

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 26 Φεβρουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσιγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη

Για να εξετάσει την από 30-01-2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 107/31-01-2020 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 της αλλοδαπής εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «SHRE/SHRI, LLC», που εδρεύει στον Άγιο Θωμά (St. Thomas) Παρθένων Νήσων (Virgin Islands) Ηνωμένων Πολιτειών Αμερικής (Η.Π.Α.), στην Ταχυδρομική Θυρίδα (Post Office Box) 6347, Ταχ. Κωδ. 00804-6347, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του Υπουργού Οικονομικών, που κατοικοεδρεύει στην Αθήνα, επί της οδού Νίκης, αρ. 5-7

και της παρεμβαίνουσας ένωσης προσώπων με την επωνυμία «Inspire Athens», η οποία αποτελείται από τις εταιρείες «MGE Hellinikon B.V.», «Mohegan Gaming Advisors LLC» και «ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΩΝ ΑΚΙΝΗΤΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 457/1/14.01.2020 απόφαση της Επιτροπής Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων (ΕΕΕΠ), με την οποία επικυρώθηκαν τα αποτελέσματα του σταδίου αξιολόγησης του φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» των συμμετεχόντων στο διεθνή διαγωνισμό, τον οποίο η ΕΕΕΠ διενεργεί, για την παραχώρηση

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

άδειας λειτουργίας επιχείρησης καζίνο ευρέος φάσματος στο Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού – Αγίου Κοσμά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 319625427950 0324 0008), ποσού 15.000,00€, το οποίο ανέρχεται στο ανώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπερβαίνει το πιο πάνω καταβληθέν ποσό.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 148/2020 Πράξης του Προέδρου της, με την οποία επιπλέον ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

3. Επειδή, η Επιτροπή Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων (στο εξής αποκαλούμενη στην παρούσα «ΕΕΕΠ»), με τη με αριθμό 1/2019 διακήρυξή της, όπως τροποποιήθηκε με τη με αριθμό 420/1/28-8-2019 απόφασή της,

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προκήρυξε διεθνή πλειοδοτικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης τιμής - ποιότητας για την παραχώρηση Άδειας Λειτουργίας Επιχείρησης Καζίνο (ΕΚΑΖ) ευρέος φάσματος δραστηριοτήτων στο Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού - Αγίου Κοσμά, με αρχικό τίμημα κατ' ελάχιστο 30.000.000,00€, πλέον συνολικού ετήσιου τιμήματος για το σύνολο της περιόδου παραχώρησης (στο εξής αποκαλούμενο στην παρούσα «διαγωνισμός»). Προκήρυξη του ως άνω διαγωνισμού απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αρχικά στις 19-02-2019 και μετά την τροποποίησή της στις 28-08-2019, ενώ η διακήρυξή του αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), αρχικά στις 22-02-2019 και μετά την τροποποίησή της στις 30-08-2019, οπότε και έλαβε Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) 19PROC005498641 2019-08-30. Σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 2.4.2.1 της διακήρυξης, οι προσφορές στο διαγωνισμό υποβάλλονται σε έγχαρτη μορφή. Εξάλλου, κατά τους όρους των άρθρων 2.1.3 και 2.1.4 της διακήρυξης, αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά στην εικονική αίθουσα τεκμηρίωσης (VDR), που σύμφωνα με τους ορισμούς της διακήρυξης είναι ο διαδικτυακός χώρος αποθήκευσης δεδομένων, στον οποίο και είναι διαθέσιμα σε ψηφιακή μορφή τα έγγραφα της σύμβασης παραχώρησης και λοιπά πληροφορικά στοιχεία. Η αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η εξηκοστή (60η) ημέρα από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης του διαγωνισμού στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 1.7 της διακήρυξης, ήτοι η 22α Απριλίου 2019 και το αργότερο έως τις 11:00 (Ωρα Ελλάδος, GMT+2), η οποία μετατέθηκε με μεταγενέστερες αποφάσεις της ΕΕΕΠ διαδοχικά έως και την 30^η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Δευτέρα, και το αργότερο έως τις 11:00 (Ωρα Ελλάδος, GMT+2). Τελικώς, με το Τεύχος Τροποποιήσεων της διακήρυξης που εκδόθηκε δυνάμει της με αριθμό 420/1/28-8-2019 απόφασης της ΕΕΕΠ, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προσφορών ορίστηκε η τριακοστή έβδομη (37η) ημέρα από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης του διορθωτικού τεύχους στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ήτοι η 4η Οκτωβρίου 2019, ημέρα Παρασκευή, και το αργότερο έως τις 11:00 (Ωρα Ελλάδος, GMT+2). Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά δύο (2) οικονομικοί φορείς, η ένωση προσώπων με επωνυμία «INSPIRE Athens» (στο εξής αποκαλούμενη στην παρούσα «INSPIRE Athens»), με μέλη της τις εταιρείες α) MGE Hellinikon B.V., β) Mohegan Gaming Advisors, LLC και γ) ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ Α.Ε., ήδη παρεμβαίνουσα, και η εταιρεία με την επωνυμία «SHRE/SHRI, LLC» (στο εξής αποκαλούμενη στην παρούσα «SHRE/SHRI»), ήδη προσφεύγουσα. Μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων από την ορισθείσα προς τούτο επιτροπή του διαγωνισμού, με τη με αριθμό 457/1/14-01-2020 απόφαση της ΕΕΕΠ (στο εξής αποκαλούμενη στην παρούσα «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») α) αποφασίστηκε ότι δεν συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 35 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ και 35 του ν. 4413/2016, στο πρόσωπο του νομικού της συμβούλου για τη διενέργεια του διαγωνισμού και β) επικυρώθηκαν στο σύνολό τους τα με αριθμούς 1 έως 16 πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού που αφορούν στα αποτελέσματα του σταδίου αξιολόγησης του φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» των διαγωνιζομένων, σύμφωνα με τα οποία απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον όρο 2.4.7 της διακήρυξης και με τη στην απόφαση αυτή παρατιθέμενη ειδικότερη αιτιολογία και γίνεται αποδεκτή η προσφορά της Ένωσης Προσώπων «INSPIRE Athens», δεδομένου, όπως αναφέρεται στην απόφαση, ότι δεν παρουσιάζει ελλείψεις ή άλλους λόγους που να οδηγούν σε αποκλεισμό της από τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατά της απόφασης αυτής της ΕΕΕΠ στρέφεται η προσφεύγουσα, τόσο κατά το μέρος της, κατά το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της όσο και κατά το μέρος κατά το οποίο γίνεται αποδεκτή η προσφορά της ένωσης

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προσώπων «INSPIRE Athens», για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή της.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (παραχώρηση υπηρεσιών), της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ (κατ' ελάχιστον 30.000.000,00€), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4413/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή προκήρυξης του διαγωνισμού προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης αρχικά στις 19-02-2019 και μετά την τροποποίησή της στις 28-08-2019), καθώς και των διατάξεων του άρθρου 345 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, του άρθρου 60 του ν. 4413/2016 και των όρων του άρθρου 3.4 της διακήρυξης του διαγωνισμού, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 379 του νόμου αυτού, όπως η παράγραφος αυτή έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 20-01-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 30-01-2020, συντάχθηκε μάλιστα με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του π.δ. αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016.

6. Επειδή, από τη μελέτη του συνόλου των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, η οποία όμως απορρίφθηκε στο στάδιο αξιολόγησης του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων. Κατά συνέπεια,

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία εγκρίνονται τα αποτελέσματα του επίμαχου σταδίου του διαγωνισμού και μη νόμιμα κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή της το μεν απορρίφθηκε η προσφορά της το δε έγινε αποδεκτή η προσφορά του μόνου έτερου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό, της ένωσης προσώπων INSPIRE Athens. Και τούτο, διότι διαφορετικά, μόνη η προσφορά της προσφεύγουσας θα αξιολογούνταν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και, ως εκ τούτου, μόνη αυτή θα μπορούσε να ανακηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα καταρχήν βάλλει κατά της αρμοδιότητας της ΕΕΕΠ να εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφαση και κατά της εσφαλμένης αιτιολογίας της απόφασης και της διαδικασίας που προηγήθηκε προ της έκδοσής της, λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, καθώς και λόγω παραβίασης από την ΕΕΕΠ της υποχρέωσης της βασικής αρχής αντικειμενικής αμεροληψίας, της ίσης μεταχείρισης και εφαρμογής ίσων κριτηρίων αξιολόγησης των προσφορών, της αρχής της διαφάνειας και της υποχρέωσης που απορρέει από την παρ. 3.1.2 (α) της διακήρυξης και τις διατάξεις των άρθρων 40 του ν. 4413/2016 και 102 του ν. 4412/2016 να καλέσει την προσφεύγουσα για διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, αντί να την αποκλείσει για τους επικαλούμενους από την ΕΕΕΠ λόγους. Επιπλέον, βάλλει αναλυτικά κατά των λόγων για τους οποίους απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από το διαγωνισμό. Τέλος, στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της ένωσης προσώπων INSPIRE Athens, προβάλλοντας λόγους για τους οποίους η προσφορά της θα έπρεπε να απορριφθεί η δε ένωση να αποκλειστεί από το διαγωνισμό, σύμφωνα με τους αναφερόμενους στην προσφυγή όρους της διακήρυξης και τη σχετική εθνική και ενωσιακή νομοθεσία.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

8. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, παρεμβαίνει η ένωση INSPIRE Athens (στο εξής αποκαλούμενη στην παρούσα «παρεμβαίνουσα» ή «ένωση») με την από 13-02-2020, κατατεθείσα ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ αυθημερόν παρέμβασή της, στην οποία ισχυρίζεται ότι οι λόγοι αποκλεισμού της προσφεύγουσας από το διαγωνισμό είναι προδήλως νόμιμοι, πρέπει, επομένως, κατά το μέρος αυτό η προσφυγή να απορριφθεί, οι λόγοι δε της προσφυγής που στρέφονται κατά της ίδιας της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθούν λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της αποκλεισμένης προσφεύγουσας και πάντως ως προδήλως αβάσιμοι.

9. Επειδή, περαιτέρω, με το από 3 Φεβρουαρίου 2020 μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας από το Γραφείο του Υπουργού Οικονομικών, στον οποίο είχε κοινοποιηθεί η κρινόμενη προσφυγή και η σχετική με αυτήν Πράξη της ΑΕΠΠ περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής, εισηγητή και κλήση περί αποστολής απόψεων, γνωστοποιείται στην ΑΕΠΠ ότι με την υπ' αριθμ. ΔΕΕΟΘ Γ 0002374 ΕΞ 2018 (ΦΕΚ Β'614/2018) απόφαση του Υπουργού Οικονομικών ανατέθηκε στην ΕΕΕΠ η διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού, και ότι κατόπιν τούτου απόψεις σχετικά με την προσφυγή θα παρασχεθούν από την Επιτροπή Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων.

10. Επειδή, επέκεινα, με το με αριθμό ΕΜΠ 031 ΕΞ / 10-02-2020 έγγραφο του Προέδρου της, η ΕΕΕΠ κοινοποιεί τις απόψεις της επί της προσφυγής, με τις οποίες, σχετικώς με τους λόγους της προσφυγής που βάλλουν κατά της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, εμμένει στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, την οποία μάλιστα κατά την αναλυτική αντίκρουση των οικείων λόγων της προσφυγής συμπληρώνει παραδεκτά κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1, όπως έχει

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

τροποποιηθεί και ισχύει. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι η προσφυγή κατά το μέρος της με το οποίο βάλλεται η αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης είναι απαράδεκτη, ελλείπει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, είναι όμως και αβάσιμη για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει.

11. Επειδή, εξάλλου, με το από 20-02-2020 υπόμνημά της επί των απόψεων της ΕΕΕΠ, κατά την έννοια των διατάξεων του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η προσφεύγουσα επιπλέον των όσων είχε υποστηρίξει στην προσφυγή της και στο από 05-02-2020 υπόμνημά της ενόψει της εξέτασης από την Αρχή του αιτήματος περί προσωρινών μέτρων προστασίας της, προβάλλει αναλυτικούς ισχυρισμούς προς αντίκρουση των απόψεων της ΕΕΕΠ. Περαιτέρω δε υποστηρίζει ότι, εφόσον η ΕΕΕΠ δεν είναι αναθέτουσα αρχή και δεν υποβλήθηκαν απόψεις από τον Υπουργό Οικονομικών, ούτε δόθηκε από αυτόν φάκελος στην ΑΕΠΠ, συντρέχει περίπτωση εφαρμογής της παραγράφου 1 του άρθρου 14 του π.δ. 39/2017, σε κάθε περίπτωση, οι υποβληθείσες από την ΕΕΕΠ απόψεις θα πρέπει να θεωρηθούν ως υποβληθείσες από μη νομιμοποιούμενο πρόσωπο και δεν θα πρέπει να ληφθούν υπόψη.

12. Επειδή, τέλος, στις 25-02-2020, η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της προς αντίκρουση του στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας αναφερόμενου υπομνήματος της προσφεύγουσας, το οποίο, ωστόσο απαραδέκτως υποβάλλεται, κατά τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 και 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι προ της εξέτασης μιας προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ η προσφεύγουσα δύναται να υποβάλει υπόμνημα και μάλιστα προς αντίκρουση των απόψεων ή της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και όχι η παρεμβαίνουσα προς αντίκρουση του υπομνήματος της προσφεύγουσας. Η παρεμβαίνουσα, εξάλλου, δύναται

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

εντός δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής σε αυτήν να προβάλει όλους τους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς της, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή της. Και υπό την εκδοχή, άλλωστε, ότι οι στο επίμαχο υπόμνημα προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας μπορούν να εκληφθούν ως αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής στο βαθμό που τη βλάπτουν, δοθέντος ότι η εξέταση της κρινόμενης προσφυγής είχε οριστεί για τις 26 Φεβρουαρίου 2020, δεν θα μπορούσαν να ληφθούν παραδεκτώς υπόψη ούτε τότε, διότι υποβλήθηκαν μετά την ημερομηνία κατά την οποία το αργότερο προβλέπεται να υποβάλλονται υπομνήματα ενώπιον της ΑΕΠΠ, δηλαδή το αργότερο προ πέντε ημερών από την εξέταση της προσφυγής. Τούτων έπεται ότι απαραδέκτως υποβλήθηκε και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη και το από 25-02-2020 υπόμνημα της προσφεύγουσας επί του ανωτέρω αναφερόμενου υπομνήματος της παρεμβαίνουσας, το οποίο κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αυθημερόν.

13. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής (κεφ. Γ.1.1), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της ΕΕΕΠ είναι άκυρη, ως εκδοθείσα από μη αρμόδιο όργανο, αφού αρμόδιο όργανο για την έκδοσή της είναι ο Υπουργός Οικονομικών. Η ΕΕΕΠ, αντίθετα, υποστηρίζει ότι από τις διατάξεις του άρθρου 377 παρ. 6 του ν. 4512/2018 και της με αριθμό ΔΕΕΟΘ Γ 0002374 ΕΞ 2018 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών, αλλά και από το πλέγμα των διατάξεων της διακήρυξης (βλ. ενδεικτικά τους όρους 3.1.1, 3.1.2 της διακήρυξης) προκύπτει ότι διενεργούσα αρχή του διαγωνισμού είναι η ίδια (ΕΕΕΠ), ενώ η επιτροπή του διαγωνισμού που συγκροτήθηκε σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 9 του άρθρου 361 του ν. 4512/18, ασκεί γνωμοδοτικό ρόλο. Παρόμοιους ισχυρισμούς με την ΕΕΕΠ, εξάλλου, προβάλλει και η παρεμβαίνουσα.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

14. Επειδή, σχετικώς με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, στο άρθρο 109 του ν. 4446/2016 «Πτωχευτικός Κώδικας, Διοικητική Δικαιοσύνη, Τέλη - Παράβολα, Οικειοθελής αποκάλυψη φορολογητέας ύλης παρελθόντων ετών, Ηλεκτρονικές συναλλαγές, Τροποποιήσεις του ν. 4270/2014 και λοιπές διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 240/22.12.2016), προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «1. Στο τέλος της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 2206/1994 (Α' 62) προστίθεται εδάφιο ιβ' ως ακολούθως: «ιβ'. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών χορηγείται μία (1) άδεια λειτουργίας καζίνο εντός της περιοχής του Μητροπολιτικού Πόλου Ελληνικού - Αγίου Κοσμά, όπως η περιοχή αυτή ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 του ν. 4062/2012 (Α' 70). 2. Στο τέλος της παρ. 7 του άρθρου 1 του ν. 2206/1994 προστίθεται το ακόλουθο εδάφιο: «Για την χορήγηση άδειας λειτουργίας καζίνο εντός του Μητροπολιτικού Πόλου Ελληνικού - Αγίου Κοσμά διεξάγεται διεθνής πλειοδοτικός διαγωνισμός, με προκήρυξη του Υπουργού Οικονομικών. Με όμοια απόφαση ρυθμίζονται οι λεπτομέρειες διεξαγωγής του διαγωνισμού, όπως η σύσταση και συγκρότηση Επιτροπής Διαγωνισμού, ο τρόπος και τα κριτήρια αξιολόγησης και άλλες λεπτομέρειες που αφορούν στην εν γένει διαδικασία, το χρονοδιάγραμμα και την κατακύρωση. Η προκήρυξη του διαγωνισμού και η άδεια περιλαμβάνει πλαίσιο τεχνικών προδιαγραφών για την ανάπτυξη και τη λειτουργία καζίνο, λαμβανομένων υπ' όψιν του Σχεδίου Γενικής Διάταξης και του χρόνου λειτουργίας του καζίνο. ...». Περαιτέρω, στην παρ. 6 του άρθρου 377 του νόμου 4512/2018 «Ρυθμίσεις για την εφαρμογή των Διαρθρωτικών Μεταρρυθμίσεων του Προγράμματος Οικονομικής Προσαρμογής και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 5/17-01-2018 και Α' 8/23-01-2018), προβλέπονται τα εξής: «6. Ειδικώς για την άδεια του στοιχείου ιβ' της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 2206/1994, το οποίο αριθμήθηκε ως στοιχείο α' της νέας παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου και το πρώτο της εδάφιο αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 2 του παρόντος άρθρου, ο πλειοδοτικός διαγωνισμός για την επιλογή του παραχωρησιούχου νέας άδειας καζίνο διενεργείται από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος δύναται να αναθέσει τη διενέργεια μέρους ή όλου του

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

πλειοδοτικού διαγωνισμού στην ΕΕΕΠ. Για τη διενέργεια του πλειοδοτικού διαγωνισμού εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του άρθρου 362. Όπου στο τελευταίο άρθρο γίνεται λόγος για την ΕΕΕΠ ως αρχή που διενεργεί τον πλειοδοτικό διαγωνισμό, για την περίπτωση του διαγωνισμού του στοιχείου α' της νέας παρ. 2 του άρθρου 1 του ν. 2206/1994 ως αναθέτουσα αρχή νοείται ο Υπουργός Οικονομικών.». Στο άρθρο 361, άλλωστε, του νόμου αυτού (4512/2018), στο οποίο κατ' ορθή εκτίμηση παραπέμπει η διάταξη της παρ. 6 του άρθρου 377 του ίδιου νόμου, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «1. Η επιλογή του παραχωρησιούχου νέας άδειας καζίνο γίνεται από τον Υπουργό Οικονομικών κατόπιν διεθνούς πλειοδοτικού διαγωνισμού που διεξάγεται από την ΕΕΕΠ. Εντός ενενήντα (90) ημερών από την πράξη κατακύρωσης εκδίδεται στο όνομα του παραχωρησιούχου άδεια ίδρυσης και λειτουργίας καζίνο από τον Υπουργό Οικονομικών, μετά από εισήγηση της ΕΕΕΠ. 2.[...] 3. Με απόφαση της ΕΕΕΠ καθορίζονται οι όροι και οι προϋποθέσεις διεξαγωγής του διαγωνισμού. Κατά τη διαδικασία προετοιμασίας και διενέργειας του διαγωνισμού εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν. 4413/2016. 4 [...] 5. [...] 6. Η προκήρυξη περιλαμβάνει τουλάχιστον τα ακόλουθα: ... 7. Η επιλογή και ποιοτική αξιολόγηση των υποψηφίων διενεργείται σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και το άρθρο 39 του ν. 4413/2016. 8.[...] 9. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης, Οικονομικών και Τουρισμού συγκροτείται η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, η οποία αποτελείται από ένα μέλος Δ.Ε.Π. Νομικού ή Οικονομικού Τμήματος Ανώτατου Εκπαιδευτικού Ιδρύματος της χώρας ως Πρόεδρο, μετά από πρόταση του Υπουργού Οικονομικών, κατόπιν εισήγησης της ΕΕΕΠ, έναν διευθυντή του Υπουργείου Οικονομικών, μετά από πρόταση του Υπουργού Οικονομικών, έναν διευθυντή του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης, μετά από πρόταση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης, έναν διευθυντή του Υπουργείου Τουρισμού, μετά από πρόταση του Υπουργού Τουρισμού και έναν διευθυντή της ΕΕΕΠ, μετά από πρόταση του Προέδρου της. Η γραμματεία της επιτροπής

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

στελεχώνεται από υπαλλήλους της ΕΕΕΠ μετά από πρόταση του Προέδρου της επιτροπής. Τη διοικητική υποστήριξη της επιτροπής διασφαλίζει η ΕΕΕΠ. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών καθορίζεται η αποζημίωση των μελών της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και της γραμματείας της. Η αποζημίωση βαρύνει τον προϋπολογισμό της ΕΕΕΠ. Οι αποφάσεις της Επιτροπής λαμβάνονται εφόσον είναι παρόντα όλα τα μέλη της. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 13 έως 15 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ο οποίος κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 2690/1999 (Α' 45).

10. [...] 11. Εντός τριών (3) μηνών από την έκδοση της απόφασης επιλογής του παραχωρησιούχου, και πριν την έκδοση της άδειας λειτουργίας ΕΚΑΖ, συνάπτεται η σύμβαση παραχώρησης μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου, που εκπροσωπείται νόμιμα από τον Υπουργό Οικονομικών, και του πλειοδότη, η οποία αποτυπώνει τους όρους λειτουργίας της επιχείρησης ως ΕΚΑΖ και της επένδυσης που πρέπει να διενεργηθεί, τις υποχρεώσεις που έχει αναλάβει ο πλειοδότης με το διαγωνισμό, ή κρίνονται αναγκαίες από την αναθέτουσα αρχή προς υλοποίηση της επένδυσης, και, εν γένει, την εκπλήρωση των όρων της.

12. Η ΕΕΕΠ εκφέρει γνώμη ως προς τους όρους της σύμβασης παραχώρησης, πριν από την υπογραφή της, σε σχέση με εποπτικά και λειτουργικά θέματα της εταιρίας.

13. [...] 14. Για την προετοιμασία διενέργειας του διαγωνισμού, η ΕΕΕΠ μπορεί να αναθέτει σε ημεδαπά ή αλλοδαπά, φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ... υπηρεσίες συμβούλων οποιασδήποτε ειδικότητας, όπως ιδίως, τεχνικού, νομικού, οικονομικού και συμβούλου οργάνωσης, επί ειδικών θεμάτων, που απαιτούνται για τη σύνταξη και κατάρτιση των συμβατικών τευχών, τον καθορισμό του ελαχίστου κατά περίπτωση τιμήματος, τη μεθοδολογία και τα κριτήρια αξιολόγησης των επενδυτικών σχεδίων, την αποτίμηση περιουσιακών στοιχείων, την προσέλκυση δυνητικών επενδυτών, καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα. Οι σύμβουλοι δύνανται να συνδράμουν την Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού τόσο κατά την αξιολόγηση των προτάσεων, όσο και κατά την παρακολούθηση, επίβλεψη και τον έλεγχο της προόδου υλοποίησης των

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

επενδυτικών σχεδίων, καθώς και των μελετών και έργων που αναλαμβάνουν οι παραχωρησιούχοι, μέχρι και την ολοκλήρωσή τους. ... 15. [...]». Με τη με αριθμό ΔΕΕΟΘ Γ 0002374 ΕΞ 2018/22.02.2018 Απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β 614), εξάλλου, με τίτλο «Ανάθεση διενέργειας πλειοδοτικού διαγωνισμού για την επιλογή παραχωρησιούχου νέας άδειας καζίνο εντός της περιοχής Μητροπολιτικού Πόλου Ελληνικού - Αγίου Κοσμά, στην Ε.Ε.Ε.Π.», η διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού ανατέθηκε στην ΕΕΕΠ. Επιπλέον, ορίστηκε ότι ο διαγωνισμός θα διενεργηθεί σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 και εξής του νόμου 4512/2018. Κατ' εφαρμογή της τελευταίας απόφασης, με τη με αριθμό 371/3/15.2.2019 απόφαση της ΕΕΕΠ προκηρύχθηκε Διεθνής Πλειοδοτικός Διαγωνισμός για την Παραχώρηση Άδειας Λειτουργίας Επιχείρησης Καζίνο (ΕΚΑΖ) ευρέος φάσματος δραστηριοτήτων στον Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού - Αγίου Κοσμά. Τέλος, με τη με αριθμό 92524 Κοινή Απόφαση των Υπουργών Οικονομικών – Ανάπτυξης και Επενδύσεων – Τουρισμού (ΦΕΚ ΥΟΔΔ 749), με τίτλο «Ορισμός των μελών της Επιτροπής Διενέργειας Διεθνούς Πλειοδοτικού Διαγωνισμού για την Παραχώρηση Άδειας λειτουργίας Επιχείρησης Καζίνο (ΕΚΑΖ) ευρέος φάσματος δραστηριοτήτων στον Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού - Αγίου Κοσμά της παραγράφου 9 του άρθρου 361 του ν. 4512/2018 (Α' 5), όπως ισχύει.», συγκροτήθηκε η Επιτροπή του Διαγωνισμού για τον προκηρυχθέντα κατά τα άνω από την ΕΕΕΠ διαγωνισμό, επιπλέον δε ορίστηκαν τα εξής: «Γ. Έργο της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, είναι η αποσφράγιση, αξιολόγηση, βαθμολόγηση και κατάταξη των προσφορών που θα υποβληθούν, σύμφωνα με τους όρους και τις προδιαγραφές της αριθμ. 1/2019 Διακήρυξης της Ε.Ε.Ε.Π., καθώς και η γνωμοδότηση προς την Ε.Ε.Ε.Π. και τα αρμόδια όργανα του Ελληνικού Δημοσίου για θέματα της αρμοδιότητάς της. Δ. Το έργο της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού έχει διάρκεια από την ημερομηνία υποβολής των προσφορών έως και την ημερομηνία έκδοσης της Άδειας Λειτουργίας Επιχείρησης Καζίνο (ΕΚΑΖ) ευρέος φάσματος δραστηριοτήτων

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

στον Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού - Αγίου Κοσμά. Ε. Η Επιτροπή υποστηρίζεται διοικητικά από την Ε.Ε.Ε.Π. ...».

15. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, συνάγεται ότι ειδικώς για την άδεια λειτουργίας καζίνο εντός της περιοχής του Μητροπολιτικού Πόλου Ελληνικού - Αγίου Κοσμά ο Υπουργός Οικονομικών προκηρύσσει και διενεργεί σχετικό πλειοδοτικό διαγωνισμό, εκτός αν αναθέσει τη διενέργειά του στην ΕΕΕΠ, η οποία έχει τη γενική αρμοδιότητα για τη διενέργεια των διαγωνισμών για την παραχώρηση αδειών λειτουργίας καζίνο. Στην περίπτωση που ο Υπουργός δεν αναθέσει τη διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού στην ΕΕΕΠ ως αναθέτουσα αρχή νοείται ο Υπουργός (ενν. Οικονομικών). Αν αντίθετα, αναθέσει τη διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού στην ΕΕΕΠ εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 361 του ν. 4512/2018, κατά τις οποίες η ΕΕΕΠ με την ιδιότητά της ως αρχής που διενεργεί το διαγωνισμό ασκεί όλες τις αποφασιστικές αρμοδιότητες αναθέτουσας αρχής από την προκήρυξη του πλειοδοτικού διαγωνισμού μέχρι την κατακύρωση του αποτελέσματός του. Στον Υπουργό, τέλος, αν αυτός αναθέσει τη διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού στην ΕΕΕΠ, δεν καταλείπεται αρμοδιότητα να εγκρίνει ή να απορρίψει τις αποφάσεις της ΕΕΕΠ σε κανένα στάδιο του διαγωνισμού, ούτε την απόφασή της για κατακύρωση του αποτελέσματός του. Εφόσον με τη με αριθμό ΔΕΕΟΘ Γ 0002374 ΕΞ 2018/22.02.2018 Απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β 614) η διενέργεια του πλειοδοτικού διαγωνισμού για την επιλογή παραχωρησιούχου νέας άδειας καζίνο εντός της περιοχής Μητροπολιτικού Πόλου Ελληνικού - Αγίου Κοσμά ανατέθηκε στην ΕΕΕΠ, χωρίς ο Υπουργός να διατηρεί δικαίωμα έγκρισης ή απόρριψης των σχετικών με το διαγωνισμό αποφάσεων της ΕΕΕΠ, συνακόλουθα, η ΕΕΕΠ είναι το αρμόδιο όργανο να εκδώσει τις εγκριτικές αποφάσεις κάθε σταδίου του διαγωνισμού, επομένως και της απόφασης περί ελέγχου του Φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» των διαγωνιζομένων. Από το περιεχόμενο, τέλος, της στην προηγούμενη σκέψη

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

αναφερόμενης Κοινής Υπουργικής Απόφασης, περί ορισμού της επιτροπής για τον επίμαχο διαγωνισμό, συνάγεται ότι η συγκροτηθείσα για τον επίμαχο διαγωνισμό Επιτροπή, ανεξαρτήτως αν συνιστά όργανο εκτός ΕΕΕΠ, όπως προβλέπεται σε κάθε πλειοδοτικό διαγωνισμό που διενεργεί η ΕΕΕΠ για την παραχώρηση άδειας λειτουργίας καζίνο (πρβλ. αρ. 361 παρ. 9 ν. 4512/2018), έχει, χωρίς αμφιβολία, μόνο γνωμοδοτική και εισηγητική αρμοδιότητα. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται είναι αβάσιμα και απορριπτέα.

16. Επειδή, άλλωστε, η διακήρυξη του διαγωνισμού που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο για τη διενέργειά του, σχετικά με τον κρινόμενο λόγο, προβλέπει τα εξής: στο άρθρο 3.1.2. με τίτλο «Αξιολόγηση Προσφορών» ότι «Μετά την αποσφράγιση των Προσφορών, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, σύμφωνα με τη κατωτέρω διαδικασία: α) Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού καταχωρεί όσους υπέβαλαν Προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Η ΕΕΕΠ μπορεί να καλέσει τους Διαγωνιζομένους να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, σύμφωνα με το άρθρο 40 του ν. 4413/2016. β) Στη συνέχεια η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού προβαίνει στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση μόνο των Τεχνικών Προσφορών των Διαγωνιζομένων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη. Οι υπόλοιποι φάκελοι παραμένουν σφραγισμένοι και φυλάσσονται με μέριμνα της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού. Η αξιολόγηση και βαθμολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την αποδοχή και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση τα κριτήρια αξιολόγησης του όρου 2.3.2 της παρούσας καθώς και την απόρριψη όσων Τεχνικών Προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών. Τα πρακτικά των στοιχείων α) και β) υποβάλλονται στην ΕΕΕΠ προς έγκριση. Για

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών μπορεί να συντάσσεται ενιαίο πρακτικό. Τα αποτελέσματα των εν λόγω σταδίων (αξιολόγηση «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» και αξιολόγηση και βαθμολόγηση «Τεχνικών Προσφορών») επικυρώνονται με απόφαση της ΕΕΕΠ, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής, στους Διαγωνιζομένους. Κατά της εν λόγω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 3.4. της παρούσας.» στο άρθρο 3.2.3. με τίτλο «Διαδικασία ελέγχου δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου» ότι «... Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και τη διαβίβαση του φακέλου στην ΕΕΕΠ προκειμένου αυτή να αποφανθεί είτε για την κατακύρωση της Σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας είτε για την κήρυξη του Προσωρινού Αναδόχου ως έκπτωτου. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης. ...» και στο άρθρο 3.3. της διακήρυξης με τίτλο «Κατακύρωση - σύναψη Σύμβασης», ότι «Η ΕΕΕΠ κοινοποιεί την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε Διαγωνιζόμενο που έχει υποβάλει αποδεκτή Προσφορά, σύμφωνα με το άρθρο 100 του ν. 4412/2016, εκτός από τον Προσωρινό Ανάδοχο. ... Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της Σύμβασης Παραχώρησης επέρχονται εφόσον συντρέξουν σωρευτικά τα κάτωθι: α) άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στον όρο 3.4. της παρούσας βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών, β) ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 5 και 36 του ν. 4129/2013, γ) κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον Προσωρινό Ανάδοχο, εφόσον αυτός υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του όρου 3.2.2., έπειτα από σχετική πρόσκληση. Ο Υπουργός

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προσκαλεί τον Ανάδοχο να προσέλθει για υπογραφή της Σύμβασης Παραχώρησης, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση της σχετικής ειδικής πρόσκλησης. Η Σύμβαση έχει αποδεικτικό χαρακτήρα.».

