρχική Σύμβαση Αγοραπωλησίας Μετοχών ..., ως εκ του αντικειμένου της, δεν υπαγόταν στο πεδίο εφαρμογής τους (βλ. και ΔΕΚ C-29/04, Mödling, απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2005). Εντούτοις, στη διαδικασία που προηγείται της σύναψης της υπό έλεγχο τροποποιητικής σύμβασης, έχουν εφαρμογή οι βασικές αρχές της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί διαφάνειας, ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού, αναλογικότητας, διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης, όπως περιγράφονται στην ερμηνευτική εγκύκλιο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής 2006/C79/02, καθώς και οι θεμελιώδεις κανόνες των άρθρων 49 και 56 (πρώην άρθρα 43 και 49, αντίστοιχα, ΣΕΚ, βλ. ΔΕΕ C-206/08, C-324/07). Σύμφωνα δε με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και της διαφάνειας, που αποσκοπούν στην ανάπτυξη υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, στην περίπτωση Συμβάσεων Πώλησης Μετοχών, ο Πωλητής οφείλει να τηρεί αυστηρά τόσο τους όρους Υποβολής των Προσφορών που ο ίδιος έχει καθορίσει στην οικεία Πρόσκληση Υποβολής Προσφορών, όσο και εκείνους του σχεδίου σύμβασης, επί τη βάση του οποίου υποβλήθηκαν οι προσφορές, και δεν επιτρέπεται να προβαίνει, μετά την υπογραφή της οικείας σύμβασης, σε ουσιώδεις τροποποιήσεις τους. Ουσιώδεις δε είναι οι τροποποιήσεις που διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από τους όρους της αρχικής συμφωνίας και υποδηλώνουν τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της, ήτοι όταν: α) προστίθενται όροι, οι οποίοι αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της αρχικής Σύμβασης, θα είχαν ίσως ως αποτέλεσμα είτε να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί, είτε θα είχε παρασχεθεί η δυνατότητα στους υποψηφίους να υποβάλουν ουσιωδώς διαφορετικές προσφορές, είτε, τέλος, να επιλεγεί μια προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη, β) διευρύνεται σημαντικά το αντικείμενο της αρχικής Σύμβασης, περιλαμβάνοντας συμβατικά αντικείμενα που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί, και γ) μεταβάλλεται η οικονομική ισορροπία της Σύμβασης υπέρ του Επιλεγέντα Επενδυτή, κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική Σύμβαση (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 13^{ης} Απριλίου 2010, C-91/08, Wall, Συλλογή 2010, σ. I-02815, σκέψεις 32-39, της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46, της 19^{ης} Ιουνίου 2008, C-454/06, Pressetext, Συλλογή 2008, σ. I-04401, σκέψεις 31-37)»²⁹.

²⁹ Ε.Σ. Ζ' Κλ. 175, 54/2016

5. Συμπέρασμα

Κλείνοντας αυτή τη σύντομη μελέτη αξίζει να γίνουν κάποιες επισημάνσεις:

α) Παρά το γεγονός ότι το Ταμείο δρα με ένα ευέλικτο νομοθετικό πλαίσιο, ο δε προσυμβατικός έλεγχος των συμβάσεων του διενεργείται κυρίως με βάση γενικές αρχές, η νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου έχει θέσει και παγιώσει κανόνες για τον έλεγχο αυτό.

β) Οι λεγόμενες «εμβληματικές» ιδιωτικοποιήσεις είτε δεν έχουν ολοκληρωθεί, είτε δεν έχουν ξεκινήσει, οπότε αναμενόμενο είναι να υπάρξουν νέες εξελίξεις στη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου στα θέματα του προσυμβατικού ελέγχου των συμβάσεων του ΤΑΠΠΕΔ. Σημειωτέον ότι, στόχος του Ταμείου για το 2018 είναι η εισροή εισόδων από τις αποκρατικοποιήσεις ύψους 2,5 δις ευρώ (τη στιγμή που από την ίδρυσή του μέχρι και τα τέλη του 2016 εισέπραξε 3,3 δις ευρώ). Ο στόχος αυτός ενδεχομένως να μπορεί να επιτευχθεί, δεδομένου ότι, παρά τις όποιες δυσκολίες κατά την έναρξη της συναλλακτικής του δράσης, το Ταμείο λειτουργεί εδώ και έξι χρόνια και έχει κατορθώσει να αποφέρει έσοδα στο Ελληνικό Δημόσιο.

γ) Το σύνολο των συμβάσεων, που έχει ήδη συνάψει και θα συνάψει το ΤΑΠΠΕΔ στα πλαίσια της αξιοποίησης της ιδιωτικής περιουσίας του Δημοσίου, θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο για τη διενέργεια ενός κατασταλτικού ελέγχου (απόδοσης) από το Ελεγκτικό Συνέδριο³⁰.

³⁰ Στο αντικείμενο του ελέγχου αυτού θα μπορούσαν ενδεχομένως να συμπεριληφθούν και οι συμβάσεις εκείνες που αφορούν την παροχή προς το Ταμείο νομικών και χρηματοοικονομικών υπηρεσιών μέσα στα πλαίσια των διαδικασιών ιδιωτικοποίησης.