17. Επειδή από τους προαπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται χωρίς αμφιβολία ότι η επιτροπή του διαγωνισμού ασκεί γνωμοδοτική αρμοδιότητα, η δε ΕΕΕΠ που διενεργεί το διαγωνισμό αποφασίζει την έγκριση ή την απόρριψη εν όλω ή εν μέρει της εισήγησης της επιτροπής του διαγωνισμού, επί των φακέλων προσφορών των διαγωνιζομένων, τόσο ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής τους, όσο και επί των τεχνικών και οικονομικών τους προσφορών. Η ΕΕΕΠ, εξάλλου, εκδίδει και την κατακυρωτική πράξη της σύμβασης. Στον Υπουργό των Οικονομικών, άλλωστε, καίτοι αναφέρεται ως αναθέτουσα αρχή της σύμβασης, εντούτοις δεν απονέμεται αρμοδιότητα να εγκρίνει ή να απορρίψει τις αποφάσεις της ΕΕΕΠ σχετικά με κάθε στάδιο του διαγωνισμού, ούτε την απόφασή της περί κατακύρωσης του αποτελέσματός του. Αντίθετα, με ρητή διάταξη της διακήρυξης ορίζεται ότι η υπογραφή της σύμβασης με τον ανάδοχο από τον Υπουργό έχει αποδεικτικό χαρακτήρα. Κατά συνέπεια, αρμοδίως η ΕΕΕΠ εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη σχετικά με την αξιολόγηση των Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής των διαγωνιζομένων στο διαγωνισμό, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα είναι αβάσιμα. Και υπό την εκδοχή, άλλωστε, ότι η ΕΕΕΠ δεν συνιστά την αναθέτουσα αρχή της σύμβασης, αλλά εισηγείται στον Υπουργό Οικονομικών την ανάθεσή της στον επιλεγέντα ανάδοχο, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και τις οικείες διατάξεις, την αποφασιστική αρμοδιότητα για την ολοκλήρωση του επίμαχου σταδίου του διαγωνισμού (αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής) την έχει χωρίς αμφιβολία μόνον η ΕΕΕΠ. Εν όψει της αρχής του επικαίρου προσβολής των σχετικών με τις διαγωνιστικές διαδικασίες πράξεων, κατά την οποία σε προδικαστική προσφυγή υπόκεινται οι

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

βλαπτικές πράξεις, όχι μόνο της αρχής που εκδίδει την κατακυρωτική απόφαση, αλλά όλων των οργάνων του διαγωνισμού, όταν ασκούν αποφασιστική και όχι γνωμοδοτική ή άλλη αρμοδιότητα (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 63/2012, 305/2011), συνακόλουθα, η σχετική με το στάδιο αυτό απόφαση της ΕΕΕΠ δεν στερείται εκτελεστότητας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 92/2014, σκέψη 5, 373/2013, σκ. 3, 323/2012 κ.α.) και νομίμως προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι αβάσιμα. Προβάλλονται, όμως, και απαραδέκτως, ελλείπει εννόμου συμφέροντος. Και τούτο, διότι, υπό την εκδοχή ότι ήταν βάσιμοι, η προσφυγή της θα ήταν απαράδεκτη ως στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής πράξης (πρβλ. ΣτΕ 421/2014). Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

18. Επειδή, εξάλλου, με το δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής (κεφ. Γ.1.2), η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης της ΕΕΕΠ, τόσο κατά το σκέλος της κατά το οποίο γίνεται δεκτό ότι δεν συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο του Νομικού Συμβούλου της ΕΕΕΠ, όσο και κατά το σκέλος της σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού της προσφεύγουσας. Όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το πρώτο σκέλος της στερείται οποιασδήποτε αιτιολογίας, ούτε δύναται να συναχθεί αιτιολογία από τα πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού, σε κάθε δε περίπτωση, και για τα δύο σκέλη της επειδή η συγκρότηση της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού έχει γίνει κατ' εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου και κατά παράβαση των σχετικών ειδικών διατάξεων, το σύνολο των εργασιών της επιτροπής είναι μη νόμιμο και τα πρακτικά της, ως εισηγήσεις προς την ΕΕΕΠ, στερούνται οποιουδήποτε νομίμου αποτελέσματος.

19. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, η αιτιολογία μιας

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

διοικητικής πράξης πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής, μπορεί όμως να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, χωρίς να πρέπει αναλυτικά να εκτίθεται στο σώμα της πράξης. Μπορεί, εξάλλου, να παρατίθεται το πρώτον ή συμπληρωματικά της αρχικής ενώπιον της ΑΕΠΠ, με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής. Στην προκειμένη περίπτωση, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις σκέψεις 15 - 17 της παρούσας, αρμοδίως η ΕΕΕΠ εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη σχετικά με την αξιολόγηση των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, αποδεχόμενη την εισήγηση της νομίμως συγκροτηθείσας με τη με αριθμό 92524 Κοινή Απόφαση των Υπουργών Οικονομικών – Ανάπτυξης και Επενδύσεων – Τουρισμού (ΦΕΚ ΥΟΔΔ 749) επιτροπής του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, στο βαθμό που στα πρακτικά της επιτροπής αυτής, τα οποία ενέκρινε η προσβαλλόμενη απόφαση, αποτυπώνονται με τρόπο σαφή, ειδικό και εμπειριστατωμένο τα αποτελέσματα της αξιολόγησης των επίμαχων Φακέλων των διαγωνιζομένων, κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν στερείται αιτιολογίας, ούτε η αιτιολογία της είναι εσφαλμένη επειδή παραπέμπει στα πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού, όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Περαιτέρω, δοθέντος ότι μεταξύ των πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού, τα οποία εγκρίνονται με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΕΕΕΠ, περιλαμβάνεται και το με αριθμό 14 πρακτικό της 17^{ης} Δεκεμβρίου 2019, κατά το οποίο η επιτροπή του διαγωνισμού για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται σε αυτό αποφαινεται ότι «... δεν συντρέχει περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 35 του ν. 4413/2016 ανάμεσα στη δικηγορική εταιρεία «KLC Law Firm» και την ένωση «INSPIRE Athens» στην προκειμένη περίπτωση και ότι η συνδρομή που παρείχε η ως άνω δικηγορική εταιρεία στην επιτροπή του διαγωνισμού σε καμία περίπτωση δεν μπορούσε να ασκήσει και ούτε άσκησε οποιαδήποτε επιρροή στην ανεξαρτησία και αμεροληψία με την οποία η επιτροπή διαγωνισμού ασκεί τα καθήκοντα που της ανατέθηκαν. ...»,

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν στερείται σαφούς, ειδικής και ορισμένης αιτιολογίας επί του ζητήματος που η προσφεύγουσα προβάλλει, ανεξαρτήτως αν αυτή είναι νόμιμη ως προς την εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών που εξετάστηκαν σε σχέση με τις ισχύουσες για αυτά νομικές διατάξεις. Επί της νομιμότητας της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης της ΕΕΕΠ, άλλωστε, σχετικά με το ζήτημα αυτό, διαλαμβάνεται κρίση στην παρούσα απόφαση, κατά την εξέταση του λόγου της προσφυγής που βάλλει ειδικώς επί της συγκεκριμένης πλημμέλειας της προσβαλλόμενης απόφασης (κεφ. Ε3 της προσφυγής). Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

20. Επειδή, περαιτέρω, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, διότι λόγω της ιστορούμενης στην προσφυγή σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο του νομικού συμβούλου της ΕΕΕΠ και της συνακόλουθης παραβίασης από την ΕΕΕΠ της υποχρέωσης της βασικής αρχής αντικειμενικής αμεροληψίας, η διαδικασία αξιολόγησης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφεύγουσας είναι άκυρη και συνεπώς είναι άκυρη και για το λόγο αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και διότι η επιτροπή του διαγωνισμού, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και εφαρμογής ίσων κριτηρίων αξιολόγησης των προσφορών, της αρχής της διαφάνειας και της υποχρέωσης που απορρέει από την παρ. 3.1.2 (α) της διακήρυξης και τις διατάξεις των άρθρων 40 του ν. 4413/2016 και 102 του ν. 4412/2016, όφειλε να καλέσει την προσφεύγουσα για διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, όπως κάλεσε σχετικώς την παρεμβαίνουσα ένωση, αντί να την αποκλείσει για τους επικαλούμενους από την ΕΕΕΠ λόγους. Οι ως άνω ισχυρισμοί, όμως, ως αυτοτελείς αιτιολογικές βάσεις ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης της ΕΕΕΠ είναι απορριπτέοι, ως ερειδόμενοι επί

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης, προβάλλονται όμως και αλυσιτελώς. Τούτο δε, διότι και αν ήθελε κριθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ένωσης και του νομικού συμβούλου της ΕΕΕΠ, πέραν των τυχόν σε βάρος της συμμετέχουσας ένωσης συνεπειών, τότε μόνον η προσβαλλόμενη απόφαση μπορεί να πάσχει λόγω έλλειψης αμεροληψίας και παράβασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αν η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν στηρίζεται σε λόγους που από δέσμια αρμοδιότητα οδηγούν σε αποκλεισμό της ή αν μη νομίμως η ΕΕΕΠ ζήτησε διευκρινίσεις από την ένωση INSPIRE Athens επί στοιχείων και εγγράφων της προσφοράς της, ενώ θα έπρεπε να την απορρίψει άνευ ετέρου, περιπτώσεις όμως που κατά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης δεν συντρέχουν. Η νομιμότητα της κατά τα άνω αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης, άλλωστε, προσβάλλεται με ειδικούς λόγους στην κρινόμενη προσφυγή (κεφ. Δ και Ε της προσφυγής) και εξετάζεται στην παρούσα, στο πλαίσιο των διατάξεων των παρ. 1 και 5 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, κατά συνέπεια η προσφεύγουσα δεν στερείται του δικαιώματός της να επιδιώξει την ακύρωσή της τόσο κατά το σκεπτικό όσο και κατά το διατακτικό της, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 επ. του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος και ο τρίτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής

21. Επειδή, εξάλλου, επί των λόγων απόρριψης της προσφοράς της, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της (κεφ. Δ.1), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της για το λόγο ότι τα Ερωτηματολόγια Ποιοτικής Επιλογής (ΕΠΕ) των εταιρειών στις ικανότητες των οποίων στηρίχτηκε για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης, ήτοι των εταιρειών «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC», δεν είχαν υπογραφεί από το νόμιμο εκπρόσωπό τους, διότι η διακήρυξη και ο νόμος δεν απαιτούν να υποβληθούν αυτοτελή ΕΠΕ από τις εταιρείες αυτές, υπογεγραμμένα από το νόμιμο εκπρόσωπο κάθε μίας εξ αυτών, σε κάθε

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

περίπτωση, διότι ο υπογράφων τα ερωτηματολόγια έχει τη γενική εξουσία εκπροσώπησης και υπογραφής τους για λογαριασμό των εταιρειών αυτών. Σε αντίκρουση του λόγου αυτού της προσφυγής, η ΕΕΕΠ υποστηρίζει ότι από τις διατάξεις του ν. 4413/2016, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου υπάγεται η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, κατά την ερμηνεία που γίνεται δεκτή ότι έχουν οι πανομοιότυπες διατάξεις του ν. 4412/2016 στην προκειμένη περίπτωση, προκύπτει ότι τα ΕΠΕ, σε όση έκταση αποτελούν έντυπα ενημερωμένων υπεύθυνων δηλώσεων, δεν μπορεί παρά να είναι υπογεγραμμένα από τον ίδιο τον δηλούντα, είτε αυτός είναι ο διαγωνιζόμενος είτε είναι τρίτος. Εφόσον τα ΕΠΕ που αφορούν στους τρίτους, στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται η προσφεύγουσα, εμφανίζονται ως Παραρτήματα ενσωματωμένα στο ΕΠΕ της προσφεύγουσας, και όχι ως αυτοτελή έγγραφα, φέρουν δε την υπογραφή του υπογράφοντος τα δικά της ΕΠΕ, χωρίς να αποδεικνύεται, ούτε και μετά τις διευκρινίσεις που ζητήθηκαν και η προσφεύγουσα παρέσχε, ότι είναι και ειδικώς εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος να υπογράψει και τα ΕΠΕ των τρίτων, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της. Όμοιους ισχυρισμούς, εξάλλου, προβάλλει και η παρεμβαίνουσα.

22. Επειδή, σχετικά με τον τέταρτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, στη διακήρυξη, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αρχή που τον διενεργεί και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΑΕΠΠ Α65/17, 65/17, 114/17, 115/17, 174/17, 128/17 κ.α.), ορίζονται τα εξής: Στο άρθρο 2.2.8., με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη ποιοτικής επιλογής κατά την υποβολή Προσφορών», ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι Διαγωνιζόμενοι α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του όρου 2.2.4. της παρούσας και β) πληρούν τα κριτήρια επιλογής των όρων 2.2.5. και 2.2.6. της παρούσας προσκομίζουν κατά την υποβολή της Προσφοράς τους ως δικαιολογητικά συμμετοχής α) το

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προβλεπόμενο, σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής, το οποίο, σε περίπτωση που ο Διαγωνιζόμενος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με τον όρο 2.2.7 της παρούσας ή έχει δηλώσει με την Προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της Σύμβασης σε υπεργολάβο / τρίτο, περιέχει επίσης τις σχετικές με τα υπό (α) και (β) ανωτέρω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς ... Στην περίπτωση υποβολής Προσφοράς από Ένωση Προσώπων το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής υποβάλλεται χωριστά από κάθε Μέλος ... Σε όλες τις περιπτώσεις όπου περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός Διαγωνιζομένου ή Μέλους αυτού ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, υποβάλλεται ένα Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής, το οποίο είναι δυνατό να φέρει μόνο την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του Διαγωνιζομένου ως προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.4.1. της παρούσας για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του Διαγωνιζομένου ή Μέλους αυτού νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά τον χρόνο υποβολής της Προσφοράς, ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον Διαγωνιζόμενο για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.» και στο άρθρο 2.4.3. με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: α) το κατά το άρθρο 41 του ν. 4413/2016 Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής, συμπληρωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος III, ...». Στους ορισμούς, εξάλλου, της διακήρυξης, σχετικά με το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Επιλογής, ορίζονται τα εξής: ««Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής» είναι το προβλεπόμενο στο άρθρο 41 του ν. 4413/2016 ερωτηματολόγιο, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση επαγόμενη τις συνέπειες του ν. 1599/1986.». Περαιτέρω, στο Περιεχόμενο στο Παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης υπόδειγμα Ερωτηματολογίου Ποιοτικής Επιλογής, μεταξύ άλλων ορίζονται τα εξής: Στις υποσημειώσεις υπό τους αριθμούς 1, 2 επί του τίτλου του υποδείγματος «ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΕΡΩΤΗΜΑΤΟΛΟΓΙΟΥ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» αναφέρονται τα εξής: «1. Το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής προβλέπεται στο άρθρο 41 του ν. 4413/2016 και αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.», «2. Σε περίπτωση υποβολής Προσφοράς από Ένωση Προσώπων, το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής υπογράφεται χωριστά από κάθε Μέλος της Ένωσης», στην υποσημείωση υπό τον αριθμό 3 επί του τίτλου του κεφαλαίου Α. «Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα 3», αναφέρεται «3. Ως «οικονομικός φορέας» εν προκειμένω νοείται ο Διαγωνιζόμενος», ενώ στο κεφάλαιο Ε. με τίτλο «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη σε ικανότητες άλλων οντοτήτων» έχει τεθεί το ερώτημα «Στηρίζεται ο οικονομικός φορέας στις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 39 του ν. 4413/2016;» κάτω από το οποίο έχουν τεθεί οι απαντήσεις ΝΑΙ ΟΧΙ και, προ αυτών, πλαίσια, για να επισημειωθεί η σχετική απάντηση, μετά από τις οποίες αναφέρεται το εξής: «Εάν ναι, να απαντηθούν τα ανωτέρω ερωτήματα υπό Γ και Δ και όσον αφορά τους φορείς αυτούς». Στον Πίνακα Ερωταποκρίσεων, τέλος, επί του κειμένου της διακήρυξης με αριθμό 1/2019 της ΕΕΕΠ που εγκρίθηκε δυνάμει της με αριθμό 392/1/24.4.2019 Απόφασης της ΕΕΕΠ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους, στην ερώτηση με αριθμό 17, δόθηκε από την ΕΕΕΠ η εξής απάντηση: «Εφόσον οι διαγωνιζόμενοι στηρίζονται στην ικανότητα τρίτων φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των όρων 2.2.5. και 2.2.6. της Διακήρυξης αντιστοίχως, κατά την υποβολή της

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Προσφοράς τους, αρκεί η υποβολή, μεταξύ των λοιπών δικαιολογητικών συμμετοχής, του Ερωτηματολογίου Ποιοτικής Επιλογής, με την πληροφόρηση που αναφέρεται στον όρο 2.2.8. στοιχ. (α) της Διακήρυξης ειδικά σε σχέση με την στήριξη σε ικανότητα τρίτων».

23. Επειδή, στους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, όπως νόμιμα διευκρινίστηκαν δεν προβλέπεται με ρητή και αδιάστικτη διατύπωση επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους οι διαγωνιζόμενοι να υποβάλλουν αυτοτελές Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής (ΕΠΕ) για τους τρίτους οικονομικούς φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται για την πλήρωση των τεθέντων από τη διακήρυξη κριτηρίων επιλογής. Αντίθετα, αυτοτελές ΕΠΕ απαιτείται με ρητή διατύπωση επί ποινή απόρριψης της προσφοράς να υποβάλλουν καθένα από τα μέλη συμμετέχουσας στο διαγωνισμό ένωσης προσώπων και μόνο. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί καταρχήν να απορριφθεί προσφορά διαγωνιζόμενου, με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε αυτοτελές, χωριστό από το δικό του Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής για τους τρίτους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Και τούτο, διότι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημόσιων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, επομένως, δεν είναι, κατ' αρχήν, νόμιμος ο αποκλεισμός του λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών από τα προβλεπόμενα ή και επιπλέον δικαιολογητικών συμμετοχής που απαιτούνται από τη διακήρυξη ή από διατάξεις, στις οποίες αυτή δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στο διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣτΕ 632/2010, 1328/2008, ΕΑ ΣτΕ 79/2010). Ωστόσο, όπως γίνεται δεκτό, στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών που υπάγονται στο

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, οι διατάξεις του άρθρου 79 του οποίου, σχετικά με το ΕΕΕΣ / ΤΕΥΔ, δεν διαφοροποιούνται κατ' ουσίαν από αυτές του άρθρου 41, σχετικά με το ΕΠΕ, του ν. 4413/2016, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου υπάγεται ο επίμαχος διαγωνισμός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι στην περίπτωση κατά την οποία συμμετέχων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, απαιτείται και η υποβολή ΕΠΕ για καθέναν από αυτούς, δεόντως υπογεγραμμένο από αυτούς «προκειμένου, κατ' αυτόν τον τρόπο, να δηλώνεται υπεύθυνα, και για αυτούς, ότι πληρούν τις καθοριζόμενες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο αυτών ή των νομίμων εκπροσώπων τους λόγοι που θα επέβαλαν ή θα δικαιολογούσαν, κατά περίπτωση, τον αποκλεισμό τους από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία» (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 114 - 115/2019, σκ. 15 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Και υπό την ερμηνευτική εκδοχή αυτή, όμως, ενόψει της παράλειψης ρητής σχετικής μνείας στη διακήρυξη ή και στο Παράρτημα ΙΙΙ αυτής, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν θα έπρεπε να απορριφθεί, αν προηγουμένως δεν παρεχόταν σε αυτή η δυνατότητα να διευκρινίσει αν το υποβληθέν για τους τρίτους ΕΠΕ είναι δεόντως υπογεγραμμένο από αυτούς (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Και τούτο, διότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (πρβλ. μεταξύ πολλών για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τις αποφάσεις: της 29ης

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, και της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37). Άλλωστε, στο πλαίσιο των διαδικασιών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, για την υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ από τους τρίτους, δεόντως υπογεγραμμένο από αυτούς, περιέχεται ρητή αναφορά στα εγκριθέντα από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) πρότυπα τεύχη διακηρύξεων. Συγκεκριμένα, στο μέρος II. Γ του προτύπου τεύχους ΤΕΥΔ που η ΕΑΑΔΗΣΥ έχει συντάξει και ισχύει δεσμευτικά για τις αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς που διενεργούν διαγωνιστικές διαδικασίες που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, μετά το ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» έχει τεθεί η εξής οδηγία: «Εάν ναι, επισυνάψτε χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του παρόντος μέρους και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς, δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νομίμους εκπροσώπους αυτών». Ούτε η ΕΕΕΠ, όμως υποστηρίζει, ούτε προκύπτει ότι η ΕΑΑΔΗΣΥ έχει συντάξει και εγκρίνει πρότυπη διακήρυξη ή υπόδειγμα ΕΠΕ με την παραπάνω οδηγία σχετικά με τα ΕΠΕ των τρίτων, για τις διαδικασίες που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4413/2016. Τέλος, κατά τη σαφή έννοια του όρου του άρθρου 2.2.8 της διακήρυξης προκύπτει ότι ως νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα που υπογράφει το ΕΠΕ νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά τον χρόνο υποβολής του ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

τον εκπροσωπεί για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

24. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης η προσφεύγουσα στηρίχτηκε στις ικανότητες των εταιρειών «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC». Τη στήριξή της, άλλωστε, σε τρίτους οικονομικούς φορείς συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα. Από το φάκελο της υπόθεσης, εξάλλου, προκύπτει ότι για τους φορείς αυτούς η προσφεύγουσα υπέβαλε ΕΠΕ ως παραρτήματα (εκθέματα) του δικού της ΕΠΕ. Καίτοι αρχικώς η επιτροπή του διαγωνισμού θεώρησε ότι αυτά δεν είναι αυτοτελή, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση της ΕΕΕΠ, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν απορρίφθηκε για το λόγο ότι δεν υπέβαλε αυτοτελή ΕΠΕ για τις εταιρείες «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC», αλλά διότι τα ΕΠΕ των εταιρειών αυτών δεν ήταν υπογεγραμμένα από το νόμιμο εκπρόσωπό τους. Όπως προκύπτει, μάλιστα, από το με αριθμό 7/08-11-2019 πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού και δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, τα επίμαχα ΕΠΕ ήταν υπογεγραμμένα από τον κ. John Eder, υπό την ιδιότητά του ως «Executive Vice President, Chief Financial Officer, Secretary & Treasurer SHRE/SHRI, LLC». Δεν προέκυπτε, δηλαδή, ότι ο υπογράφων τα ΕΠΕ των τρίτων εταιρειών στις οποίες στηρίζεται η προσφεύγουσα ήταν ο νόμιμος εκπρόσωπός τους. Όπως, επίσης, αναφέρεται στο επίμαχο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού για τη νομιμοποίηση του κ. John Eder η προσφεύγουσα είχε προσκομίσει το από 01-10-2019 έγγραφο με τίτλο «Consent of the Managers in Lieu of Meeting» και στα ελληνικά «Συναίνεση των Διευθυντών αντί Συνεδρίασης», από το οποίο δεν προέκυπτε ότι εκπροσωπούσε και τις εταιρείες «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC». Η προσφεύγουσα επίσης είχε υποβάλει και το από 25-09-2019 έγγραφο με τίτλο «Joint Resolutions of the Board of Directors or the

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Board of Managers of the Entities Set Forth on schedule Attached Hereto» και σε ελληνική μετάφραση «Θεώρηση των κοινών αποφάσεων που ελήφθησαν στη συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου ή του Συμβουλίου των Διευθυντών των οντοτήτων που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι που επισυνάπτεται στο παρόν». Από το έγγραφο αυτό κατά την κρίση της επιτροπής του διαγωνισμού προέκυπτε ότι όλες οι εταιρείες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα του εγγράφου, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και οι εταιρείες «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC», αποφάσισαν ότι ορίζουν τον κ. John Eder ως «Executive Vice President, Chief Financial Officer, Secretary & Treasurer» και ως «Υπεύθυνο Αξιωματούχο των Δανειοληπτών» («Responsible Officer of the Borrowers»), σύμφωνα με τη «Συμφωνία Πίστωσης με ημερομηνία 14.5.2013» (Credit Agreement, dated as of May 14, 2013). Στο ίδιο ως άνω έγγραφο τέλος περιεχόταν η σε ελληνική μετάφραση αναφορά ότι «[...] ο Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος κάθε Εταιρείας και οποιοδήποτε από τα κατά τα ανωτέρω εξουσιοδοτημένα πρόσωπα [«Εξουσιοδοτημένο Πρόσωπο»] εξουσιοδοτείται με το παρόν να προβεί σε κάθε περαιτέρω ενέργεια, ή να προκαλέσει να επέλθει μία τέτοια ενέργεια και να υπογράψει και να παραδώσει, στο όνομα και για λογαριασμό της Εταιρείας, όλα τυχόν τα έγγραφα που κατά την κρίση του είναι αναγκαία ή κατάλληλα, ώστε να επιτύχει το σκοπό των ανωτέρω αποφάσεων [...]». Από τα πιο πάνω έγγραφα της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν προκύπτει εάν μεταξύ των αρμοδιοτήτων του κ. Eder περιλαμβάνεται η γενική εξουσία εκπροσώπησης και υπογραφής για λογαριασμό των «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC» ούτε για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Προκύπτει μόνον ο διορισμός του ως υπευθύνου αξιωματούχου έναντι των δανειοληπτών και για συγκεκριμένη συμφωνία πίστωσης, χωρίς καμία άλλη εξειδίκευση της εξουσίας του αυτής. Περαιτέρω, δεν προκύπτει αν είναι «Εξουσιοδοτημένο Πρόσωπο» και με την ιδιότητα αυτή του απονέμεται η εξουσία να εκπροσωπεί τις εταιρείες αυτές γενικά ή έστω για διαδικασίες

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Παρά ταύτα, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας άνευ ετέρου, αν προηγουμένως δεν παρεχόταν σε αυτήν η δυνατότητα να διευκρινίσει, έστω και με άλλο έγγραφο, αν τα ΕΠΕ των εταιρειών «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC» είχαν υπογραφεί από τον κ. John Eder με την ιδιότητά του ως νομίμου εκπροσώπου τους. Νομίμως, επομένως, η επιτροπή του διαγωνισμού ζήτησε από την προσφεύγουσα σχετική διευκρίνιση. Στην από 04-12-2019 επιστολή της όμως η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε ότι ο κ. John Eder είχε και εξακολουθούσε να έχει εξουσία υπογραφής για τις εταιρείες «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC», όπως αυτή προέκυπτε από τα έγγραφα που είχε προσκομίσει με το φάκελο της προσφοράς της και δεν προσκόμισε συμπληρωματικά κανένα άλλο έγγραφο. Ειδικώς δε ισχυρίστηκε ότι από το από 25-09-2019 έγγραφο με τίτλο «Joint Resolutions of the Board of Directors or the Board of Managers of the Entities Set Forth on schedule Attached Hereto» και σε ελληνική μετάφραση «Θεώρηση των κοινών αποφάσεων που ελήφθησαν στη συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου ή του Συμβουλίου των Διευθυντών των οντοτήτων που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι που επισυνάπτεται στο παρόν» προέκυπτε η εξουσία του κ. Eder να προβεί σε κάθε αναγκαία ενέργεια και υπογραφή κάθε απαραίτητου εγγράφου για λογαριασμό εκάστης εταιρείας του Παραρτήματος Ι, με σκοπό την υλοποίηση των επί μέρους αποφάσεων του σχετικού πρακτικού. Με την εξουσία του αυτή, ισχυρίστηκε η προσφεύγουσα ο κ. Eder υπέγραψε και τα ΕΠΕ των εταιρειών «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC». Επειδή, όμως από το πρακτικό αυτό δεν προκύπτει ούτε ποιες άλλες αποφάσεις αφορά, εκτός από το διορισμό του κ.. Eder ως υπευθύνου αξιωματούχου έναντι των δανειοληπτών ούτε αν ο κ. Eder είναι «Εξουσιοδοτημένο Πρόσωπο» και με την ιδιότητα αυτή του απονέμεται η εξουσία να εκπροσωπεί τις εταιρείες αυτές γενικά ή έστω για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

σύμβασης, ορθά κρίθηκε ότι ο κ. Eder δεν ήταν ο νόμιμος εκπρόσωπος των «Seminole HR Holdings LLC» και «HR Atlantic City LLC». Τούτων δοθέντων, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι τα υποβληθέντα ΕΠΕ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίχτηκε για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης ήταν δέοντως υπογεγραμμένα από το νόμιμο εκπρόσωπό τους, παρά τη δυνατότητα που της παρασχέθηκε να διευκρινίσει σχετικά την προσφορά της. Κατά συνέπεια, η ΕΕΕΠ νομίμως απέρριψε την προσφορά για το λόγο αυτό. Συνακόλουθα, και ο τέταρτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

25. Επειδή, περαιτέρω, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής της (κεφ. Δ. 2), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η κατά τέσσερις ημέρες μόνο απόκλιση στην ημερομηνία λήξης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που προσκόμισε συνιστά ήσσονος σημασίας πλημμέλεια που οφείλεται σε προφανή παραδρομή, προκληθείσα μάλιστα και από λόγους για τους οποίους ευθύνεται η ΕΕΕΠ. Την πλημμέλεια αυτή, συνεπώς, είχε υποχρέωση η ΕΕΕΠ να ζητήσει από την προσφεύγουσα να διορθώσει, ενόψει της αρχής της αναλογικότητας και σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Η ΕΕΕΠ αντίθετα, υποστηρίζει ότι, όπως έχει κρίνει η νομολογία, στην περίπτωση κατά την οποία η εγγυητική επιστολή συμμετοχής έχει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ελάχιστο απαιτούμενο, το σφάλμα της προσφοράς θεωρείται ουσιώδες, μη επιδεχόμενο διευκρίνισης, με αποτέλεσμα να επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς κατά δέσμια αρμοδιότητα. Η παρεμβαίνουσα, εξάλλου, προβάλλει παρόμοιους με την ΕΕΕΠ ισχυρισμούς.

26. Επειδή, σχετικά με τον υπόψη λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ορίζει τα εξής: Στους ορισμούς, ότι: «Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής» είναι η εγγυητική επιστολή, την οποία θα προσκομίσει κάθε Διαγωνιζόμενος με την Προσφορά του υπό τη μορφή που προβλέπεται στο Παράρτημα ΙΧ της παρούσας.», στο άρθρο 2.2.3.2. ότι: «Για την έγκυρη

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης της Σύμβασης κατατίθεται από τους Διαγωνιζομένους Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής, το ύψος της οποίας ανέρχεται στο ποσό των επτά εκατομμυρίων πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (€7.500.000,00). Η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής συντάσσεται και υποβάλλεται σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος ΙΧ της παρούσας. Στην περίπτωση Ένωσης Προσώπων η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των Μελών της Ένωσης. Η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής μπορεί να είναι μία και να αφορά στο σύνολο των Μελών ή να είναι περισσότερες ή/και ισάριθμες με τα Μέλη, οπότε το άθροισμα των ποσών τους πρέπει να καλύπτει το ως άνω ποσό. Η εγγύηση συμμετοχής ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της Προσφοράς σύμφωνα με τον όρο 2.4.6. της παρούσας, άλλως η Προσφορά απορρίπτεται. Η ΕΕΕΠ μπορεί, πριν τη λήξη της Προσφοράς, να ζητά από τον Διαγωνιζόμενο να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της Προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.», στο άρθρο 2.2.3.3. ότι: «Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον Παραχωρησιούχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς Διαγωνιζόμενους σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016.», στο άρθρο 2.2.3.4. ότι: «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο Διαγωνιζόμενος αποσύρει την Προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στους όρους 2.2.4. έως 2.2.7. της παρούσας ή αν δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή αν δεν προσέλθει εγκαίρως για την υπογραφή της Σύμβασης», στο άρθρο 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», μεταξύ άλλων ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: ... γ) την Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016 και τους όρους

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

2.1.9. και 2.2.3. της Διακήρυξης, ...» και στο άρθρο 2.4.6. με τίτλο «Χρόνος ισχύος των Προσφορών», μεταξύ άλλων ότι: «Οι υποβαλλόμενες Προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους Διαγωνιζόμενους για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επομένη της Ημερομηνίας Υποβολής Προσφορών. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο, απορρίπτεται. Η ισχύς της Προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την ΕΕΕΠ πριν από τη λήξη της με αντίστοιχη παράταση της ισχύος της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016 και τον όρο 2.2.3. της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια. ...» Στους Ορισμούς, τέλος της διακήρυξης, ως Ημερομηνία Υποβολής Προσφορών ορίζεται «... η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των Προσφορών ...».

27. Επειδή, από τους στην προηγούμενη σκέψη παρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι απαραίτητο δικαιολογητικό για τη συμμετοχή στον επίμαχο διαγωνισμό αποτελεί η εγγυητική επιστολή, ο χρόνος ισχύος της οποίας πρέπει να είναι τουλάχιστον 13 μηνών, ακριβέστερα δώδεκα (12) μηνών και τριάντα (30) ημερών από την επομένη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, ώστε να υπερκαλύπτει τον κατά τη διακήρυξη χρόνο δέσμευσης του υποβαλόντος την προσφορά. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό, άλλωστε, ορίστηκε η 4η Οκτωβρίου 2019 (πρβ. 3^η σκέψη της παρούσας), συνεπώς η εγγυητική επιστολή συμμετοχής των διαγωνιζόμενων έπρεπε να ισχύει τουλάχιστον μέχρι τις 04-11-2020. Περαιτέρω, συνάγεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής πρέπει να υποβληθεί κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, εντός του φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» των διαγωνιζομένων. Στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, τέλος, συνάγεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του καταπίπτει αν διαγωνιζόμενος αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ισχύος αυτής ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στους όρους 2.2.4. έως 2.2.7. της διακήρυξης ή αν δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για την υπογραφή της Σύμβασης. Εξάλλου, η αναγραφή στο σώμα της εγγυητικής επιστολής του κατά τη διακήρυξη απαιτούμενου ελαχίστου χρόνου ισχύος της έχει κριθεί (βλ. ΕΑ ΣΤΕ1400/2007) ότι αποτελεί στοιχείο του κύρους της και, κατά συνέπεια, προϋπόθεση του κύρους της υποβαλλομένης προσφοράς, ή, άλλως, ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή μιας επιχείρησης σε διαγωνισμό δημόσιας σύμβασης, δεν μπορεί δε να θεωρηθεί ότι συνιστά έλλειψη «επουσιώδους τυπικής προϋπόθεσης», δεκτική συμπλήρωσης εκ των υστέρων. Και τούτο διότι, δια της μνείας του προβλεπόμενου στη διακήρυξη χρόνου ισχύος της διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο αποβλέπει ο νομοθέτης που συνίσταται στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στην αναθέτουσα αρχή του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθέτησης από το συμμετέχοντα στο διαγωνισμό των συναφών υποχρεώσεων του (πρβλ. ΣΤΕ 963/2000, 2513/1993 κ.ά.). Έχει κριθεί, τέλος, ότι η μη υποβολή εντός της προθεσμίας κατάθεσης των προσφορών εγγυητικής επιστολής με το στη διακήρυξη προβλεπόμενο χρόνο ισχύος της, ενόψει της τυπικότητας της διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, συνεπάγεται τον αποκλεισμό του συμμετέχοντος, μη επιτρεπόμενης της εκ των υστέρων αντικατάστασης ή συμπλήρωσης της ήδη υποβληθείσας αντικανονικής ως προς τον χρόνο ισχύος της - εγγυητικής επιστολής – ανεξαρτήτως του λόγου στον οποίο οφείλεται το εμφίλοωρήσαν ενδεχομένως σ' αυτήν σφάλμα (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 3026/2004, 963/2000, 4355/1997, Ε.Α. 512/2005, 470/2000, 34, 282/2003). Τούτων, έπεται, ότι εφόσον συμμετέχων στον επίμαχο διαγωνισμό υπέβαλε εγγυητική επιστολή ο χρόνος ισχύος της οποίας δεν ήταν τουλάχιστον μέχρι τις 04-11-2020, η προσφορά του κατά δέσμια αρμοδιότητα έπρεπε να απορριφθεί.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

28. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης και συνομολογείται και από την προσφεύγουσα με την υποβληθείσα στις 4 Οκτωβρίου 2019 προσφορά της υπέβαλε την από 1^{ης} Οκτωβρίου 2019 εγγυητική επιστολή συμμετοχής της στο διαγωνισμό από την Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος, η οποία είχε ισχύ μέχρι τις 31 Οκτωβρίου 2020, είχε επομένως μικρότερη χρονική ισχύ από την κατ' ελάχιστο οριζόμενη στους όρους του άρθρου 2.2.3.2 της διακήρυξης, σε συνδυασμό με την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Κατά συνέπεια, ενόψει των ρητών διατυπώσεων του ίδιου ως άνω άρθρου της διακήρυξης και όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η προσφορά της προσφεύγουσας νομίμως απορρίφθηκε για το λόγο αυτό. Η ελαττωματική κατά τα άνω εγγυητική επιστολή συμμετοχής της προσφεύγουσας, εξάλλου, δεν μπορούσε να διορθωθεί, ούτε σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 περί διευκρινίσεων, αφού με τον τρόπο αυτό θα παρεχόταν η δυνατότητα να αντικατασταθεί εκ των υστέρων επί ποινή απόρριψης δικαιολογητικό ή τροποποίησης του περιεχομένου του, ώστε να συμφωνεί πλέον με τους προαναφερόμενους όρους της διακήρυξης και όχι συμπλήρωσης νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντος δικαιολογητικού. Η εγγυητική επιστολή της προσφεύγουσας, εξάλλου, δεν μπορούσε να διορθωθεί εκ των υστέρων ούτε ενόψει των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης. Και τούτο, διότι έχει κριθεί ότι δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών αυτών όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά το νόμο και τη διακήρυξη ενεργεί κατά δέσμια αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003). Άλλωστε, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, αν τυχόν διαρκέσει η διαδικασία του διαγωνισμού για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο από εκείνο που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, να ζητήσει την παράταση του χρόνου ισχύος της, δεν ασκεί καμία επιρροή στην προκειμένη περίπτωση, διότι η δυνατότητα αυτή δεν απαλλάσσει τους διαγωνιζόμενους από την υποχρέωση να υποβάλουν μαζί με την προσφορά τους ως τυπικό

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

δικαιολογητικό εγγυητική επιστολή με τον προβλεπόμενο από τη διακήρυξη χρόνο ισχύος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 512/2005). Ο ισχυρισμός, τέλος, της προσφεύγουσας, ότι η παραδρομή στο χρόνο ισχύος της εγγυητικής της επιστολής οφείλεται στο γεγονός ότι η τελευταία ανακοίνωση της ΕΕΕΠ περί μεταφοράς της προθεσμίας από τις 30-09-2019 για τις 04-10-2019 δεν αναρτήθηκε στον ίδιο ηλεκτρονικό υποφάκελο της Εικονικής Βάσης Τεκμηρίωσης (VDR), όπου η ΕΕΕΠ είχε αναρτήσει τις προηγούμενες τέσσερις ανακοινώσεις περί μεταφοράς της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, στην αγγλική γλώσσα, αλλά σε άλλον, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη προβάλλεται αλυσιτελώς, είναι όμως και αβάσιμος. Τούτο, διότι δεν ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ούτε προκύπτει ότι υπέβαλε προσφορά στις 30-10-2019 ή ακόμα νωρίτερα, ούτε ότι είχε εκδώσει την εγγυητική επιστολή που κατέθεσε με την προσφορά της πριν από τις 30-10-2019, θεωρώντας ότι η 30^η Οκτωβρίου 2019 είναι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Αντίθετα, από το σώμα της εγγυητικής επιστολής που προσκόμισε προκύπτει ότι αυτή εκδόθηκε στις 31-10-2019, συνεπώς εκδόθηκε μετά την ημερομηνία για τη μετάθεση της οποίας ισχυρίζεται ότι πλημμελώς πληροφορήθηκε. Άλλωστε, όπως προκύπτει από τις καταγεγραμμένες επικοινωνίες των διαγωνιζόμενων στην εικονική αίθουσα τεκμηρίωσης (VDR) της ΕΕΕΠ για το διαγωνισμό, το Τεύχος Τροποποιήσεων της διακήρυξης που εκδόθηκε δυνάμει της με αριθμό 420/1/28-8-2019 απόφασης της ΕΕΕΠ, δια του οποίου η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατέθηκε για τις 4-10-2019 το πληροφορήθηκε δια των εκπροσώπων της ήδη από τις 30-08-2019.

29. Επειδή, εξάλλου, αντίθετα με την ουσιώδη πλημμέλεια που έφερε η εγγυητική επιστολή της προσφεύγουσας, νομίμως κρίθηκε νόμιμη η εγγυητική επιστολή της παρεμβαίνουσας εταιρείας, μολονότι δεν αναφέρεται στο σώμα αυτής η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Και τούτο, διότι, ανεξαρτήτως αν αναφέρονται στη διακήρυξη ως υποχρεωτικά στοιχεία του

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

περιεχομένου της, έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 102/2017, 829/2018, 843/2018, ΕΣ Τμ. VI 1328, 1330/2018, 1876/2017) ότι συνιστούν επουσιώδη σφάλματα της εγγυητικής επιστολής που δεν επιδρούν στο κύρος της, ελλείψεις ή σφάλματα στο περιεχόμενό της, όταν δεν γεννάται σύγχυση ως προς την ταυτότητα του υπέρ ου η εγγύηση και γενικά από το περιεχόμενο της δεν καταλείπεται αμφιβολία ως προς τη δέσμευση του εγγυητή (βλ. ΣΤΕ 1073/1993) και άλλα ήσσονος σημασίας σφάλματα. Τέτοιες ελλείψεις και σφάλματα, κατά τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου και τη διοικητική νομολογία της ΑΕΠΠ έχει κριθεί ότι συνιστούν η παράλειψη αναγραφής του Αριθμού Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.) ή η πλημμελής αναγραφή της διεύθυνσης του προσφέροντος στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η παράλειψη αναγραφής του αριθμού πρωτοκόλλου της διακήρυξης και η παράλειψη αναγραφής της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Αρκεί από τα λοιπά μνημονευόμενα στην εγγυητική επιστολή στοιχεία να προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι αφορά πράγματι συγκεκριμένο συμμετέχοντα στο διαγωνισμό και ότι αυτός δεσμεύεται με τους όρους και τις προϋποθέσεις που θέτει η διακήρυξη, περίπτωση που δεν συντρέχει όταν το σφάλμα αφορά στο χρόνο ισχύος της εγγυητικής επιστολής. Τούτων, έπεται, ότι απορριπτέος ως αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η ΕΕΕΠ παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης επειδή έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρά την επουσιώδη έλλειψη της εγγυητικής της επιστολής, ενώ απέρριψε τη δική της για το σφάλμα που στην προηγούμενη έγινε δεκτό ότι ήταν ουσιώδες, μη επιδεχόμενο διόρθωσης. Ενόψει δε των όσων έγιναν δεκτά στις αμέσως παραπάνω σκέψεις (27-29), και ο πέμπτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

30. Επειδή, περαιτέρω, με τον έκτο λόγο της προσφυγής (κεφ. Δ. 3), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η από 27 Σεπτεμβρίου 2019 επιστολή της

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

«Bank of America Merrill Lynch» («BAML») επιβεβαιώνει πλήρως τη δυνατότητά της για χρηματοδότηση του έργου σε ποσοστό 100%, η δε ΕΕΕΠ που έκρινε τα αντίθετα έσφαλε. Η ΕΕΕΠ, εξάλλου, διατείνεται ότι από την προσκομισθείσα επιστολή δεν προκύπτει δέσμευση αποδεκτού πιστωτικού ιδρύματος ότι η προσφεύγουσα διαθέτει την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και ικανότητα, ούτε το περιεχόμενό της μπορούσε να συμπληρωθεί. Παρόμοιους ισχυρισμούς, άλλωστε, προβάλλει και η παρεμβαίνουσα.

31. Επειδή, σχετικά με τον κρινόμενο λόγο της προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 2.2.5., με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την διαδικασία σύναψης της Σύμβασης οι Διαγωνιζόμενοι: ... να έχουν τη δυνατότητα να χρηματοδοτήσουν με ίδια ή και δανειακά κεφάλαια την καταβολή του Αρχικού Τιμήματος και την ανάπτυξη των έργων της Α΄ Φάσης Ανάπτυξης του Έργου κατά ποσοστό 100 % ...», στο άρθρο 2.4.3., με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: ... ζ) μία ή περισσότερες επιστολές από Αποδεκτά Πιστωτικά Ιδρύματα που βεβαιώνουν τη δυνατότητα του Διαγωνιζόμενου να χρηματοδοτήσει με ίδια ή/και δανειακά κεφάλαια την καταβολή του Αρχικού Τιμήματος, των τυχόν Ετησίων Τιμημάτων για την Α΄ Φάση Ανάπτυξης, καθώς και την ανάπτυξη των έργων της Α΄ Φάσης Ανάπτυξης κατά ποσοστό 100 %, ...» και στο άρθρο 2.4.7., με τίτλο «Λόγοι απόρριψης Προσφορών», ότι: «Η ΕΕΕΠ με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των Προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, Προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται ... με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στους όρους ... 2.4.3. (Περιεχόμενο Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»), ... β) η οποία περιέχει ατέλειες,

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με τον όρο 3.1.1. της Διακήρυξης, ... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της Διακήρυξης ...». Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, συνάγεται ότι για τη νόμιμη συμμετοχή των διαγωνιζομένων στην επίμαχη διαδικασία, απαιτείτο, μεταξύ άλλων, να έχουν τη δυνατότητα να χρηματοδοτήσουν εξ ολοκλήρου με ίδια ή και δανειακά κεφάλαια την καταβολή του Αρχικού Τιμήματος και την ανάπτυξη των έργων της Α΄ Φάσης Ανάπτυξης του Έργου. Από τις διατυπώσεις των όρων αυτών, όμως, σχετικά με το περιεχόμενο που η προσκομιζόμενη επιστολή τράπεζας πρέπει να περιέχει προς πλήρωση της απαίτησης αυτής, δεν προκύπτει ούτε ότι οι εκδότριες τράπεζες πρέπει να βεβαιώνουν ότι διατηρούν δεσμευμένα κεφάλαια του διαγωνιζόμενου για το σκοπό του έργου, ούτε ότι δεσμεύονται ότι θα δανειοδοτήσουν το διαγωνιζόμενο για τον ίδιο σκοπό, ούτε ότι η παρεχόμενη βεβαίωση πρέπει να παρέχεται χωρίς καμία επιφύλαξη. Αρκεί να βεβαιώνουν, έστω χωρίς τεκμηρίωση, ότι ο διαγωνιζόμενος μπορεί να αντλήσει τα κεφάλαια που απαιτούνται για τη χρηματοδότηση της σύμβασης. Όπως, άλλωστε, επιβεβαίωσε η ΕΕΕΠ με τις διευκρινίσεις που παρασχέθηκαν, δυνάμει της υπ' αριθμ. 392/1/24.4.2019 Απόφασης (Ερώτηση 16), « ... δεν προβλέπεται τυποποιημένη μορφή επιστολής από Αποδεκτά Πιστωτικά Ιδρύματα. Η μορφή και το περιεχόμενο της επιστολής (-ών) εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του Διαγωνιζόμενου». Κατά συνέπεια, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί προσφορά διαγωνιζόμενου αν από την προσκομιζόμενη επιστολή δεν προέκυπτε η πιστοληπτική ικανότητά του για τη χρηματοδότηση της σύμβασης, ούτε αν από την επιστολή δεν προέκυπτε ότι η εκδότρια τράπεζα δεσμεύεται για την ικανότητα του διαγωνιζόμενου να χρηματοδοτήσει τη σύμβαση, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται στις απόψεις της η ΕΕΕΠ. Και τούτο διότι, αν από την προσκομιζόμενη επιστολή η ΕΕΕΠ επιθυμούσε να βεβαιώνεται η ικανότητα του

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

διαγωνιζόμενου και όχι απλώς η δυνατότητά του, ότι μπορεί δηλαδή να αντλήσει τα κεφάλαια που απαιτούνται για τη χρηματοδότηση της σύμβασης, θα έπρεπε να εκφραστεί σαφέστερα. Και τούτο, διότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. σχετική νομολογία στην 23^η σκέψη της παρούσας).

32. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τις επί λέξει διατυπώσεις της από 27 Σεπτεμβρίου 2019 επιστολής της Bank of America «... Είμαστε στην ευχάριστη θέση να σας ενημερώσουμε ότι, βασιζόμενοι στις τρέχουσες συνθήκες της αγοράς και στις πληροφορίες που μας έχετε παράσχει ως τώρα σχετικά με την Άδεια και το Έργο και υπό την προϋπόθεση των όσων αναφέρονται παρακάτω, έχουμε ιδιαίτερη εμπιστοσύνη στην ικανότητά μας (i) ως τον μοναδικό υπεύθυνο του βιβλίου εγγραφών επικεφαλής ανάδοχο [book running lead underwriter] ή υπεύθυνο της τοποθέτησης των τίτλων (ii) ως τον μοναδικό επικεφαλής μεσολαβητή και χειριστή και υπεύθυνου του βιβλίου εγγραφών για να μεσολαβήσει για την διευθέτηση και κοινοπρακτική συμμετοχή των Πιστοδοτικών Διευκολύνσεων σε κάθε περίπτωση σε σχέση πάντοτε με το Έργο [...]», για τη χρηματοδότηση του έργου με δανειακά κεφάλαια και τρόπους χρηματοδότησης όπως περιγράφονται στην εν λόγω επιστολή, οι οποίες ορίζονται μεταξύ άλλων ως «Δανειακές Χρηματοδοτήσεις», δεν προκύπτει δέσμευση της τράπεζας ότι θα χρηματοδοτήσει η ίδια την προσφεύγουσα, ούτε ότι η προσφεύγουσα έχει ίδια διαθέσιμα κεφάλαια για τη χρηματοδότηση του

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

έργου. Η ισχυρή πεποίθηση στην ικανότητά της τράπεζας όμως να αναλάβει να διεκπεραιώσει τη χρηματοδότηση της προσφεύγουσας μέσω των δανειακών πηγών, από τις οποίες η προσφεύγουσα την πληροφόρησε ότι έχει σκοπό να αντλήσει τα απαραίτητα κεφάλαια, έχει την έννοια της βεβαίωσης της δυνατότητας της προσφεύγουσας να χρηματοδοτηθεί για το έργο. Αν ήταν απίθανο η προσφεύγουσα να επιτύχει τη χρηματοδότησή της από τις δανειακές πηγές για τις οποίες ενημέρωσε την τράπεζα, τότε η τελευταία δεν θα αναλάμβανε τη διεκπεραίωση της διαδικασίας αυτής. Αν, ωστόσο, η ΕΕΕΠ θεωρούσε ότι από το περιεχόμενο της επιστολής δεν προκύπτει η δυνατότητα χρηματοδότησης της προσφεύγουσας κατά τους όρους του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, λόγω της ασάφειας των όρων του άρθρου 2.4.3 (ζ) αυτής δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά της, αν προηγουμένως δεν της ζητούσε να συμπληρώσει το περιεχόμενο της επιστολής. Και υπό την εκδοχή όμως ότι, όπως η ίδια η ΕΕΕΠ συνομολογεί, οι στην επιστολή αυτή διατυπώσεις σχετικά με τον τρόπο άντλησης των κεφαλαίων από την προσφεύγουσα δεν ήταν σαφείς, δεν θα μπορούσε η προσφορά της να απορριφθεί και για το λόγο αυτό. Και τούτο, διότι η ασάφεια προκύπτει από το ίδιο το έγγραφο και εφόσον και με νέο έγγραφο ακόμα μπορούσε να αρθεί, χωρίς να μεταβληθούν ούτε οι πηγές άντλησης δανειακών κεφαλαίων, ούτε ο βαθμός εμπλοκής της τράπεζας στη δανειοδότηση αυτή της προσφεύγουσας, δεν θα συνιστούσε τροποποίηση της προσφοράς της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και για το λόγο ότι από το περιεχόμενο της από 27 Σεπτεμβρίου 2019 επιστολής της «Bank of America Merrill Lynch» δεν αποδείχθηκε η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά της κατά τους όρους του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης. Συνακόλουθα, ο έκτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

33. Επειδή, εξάλλου, με τον έβδομο λόγο της προσφυγής της (κεφ. Δ. 4), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

της και για το λόγο ότι δεν αποδείχθηκε η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της εταιρείας «HR Atlantic City LLC», στην ικανότητα της οποίας στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, διότι ο όρος του άρθρου 2.4.3. της διακήρυξης και συγκεκριμένα το στοιχείο (η) αυτού προβλέπει ότι πρέπει να υποβληθούν έγγραφα που πιστοποιούν μόνο τη λειτουργία των έργων που περιγράφονται στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης και όχι και την ανάπτυξή τους. Η ΕΕΕΠ, αντίθετα, εμμένει ότι εφόσον από τα πιστοποιητικά που η προσφεύγουσα προσκόμισε για την πιστοποίηση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του τρίτου οικονομικού φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, δεν φαίνεται να επιβεβαιώνεται και η εμπειρία του στην ανάπτυξη συνολικά (συμπεριλαμβανομένης και της κατασκευής) των έργων υπό Α, Β, Γ του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, νομίμως χώρησε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και για το λόγο αυτό, χωρίς να δικαιούται να ζητήσει διευκρινίσεις. Και τούτο, διότι στην προκειμένη περίπτωση δεν συνέτρεχε ασάφεια ή τυπική έλλειψη.

34. Επειδή, σχετικώς με τον έβδομο λόγο της προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 2.2.6., με τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα», μεταξύ άλλων, ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης της Σύμβασης οι Διαγωνιζόμενοι απαιτείται να διαθέτουν εμπειρία στην ανάπτυξη και λειτουργία των κατωτέρω: Α. [...] Β. Τουλάχιστον ένα ξενοδοχείο πέντε (5) αστέρων με τουλάχιστον οκτακόσιες (800) κλίνες. Γ. [...] Κάθε ένα από τα ανωτέρω θα πρέπει να ήταν σε λειτουργία για τουλάχιστον δύο (2) συνεχή έτη μέσα στην τελευταία πενταετία πριν την Ημερομηνία Υποβολής Προσφορών. Η εμπειρία ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα παρουσιαστεί από τον Διαγωνιζόμενο σύμφωνα με το υπόδειγμα του πίνακα του Παραρτήματος V.» και στο άρθρο 2.4.3., με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», μεταξύ άλλων, ότι: «Τα στοιχεία και

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: η) έγγραφα που πιστοποιούν τη λειτουργία των έργων όπως περιγράφονται στον όρο 2.2.6 όπως πιστοποιητικά αδειοδοτικών αρχών, συμβάσεις κ.λπ., θ) τον σχετικό με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα πίνακα, συμπληρωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος V, ...». Περαιτέρω, στο Παράρτημα V της διακήρυξης περιλαμβάνεται πίνακας, στην πρώτη στήλη του οποίου οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να συμπληρώσουν το «Όνομα του έργου», στη δεύτερη την «Επωνυμία» τους ή των «μελών» τους και, μεταξύ άλλων στην πέμπτη στήλη καλούνται να συμπληρώσουν τον αριθμό των κλινών του ξενοδοχείου που κατά τα άνω πρέπει να πληροί τα ελάχιστα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και στην έκτη να συμπληρώσουν ότι πρόκειται για ξενοδοχείο πέντε αστέρων. Εξάλλου, με τη με αριθμό 378/2/19-3-2019 απόφαση της ΕΕΕΠ, σε απάντηση ερωτήματος ενδιαφερομένου αν κατά την έννοια του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να αποδείξουν την επάρκεια / εμπειρία τους στην κατασκευή, παρασχέθηκε διευκρίνιση, της οποίας έλαβαν γνώση οι διαγωνιζόμενοι και δεν αμφισβητήθηκε η νομιμότητά της, συνεπώς εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρεται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013), η οποία είχε ως εξής: «[ο] όρος «ανάπτυξη» περιλαμβάνει και την κατασκευή ως τμήμα μίας ευρύτερης διαδικασίας, που ξεκινάει από τον σχεδιασμό, συνεχίζεται με την πραγματοποίηση όλων των εργασιών και έργων που προβλέπονται στη Σύμβαση Παραχώρησης, συμπεριλαμβανομένης και της κατασκευής και φτάνει μέχρι τη λειτουργία (η οποία λειτουργία, ωστόσο, νοείται και ελέγχεται αυτοτελώς, ανεξάρτητα από την «ανάπτυξη») σε σχέση με καθεμία των υπό παρ. (Α), (Β) και (Γ) εγκαταστάσεων του όρου 2.2.6 της Διακήρυξης». Από τους προπαρατεθέντες όρους της

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

διακήρυξης, όπως νόμιμα διευκρινίστηκαν και το υπόδειγμα πίνακα που καλούνται να συμπληρώσουν και υποβάλλουν οι διαγωνιζόμενοι, καίτοι για τη νόμιμη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό απαιτείται όχι μόνο να έχουν λειτουργήσει ξενοδοχείο πέντε (5) αστέρων με τουλάχιστον οκτακόσιες (800) κλίνες, τουλάχιστον για δύο συνεχή έτη κατά την τελευταία πενταετία, αλλά και να το έχουν κατασκευάσει, εντούτοις δεν συνάγεται με ρητό και χωρίς αμφισημία όρο ότι επιβάλλεται επί ποινή απόρριψης να αποδειχθεί ήδη με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής τους, εκτός από τη λειτουργία των επίμαχων ξενοδοχείων και η κατασκευή τους. Αντίθετα, από τη γραμματική διατύπωση του όρου του άρθρου 2.4.3. (η) προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να προσκομίσουν έγγραφο από το περιεχόμενο του οποίου να αποδεικνύεται μόνον ότι έχουν λειτουργήσει το επικαλούμενο ξενοδοχείο. Αν απαιτείτο από το προσκομιζόμενο έγγραφο να αποδεικνύεται και η κατασκευή του επικαλούμενου από διαγωνιζόμενο ξενοδοχείου, η διακήρυξη θα έπρεπε να το διατυπώνει ρητά. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί να απορριφθεί προσφορά διαγωνιζόμενου, με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής του έγγραφο, από το οποίο εκτός από τη λειτουργία να αποδεικνύει και την κατασκευή του επικαλούμενου στον πίνακα έργων ξενοδοχείου. Και τούτο, διότι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημόσιων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, επομένως, δεν είναι, κατ' αρχήν, νόμιμος ο αποκλεισμός του λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών από τα προβλεπόμενα ή και επιπλέον δικαιολογητικών συμμετοχής που απαιτούνται από τη διακήρυξη ή από διατάξεις, στις οποίες αυτή δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στο

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣτΕ 632/2010, 1328/2008, ΕΑ ΣτΕ 79/2010). Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται από την ΕΕΕΠ και την παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Και υπό την εκδοχή, άλλωστε, ότι επειδή, η παρασχεθείσα με τη με αριθμό 378/2/19-3-2019 απόφαση της ΕΕΕΠ διευκρίνιση δόθηκε επί ερωτήματος ενδιαφερομένου αν οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να αποδείξουν την επάρκεια / εμπειρία τους και στην κατασκευή του ξενοδοχείου με τα χαρακτηριστικά που περιγράφονται στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, εφόσον δεν διατυπώνεται ρητά ότι το αποδεικτικό έγγραφο που πρέπει να προσκομιστεί με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής του, πρέπει να τεκμηριώνει όχι μόνον τη λειτουργία αλλά και την κατασκευή του ξενοδοχείου, λόγω της ασάφειας της διευκρίνισης και της αμφισημίας της με τη διατύπωση του όρου του άρθρου 2.4.3 (η) της διακήρυξης, ούτε τότε θα μπορούσε νόμιμα να απορριφθεί προσφορά διαγωνιζόμενου στην περίπτωση που προσκόμιζε έγγραφο μόνο για τη λειτουργία του. Τούτο δε, διότι έχει κριθεί ότι ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται σε βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011).

35. Επειδή, όπως προκύπτει από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, η προσφεύγουσα με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της υπέβαλε δικαιολογητικά που πιστοποιούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της εταιρείας «HR Atlantic City LLC», στην ικανότητα της οποίας στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, όπως άλλωστε συνομολογεί και η ΕΕΕΠ στις απόψεις της. Από το περιεχόμενο των δικαιολογητικών αυτών όμως δεν προκύπτει ότι η προσφεύγουσα κατασκεύασε το καζίνο και το ξενοδοχείο, που αναφέρονται στα

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

δικαιολογητικά αυτά. Παρά ταύτα, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της για το λόγο αυτό. Αντίθετα, θα έπρεπε προηγουμένως, λόγω της ασάφειας και της αμφισημίας των όρων της διακήρυξης, σε συνδυασμό με τη διευκρίνιση που δόθηκε στους ενδιαφερομένους να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό με τη με αριθμό 378/2/19-3-2019 απόφαση της ΕΕΕΠ, προ της απόρριψης της προσφοράς της, να της ζητηθεί να τη συμπληρώσει με αποδεικτικό έγγραφο και για την κατασκευή των επίμαχων έργων. Τούτων έπεται ότι ο έβδομος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

36. Επειδή, για την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας αρκούσε και ένας από τους λόγους για τους οποίους η ΕΕΕΠ αποφάσισε την απόρριψή της. Ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις σκέψεις 21 - 35 της παρούσας, συνακόλουθα, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το σκέλος της κατά το οποίο απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας είναι νόμιμη, έστω και υπό διαφορετική αιτιολογία. Και τούτο, διότι εφόσον δεν μεταβάλλεται η διάταξη της προσβαλλόμενης σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, το κύρος της, έστω και υπό διαφορετική αιτιολογία, δεν πάσχει ακυρότητας (πρβλ. ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988).

37. Επειδή, περαιτέρω, παρόλο που ήδη κρίθηκε με την παρούσα ότι νομίμως χώρησε ο αποκλεισμός της, η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον με την κρινόμενη προσφυγή της βάλλει και κατά της νομιμότητας του μη αποκλεισμού της ένωσης INSPIRE Athens, προβάλλοντας και άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες των προσφορών της, άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείσθηκε η δική της προσφορά, όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η ΕΕΕΠ και η παρεμβαίνουσα πρέπει για τους λόγους που αναπτύσσονται στις αμέσως κατωτέρω σκέψεις να απορριφθούν ως αβάσιμα.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

38. Επειδή, στις διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Δεκεμβρίου 1989 («για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων» ΕΕ L 395), όπως τροποποιήθηκαν με την οδηγία 2007/66/ΕΚ (ΕΕ L 335), με την οποία επιχειρήθηκε η βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων, στο μεν άρθρο 1 ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «[...] Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας [2014/24/ΕΕ] οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2 έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές έχουν ληφθεί κατά παράβαση της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία. 2 [...] 3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση. 4 [...]»· στο δε άρθρο 2 ότι: «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζει το άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου: α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με τη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή της εκτέλεσης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή της εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές β) να ακυρώσουν ή να διασφαλίσουν την

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ακύρωση των παράνομων αποφάσεων [...]». Περαιτέρω, με το άρθρο 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ (ΕΕ L 335), προστέθηκε νέο άρθρο 2α στην οδηγία 89/665/ΕΟΚ, σύμφωνα με το οποίο: «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα κατά το άρθρο 1 παράγραφος 3 πρόσωπα να έχουν στη διάθεσή τους επαρκή χρόνο που εξασφαλίζει αποτελεσματικές προσφυγές κατά των αποφάσεων για την ανάθεση σύμβασης που λαμβάνονται από τις αναθέτουσες αρχές, με τη θέσπιση των αναγκαίων διατάξεων που πληρούν τις ελάχιστες προϋποθέσεις κατά την παράγραφο 2 του παρόντος άρθρου και το άρθρο 2γ. 2. Δεν επιτρέπεται να συναφθεί σύμβαση κατόπιν απόφασης για την ανάθεση σύμβασης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας [2014/24/ΕΕ] πριν την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση ανάθεσης στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και υποψήφιους, εφόσον χρησιμοποιούνται τηλεομοιοτυπία ή ηλεκτρονικά μέσα ή, εφόσον χρησιμοποιούνται άλλα μέσα επικοινωνίας, πριν την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον 15 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση ανάθεσης στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και υποψήφιους ή τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας παραλαβής της απόφασης ανάθεσης. Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή. Οι υποψήφιοι θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι αν η αναθέτουσα αρχή δεν έχει παράσχει πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αίτησής τους πριν από την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες».

39. Επειδή, με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 (άρθρα 345-374) επιχειρήθηκε η αναδιοργάνωση του συστήματος παροχής έννομης

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, με τη σύσταση μίας κεντρικής ανεξάρτητης διοικητικής αρχής (ΑΕΠΠ), στην οποία ανατέθηκε ο προδικαστικός έλεγχος των πράξεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων, και με την πρόβλεψη της δυνατότητας άσκησης αίτησης αναστολής και αίτησης ακυρώσεως κατά των πράξεων που εκδίδει η αρχή αυτή (βλ. αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016). Ειδικότερα, στο άρθρο 346 του εν λόγω νόμου, όπως η παράγραφος 1 αυτού τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 49 του ν. 4449/2017 (ΦΕΚ Α' 171), προβλέπονται τα εξής: «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων: 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372 [...]». Εξάλλου, στην παράγραφο 1 του άρθρου 360 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των [...] ένδικων βοηθημάτων [της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακυρώσεως], να ασκήσει προδικαστική

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής», στην παράγραφο 1 του άρθρου 372, προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι «Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της [ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου]», ήτοι του Συμβουλίου της Επικρατείας προκειμένου περί των συμβάσεων, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 15.000.000 ευρώ (παρ. 3 εδ. δεύτερο) και στη δε παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου 372 ορίζονται τα εξής: «Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης. Η αίτηση αναστολής κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση ή την πλήρη γνώση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής και συζητείται το αργότερο εντός τριάντα (30) ημερών από την κατάθεσή της [...] Με την κατάθεση της αιτήσεως αναστολής η προθεσμία άσκησης της αίτησης ακύρωσης διακόπτεται και αρχίζει από την επίδοση της σχετικής απόφασης. Ο διάδικος που πέτυχε υπέρ αυτού την αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, οφείλει μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την επίδοση της απόφασης αυτής, να ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, διαφορετικά αίρεται αυτοδικαίως η ισχύς της αναστολής. Η δικάσιμος για την εκδίκαση της αίτησης ακύρωσης δεν πρέπει να απέχει πέραν του τριμήνου από την κατάθεση του δικογράφου [...] [Η] αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου και η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος. Η αίτηση όμως μπορεί να απορριφθεί αν, από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος, κρίνεται ότι οι αρνητικές συνέπειες από την αποδοχή θα είναι σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος. Η απόφαση επί της αναστολής εκδίδεται μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

εκδίκαση της αίτησης. Το διατακτικό των αποφάσεων αυτών, υπογραφόμενο από τον Πρόεδρο, τα μέλη και τον Γραμματέα, εκδίδεται υποχρεωτικά μέσα σε προθεσμία επτά (7) ημερών από την εκδίκαση της αίτησης ή αν έχει χορηγηθεί προθεσμία στους διαδίκους για τη νομιμοποίησή τους ή για την υποβολή υπομνήματος από τη λήξη της προθεσμίας αυτής. Η προθεσμία προς τους διαδίκους δεν μπορεί πάντως να υπερβαίνει τις τρεις (3) ημέρες από την εκδίκαση. Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά [...] 5 [...] 7. Αν το δικαστήριο ακυρώσει πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, η τελευταία δεν θίγεται, εκτός αν πριν από τη σύναψη αυτής είχε ανασταλεί η διαδικασία σύναψης της σύμβασης με απόφαση της ΑΕΠΠ ή με απόφαση επί αίτησης αναστολής ή με προσωρινή διαταγή. Στην περίπτωση αυτή, ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να αξιώσει αποζημίωση [...]».

40. Επειδή, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), το οποίο κλήθηκε να ερμηνεύσει τις διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989 (για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημόσιων έργων, ΕΕ L 395), συνήγαγε γενικότερης εφαρμογής νομολογιακή αρχή, κατά την οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση [βλ. αποφάσεις της 2.7.2013, C-100/12, Fastweb SpA (Fastweb), σκέψη 33, της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), σκέψη 27, της 21.12.2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), σκέψη 29 και της 11.5.2017, C-131/16, Archus and Gama, στην σκέψη 51, ΣΤΕ Ε.Α. 235/2019 πεντ.]. Ειδικότερα, το ΔΕΕ

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

έκρινε, κατ' αρχάς, ότι από το ως άνω άρθρο 1 παρ. 1 της οδηγίας 89/665 συνάγεται ότι, στην περίπτωση που αμφισβητηθεί το νομότυπο των προσφορών που υποβλήθηκαν, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, «κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών [διαγωνιζομένων], το οποίο μπορεί να καταλήξει στην διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (απόφαση Fastweb, σκέψη 33). Τούτο δε, ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού εκείνων εξ αυτών που άσκησαν προσφυγή, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην απόφαση PFE (σκέψη 29) καθ' ερμηνεία του άρθρου 1 παρ. 1 και παρ. 3 της οδηγίας 89/665. Από τη σκέψη 27 της τελευταίας αυτής απόφασης (PFE) προκύπτει ότι το ΔΕΕ εκκινεί από την αντίληψη ότι ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας, ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, τη συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στην νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν. Η νομολογιακή αυτή αρχή, που απορρέει από τις αποφάσεις Fastweb και PFE, επιβεβαιώθηκε με την απόφαση Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreichica GmbH (BTG&CÖ, σκέψη 29), με την οποία έγινε, περαιτέρω, δεκτό ότι, η οδηγία 89/665/EK διασφαλίζει, όπως προκύπτει από τα άρθρα 1 παρ. 3 και 2α αυτής, «το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του» (σκέψη 34). Ακολούθησε η απόφαση Archus και Gama, με την οποία το ΔΕΕ προέβη στην εξειδίκευση της

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

γενικής νομολογιακής αρχής που είχε διαμορφώσει με τις προηγούμενες αποφάσεις του, εν όψει και των περιστάσεων της συγκεκριμένης υπόθεσης, η οποία αφορούσε την προσβολή από διαγωνιζόμενο τόσο της πράξης αποκλεισμού του, όσο και της ταυτοχρόνως εκδοθείσας πράξης ανάθεσης της σύμβασης στον έτερο και μοναδικό εναπομείναντα διαγωνιζόμενο. Το ΔΕΕ έκρινε (σκέψεις 51 έως 56) ότι η κατά τα ανωτέρω νομολογιακή αρχή, η οποία, κατά την εκτίμησή του, ευρίσκει έρεισμα και στις (ομοίου περιεχομένου με τις αντίστοιχες διατάξεις της ισχύουσας εν προκειμένω οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989) διατάξεις του άρθρου 2α παρ. 1 και 2 της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ, είχε εφαρμογή και στη συγκεκριμένη περίπτωση της υπόθεσης Archus και Gama. Έγινε, κατ' αυτόν τον τρόπο, δεκτό ότι, σε περιπτώσεις που, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των διαγωνιζομένων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς έχει έννομο συμφέρον να στραφεί όχι μόνον κατά της πράξης αποκλεισμού του, αλλά και κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι, τυχόν αποδοχή της προσφυγής, κατά το μέρος αυτό, μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά και, κατ' επέκταση, στην κίνηση νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία αυτός μπορεί να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο. Έκρινε δε το Δικαστήριο, ενόψει τούτων, ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ (αντίστοιχου του ομοίου περιεχομένου άρθρου της ως άνω οδηγίας 89/665/ΕΟΚ) μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης (σκέψη 58). Προς αποφυγήν, εξ άλλου, σύγχυσης, το ΔΕΕ θεώρησε σκόπιμο να προβεί στην αντιδιαστολή της

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

υπόθεσης Archus και Gama από την υπόθεση BTG&CÖ, με την οποία είχε γίνει δεκτό ότι ο διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά απερρίφθη από την αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, ενδέχεται να μην έχει τη δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης. Συγκεκριμένα, ενώ στην υπόθεση εκείνη (BTG&CÖ), η πράξη αποκλεισμού του οικείου προσφέροντος είχε επικυρωθεί με απόφαση, η οποία περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου πριν αποφανθεί το εθνικό δικαστήριο που επιλήφθηκε της προσφυγής κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, οπότε ο εν λόγω προσφέρων έπρεπε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης (και, συνεπώς, ως στερούμενος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της πράξης ανάθεσης), οι Archus και Gama «άσκησαν προσφυγή κατά της απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά τους και κατά της απόφασης με την οποία ανατέθηκε η δημόσια σύμβαση, οι οποίες εκδόθηκαν συγχρόνως, οπότε δεν μπορούν να θεωρηθούν ως οριστικώς αποκλεισθείσες από τη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης» (απόφαση Archus και Gama, σκέψεις 57 και 58). Εξάλλου, με την απόφαση της 5.9.2019, C-333/18, Lombardi, το ΔΕΕ επιβεβαίωσε την αρχή, η οποία διατυπώθηκε, κατά τα προεκτεθέντα, με τις αποφάσεις Fastweb και PFE, και κατά την οποία θεωρούνται κατ' αρχήν ισοδύναμα τα επιδιωκόμενα συμφέροντα στο πλαίσιο προσφυγών, με τις οποίες ο ένας υποψήφιος ζητεί τον αποκλεισμό του άλλου και αντιστρόφως (σκέψη 25). Στην υπόθεση αυτή, όπως και στις υποθέσεις Fastweb και PFE, το Δικαστήριο επελήφθη προδικαστικού ερωτήματος σε διαφορά, η οποία ανέκυψε επί κύριας προσφυγής διαγωνιζομένου (ο οποίος εν προκειμένω είχε καταλάβει την τρίτη θέση κατά σειρά κατάταξης) κατά του αναδόχου (και του δεύτερου κατά σειρά διαγωνιζομένου) και επί αντίθετης προσφυγής του αναδόχου με αίτημα τον αποκλεισμό του κυρίως προσφέροντος. Κατά τα γενόμενα δεκτά από το ΔΕΕ (Lombardi, σκέψεις 27 επομ.), «27. ... Πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο υποψήφιος που κατετάγη, όπως εν

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προκειμένω, στην τρίτη θέση και ο οποίος άσκησε την κύρια προσφυγή έχει έννομο συμφέρον να αποκλεισθεί η προσφορά του αναδόχου και η προσφορά του υποψηφίου που κατετάγη στη δεύτερη θέση, διότι δεν αποκλείεται, ακόμη και αν η προσφορά του κριθεί παράτυπη [επ' ευκαιρία της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου], η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει τελικώς ότι αδυνατεί να επιλέξει άλλη νομότυπη προσφορά και να προβεί, εν συνεχεία, στη διοργάνωση νέας διαδικασίας διαγωνισμού. 28. Ειδικότερα, αν η προσφυγή του αποκλεισθέντος υποψηφίου κρινόταν βάσιμη, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να λάβει την απόφαση να ακυρώσει τον διαγωνισμό και να προκηρύξει νέο για τον λόγο ότι οι εναπομένουσες νομότυπες προσφορές [που κατέλαβαν χαμηλότερες θέσεις] δεν ανταποκρίνονται επαρκώς στις προσδοκίες της αναθέτουσας αρχής. 29. Υπό τις συνθήκες αυτές, το παραδεκτό της κύριας προσφυγής δεν πρέπει, διότι άλλως θα θιγόταν η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665, να εξαρτάται από την προηγούμενη διαπίστωση ότι είναι παράτυπες και όλες οι προσφορές που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από εκείνη του υποψηφίου που άσκησε την εν λόγω προσφυγή. Το παραδεκτό αυτό δεν μπορεί να υπόκειται ούτε στην προϋπόθεση να αποδείξει ο εν λόγω υποψήφιος ότι η αναθέτουσα αρχή θα αναγκασθεί να επαναλάβει τη διαδικασία του διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης. Πρέπει να γίνει δεκτό ότι αρκεί προς τούτο η ύπαρξη τέτοιας πιθανότητας». Το ΔΕΕ επεσήμανε, επίσης, ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αναιρείται από το ότι οι άλλοι υποψήφιοι που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από τον ασκήσαντα την κύρια προσφυγή δεν παρενέβησαν στην κύρια δίκη» (σκέψη 30), ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αντιβαίνει στην ... απόφαση [BTG&CÖ] ... [διότι] στην υπόθεση ... της κύριας δίκης, κανείς από τους υποψηφίους που άσκησαν προσφυγές ζητώντας ο ένας τον αποκλεισμό του άλλου δεν αποκλείσθηκε οριστικώς από τη διαδικασία αναθέσεως» (σκέψεις 31 και 32), και, τέλος, ότι η αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να δικαιολογή διατάξεις του εσωτερικού δικαίου που καθιστούν αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εν προκειμένω δε, για τους λόγους που προεκτέθηκαν, «από το άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, και παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, προκύπτει ότι υποψήφιος ασκήσας προσφυγή όπως είναι η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης δεν μπορεί, βάσει εθνικών δικονομικών κανόνων ή σχετικών νομολογιακών πρακτικών, όπως είναι οι κανόνες και πρακτικές που μνημονεύει το αιτούν δικαστήριο [περί αντιστοιχίας μεταξύ αιτήματος και αποφάσεως, απόδειξης του προβαλλόμενου εννόμου συμφέροντος και υποκειμενικών ορίων του δεδικασμένου], να στερηθεί το δικαίωμά του να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή αυτή» (σκέψη 33), (βλ. απόφαση ΣτΕ Ε.Α. 235/2019 πενταμ., 180/2019).

41. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια (μέχρι πρόσφατα) νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, εφόσον δεν πιθανολογείται σοβαρώς ότι ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού εχώρησε παρανόμως ή ότι παραβιάσθηκε το ίσο μέτρο κρίσης, αυτός δεν έχει πλέον έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου και της συμμετοχής του στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται τρίτος ως προς τον διαγωνισμό αυτόν (ενδεικτικώς ΣτΕ ΕΑ 349, 344/2017, 106/2013, 274/2012). Εξάλλου, ανέκυψε, το ζήτημα κατά πόσον τα γενόμενα δεκτά από το ΔΕΕ με τις προαναφερθείσες αποφάσεις, και ιδίως με την απόφαση Archus και Gama, εφαρμόζονται και στην περίπτωση διαφοράς η οποία εγείρεται με την άσκηση αίτησης αναστολής, όχι κατά το τελικό στάδιο της ανάθεσης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης (όπως τα στάδια ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής ή ελέγχου και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών), ζήτημα που δεν αντιμετωπίσθηκε με τις ανωτέρω αποφάσεις του ΔΕΕ, οι οποίες αφορούν το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Τούτο έγινε δεκτό με ορισμένες αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών (ΣΤΕ Ε.Α. 22/2018 και, κυρίως, 30/2019). Με άλλες αποφάσεις, όμως, έγινε δεκτό το αντίθετο (ΣΤΕ Ε.Α. 349/2017), ότι δηλαδή, στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του αιτούντος από την αναθέτουσα αρχή σε στάδιο προγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης και, εν συνεχεία, απόρριψης από το δικαστήριο της αίτησης αναστολής του κατά του αποκλεισμού του, δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον αυτού να επιδιώξει τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου, προβάλλοντας και άλλες πλημμέλειες της προσφοράς του τελευταίου, πέραν των αιτιάσεων περί παραβίασης του ίσου μέτρου κρίσης. Την άποψη αυτή υιοθέτησε και η 180/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, με την οποία το ως άνω ζήτημα, λόγω της σπουδαιότητάς του και ύπαρξης αντίθετης νομολογίας, παραπέμφθηκε στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας του Δικαστηρίου, υπό πενταμελή σύνθεση, με την απόφαση 235/2019 της οποίας κρίθηκαν, κατά πλειοψηφία, τα ακόλουθα: «...από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης απόψεως,

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής συνάγεται άλλωστε και από την απόφαση BTG & CÖ του ΔΕΕ, με την σκέψη 34 της οποίας έγινε δεκτό, κατά τα προαναφερθέντα, ότι η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα την δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, “αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του”, συμπεριλαμβανομένων, αναγκαίως, και των βλαπτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα που εκδίδονται σε επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε μπορεί να αποκρουσθεί η άποψη αυτή κατ’επίκληση εθνικών δικονομικών κανόνων ή πρακτικών, στα πλαίσια της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών της Ένωσης, εν όψει των γενομένων δεκτών με την απόφαση Lombardi του ΔΕΕ. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης». Κατόπιν αυτών, η Επιτροπή Αναστολών, με την πιο πάνω απόφασή της, υπέβαλε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα: «1. α) Έχουν τα άρθρα 1 (παρ. 3), 2 (παρ. 1, στοιχ. α και β) και 2α (παρ. 2) της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76), ερμηνευόμενα υπό το φως των κριθέντων με τις αποφάσεις Fastweb (C-100/12), PFE (C-689/13), Archus και Gama (C-131/16) και Lombardi (C-333/18), την έννοια ότι αντίκεινται σε εθνική νομολογιακή πρακτική, κατά την οποία, όταν, όχι στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (όπως το στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών), με πράξη του αναθέτοντος φορέα αποκλεισθεί ένας διαγωνιζόμενος και γίνει, αντιθέτως, δεκτός άλλος ενδιαφερόμενος (ανταγωνιστής), ο αποκλεισθείς, στην περίπτωση που απορριφθεί από το αρμόδιο δικαστήριο η αίτηση αναστολής του κατά το μέρος που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του, διατηρεί το έννομο συμφέρον να προβάλει με την ίδια αίτηση αναστολής κατά του άλλου διαγωνιζομένου μόνον ότι αυτός έγινε δεκτός κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως; β) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1α, έχουν οι ως άνω διατάξεις την έννοια ότι ο αποκλεισθείς, κατά τα ανωτέρω, δύναται να προβάλει με την αίτηση αναστολής οποιαδήποτε αιτίαση κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στην διαδικασία του διαγωνισμού, να παραπονηθεί δηλαδή και για άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες της προσφοράς του ανταγωνιστή, άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

αποκλείσθηκε η δική του προσφορά, προκειμένου να ανασταλεί η συνέχιση του διαγωνισμού και η ανάθεση στον ανταγωνιστή της σύμβασης, με πράξη που επρόκειτο να εκδοθεί σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας, ώστε, στη συνέχεια, σε περίπτωση ευδοκιμήσεως του κυρίου ενδίκου βοηθήματος (αίτηση ακυρώσεως), να αποκλεισθεί ο ανταγωνιστής, να ματαιωθεί η ανάθεση της σύμβασης και να καταλείπεται, ως εκ τούτου, η πιθανότητα να κινηθεί νέα διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία θα μετάσχει ο αποκλεισθείς προσφεύγων; 2. Ασκει επιρροή για την απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα το ότι προϋπόθεση για την παροχή προσωρινής (αλλά και οριστικής) δικαστικής προστασίας αποτελεί η προηγούμενη ανεπιτυχής άσκηση προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου εξέτασης προσφυγών, εν όψει και των κριθέντων με την απόφαση *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15); 3. Ασκει επιρροή για την απάντηση στο πρώτο ερώτημα η διαπίστωση ότι, στην περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στον διαγωνισμό, (α) είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξή του ή ότι (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού;».

42. Επειδή, όπως πρόσφατα έκρινε η Επιτροπή Αναστολών του ΣΤΕ (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 299/2019) τα ως άνω ζητήματα συνάπτονται στενά με το τιθέμενο, κατά τ' ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση ζήτημα, εάν, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ερμηνεύομενων υπό το φως των διατάξεων των άρθρων 1 (παρ. 1 τρίτο εδάφιο και παρ. 3) και 2α (παρ. 1 και 2) της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), αναγνωρίζεται στο διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε με απόφαση της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής (και όχι στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης), έννομο συμφέρον να προσβάλει, με προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, παράλληλα με τη νομιμότητα του αποκλεισμού του, και τη

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

νομιμότητα του μη αποκλεισμού του συνδιαγωνιζόμενου του, προβάλλοντας άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες της προσφοράς του άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική του προσφορά. Κατά συνέπεια, ως εκ του ότι η ερμηνεία, από την εν λόγω άποψη των διατάξεων αυτών δεν μπορεί, εν όψει των προεκτεθέντων, να θεωρηθεί ως απαλλαγμένη ευλόγων αμφιβολιών, ενόψει της στο παρόν στάδιο εξέλιξης της νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 299/2020 σκ. 12), δεν μπορεί η προσφεύγουσα, που αποκλείστηκε με την απόφαση της ΕΕΕΠ με την οποία έγινε δεκτή ταυτόχρονα η προσφορά της ένωσης INSPIRE Athens, να στερηθεί το δικαίωμά της να εξετασθεί επί της ουσίας η κατά της απόφασης αυτής προδικαστική της προσφυγή, με την οποία αμφισβητείται η νομιμότητα τόσο του αποκλεισμού της όσο και της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης της.

43. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα με τον όγδοο λόγο της προσφυγής της (κεφ. Ε. 1) ισχυρίζεται ότι μη νόμιμα η ΕΕΕΠ δεν απέρριψε την προσφορά της ένωσης INSPIRE Athens, μολονότι κατά παράβαση των άρθρων 2.2.4.γ', στ', ζ', η' και 2.2.4.6 της διακήρυξης, των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 7 (δ), (στ), (ζ) και (θ) του ν. 4413/2016 (όπως η διάταξη αυτή ίσχυε πριν την αντικατάστασή της με το άρθρο 235 παρ. 4 του Ν. 4635/2019) και του άρθρου 38 παρ 7 (ε), (g), (h) and (c) της Οδηγίας 2014/23/EU, το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης, εταιρεία ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ψευδώς απάντησε αρνητικά (ΟΧΙ) στο σχετικό ερώτημα αριθ. 11 του υποβληθέντος με το φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» Ερωτηματολογίου Ποιοτικής Επιλογής (ΕΠΕ) της, παρά τη συνδρομή στο πρόσωπό της λόγου αποκλεισμού. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ είχε συμμετάσχει σε ενιαία και διαρκή παράβαση των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 (ή / και του άρθρου 1 του ν. 703/1977), περί «Προστασίας του Ελεύθερου Ανταγωνισμού», όπως ισχύει, και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), εκτεινόμενη σε διάφορες χρονικές περιόδους, όπως αναλυτικά προσδιορίζεται στην υπ' αριθ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Η ΕΕΕΠ, αντίθετα, υποστηρίζει ότι η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δεν καταλόγισε ευθύνη από αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές στη ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ούτε βάσιμα μπορεί να υποστηριχθεί ότι το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης είναι υπεύθυνο για τη συμπεριφορά της θυγατρικής της εταιρείας ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ούτε όφειλε εξ αυτού του λόγου να απαντήσει «ΝΑΙ» στην ερώτηση 11 του ΕΠΕ, ούτε και απέκρυψε κρίσιμο στοιχείο από την αναθέτουσα αρχή ικανό να νοθεύσει το διαγωνισμό. Η ΕΕΕΠ, επιπλέον, ισχυρίζεται ότι δεν ασκεί επιρροή στην προκειμένη περίπτωση η συμμετοχή της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ στη διαδικασία διευθέτησης που οδήγησε στην έκδοση της με αριθμό 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διότι και υπό την εκδοχή ότι συνεπάγεται την αποδοχή (ομολογία) εκ μέρους της ότι συμμετείχε στις ελεγχόμενες παραβάσεις, η Επιτροπή Ανταγωνισμού στη με αριθμό 642/2017 απόφασή της τελικώς δεν διέγνωσε συμμετοχή της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ούτε άμεση, ούτε έμμεση. Η ΕΕΕΠ, τέλος, προβάλλει ότι νομίμως η επιτροπή του διαγωνισμού στο με αριθμό 16 πρακτικό της θεώρησε ότι στην προκειμένη περίπτωση επικουρικώς εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, διότι, αφού η παρ. 6 του εν λόγω άρθρου στην ουσία δημιουργεί αμφιβολία, συνεπώς, θα πρέπει να εφαρμοστεί η διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου αυτού με βάση τη γενικότερη αρχή *in dubio pro mitiore*. Παρόμοιους ισχυρισμούς με την ΕΕΕΠ, εξάλλου, προβάλλει και η παρεμβαίνουσα. Επιπλέον αυτών υποστηρίζει ότι η διακήρυξη δεν περιέχει καμία διάταξη, η οποία να επιβάλλει αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου για λόγους που αφορούν στο πρόσωπο θυγατρικής του εταιρείας, η οποία δεν συμμετέχει στο διαγωνισμό, συνεπώς η αρνητική απάντηση του μέλους της, ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, στο ερώτημα με αρ. 11 του ΕΠΕ, σε καμία περίπτωση δεν συνιστά ψευδή ή ανακριβή δήλωση.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

44. Επειδή, σχετικά με τον όγδοο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού στο άρθρο 2.2.4.4. στοιχείο γ', στ', ζ', και η', στο οποίο κατ' ουσίαν αποτυπώνονται οι προβλέψεις των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 7 (δ), (στ), (ζ) και (θ) του ν. 4413/2016 (όπως η διάταξη αυτή ίσχυε πριν την αντικατάστασή της με το άρθρο 235 παρ. 4 του ν. 4635/2019) και του άρθρου 38 παρ 7 (ε), (γ), (h) and (c) της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, ορίζει τα εξής: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της Σύμβασης Διαγωνιζόμενος σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: ... (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού· ... (στ) εάν ο Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του όρου 3.2.2. της παρούσας· (ζ) εάν ο Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της ΕΕΕΠ, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα για τον ίδιο στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης ή να παράσχει από πταίσμα παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση· (η) εάν ο Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. ...». Περαιτέρω, στα άρθρα 2.2.4.6., 2.2.4.7 και 2.2.4.8 της διακήρυξης ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «2.2.4.6 Ο Διαγωνιζόμενος αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο της παρούσας διαδικασίας σύναψης της Σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του ίδιου ή Μέλους του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

περιπτώσεις των όρων 2.2.4.1, 2.2.4.2., 2.2.4.4 και 2.2.4.5 της παρούσας. 2.2.4.7. Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 4 και 7 του άρθρου 39 του ν. 4413/2016 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο Διαγωνιζόμενος δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τον Διαγωνιζόμενο αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. ... 2.2.4.8 Η απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39 παρ. 9 και 10 του ν. 4413/2016. Εξάλλου, στο άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης, με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη ποιοτικής επιλογής κατά την υποβολή Προσφορών», ορίζονται τα εξής: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι Διαγωνιζόμενοι α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του όρου 2.2.4. της παρούσας και ... προσκομίζουν κατά την υποβολή της Προσφοράς τους ως δικαιολογητικά συμμετοχής α) το προβλεπόμενο, σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής, ... Στην περίπτωση υποβολής Προσφοράς από Ένωση Προσώπων το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής υποβάλλεται χωριστά από κάθε Μέλος, ...». Τέλος, στο άρθρο 2.4.7. της διακήρυξης, με τίτλο «Λόγοι απόρριψης Προσφορών», ορίζονται τα εξής: «Η ΕΕΕΠ με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των Προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, Προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στους όρους 2.4.1. (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά», τρόπος σύνταξης και υποβολής Τεχνικής

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Προσφοράς), 2.4.5. (Περιεχόμενο φακέλου «Οικονομική Προσφορά», τρόπος σύνταξης και υποβολής Οικονομικής Προσφοράς), 2.4.6. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών) και 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με τον όρο 3.1.1. της Διακήρυξης, γ) για την οποία ο Διαγωνιζόμενος δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την ΕΕΕΠ σύμφωνα με τον όρο 3.1.1. της Διακήρυξης και το άρθρο 40 του ν. 4413/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική, ε) η οποία υποβάλλεται από έναν Διαγωνιζόμενο που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες Προσφορές, ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της Διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της Σύμβασης.» Στο ερώτημα 11, εξάλλου, του Κεφαλαίου Γ., με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», του περιεχόμενου στο Παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης Υποδείγματος Ερωτηματολογίου Ποιοτικής Επιλογής είχε περιληφθεί το εξής ερώτημα: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», κάτω από το οποίο είχαν περιληφθεί οι απαντήσεις «ΝΑΙ», «ΟΧΙ» και πλαίσια προ αυτών για να σημειωθεί η επιλογή μίας από τις δύο ως άνω απαντήσεις.

45. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες στην αμέσως προηγούμενη σκέψη όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι, αν συμμετέχων στο διαγωνισμό οικονομικός φορέας, και αν πρόκειται για ένωση προσώπων, κάθε μέλος του, έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, οφείλει να απαντήσει ΝΑΙ στο με αριθμό 11

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ερώτημα του κεφαλαίου Γ του Ερωτηματολογίου Ποιοτικής Επιλογής (ΕΠΕ). Εντούτοις, στους όρους του άρθρου 2.4.7 της διακήρυξης, σχετικά με τους λόγους απόρριψης προσφορών, κατά το παρόν στάδιο, στο οποίο ευρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία, δεν προβλέπεται ποινή απόρριψης της προσφοράς του, αν τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΠΕ είναι ψευδή ή ανακριβή, επομένως ούτε και αν η σχετική στο ερώτημα 11 του ΕΠΕ δήλωσή του είναι ψευδής ή ανακριβής. Αντίθετα, ποινή απόρριψης της προσφοράς του για το λόγο αυτό προβλέπεται στους όρους του άρθρου 3.2.3 της διακήρυξης, αν η ανακρίβεια ή το ψευδές στοιχείο στο ΕΠΕ διαπιστωθεί κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά συνέπεια, δεν θα μπορούσε στο στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας να απορριφθεί η προσφορά της, με την αυτοτελή αιτιολογία ότι το μέλος της, ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, απάντησε ΟΧΙ στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΠ, ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι η απάντηση αυτή είναι ανακριβής ή ψευδής. Και τούτο, διότι, ενόψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, απαγορεύεται στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (πρβλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28 και απόφαση Medipac - Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Και υπό την εκδοχή, όμως, ότι η ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ είχε συνάψει τέτοιες συμφωνίες και συνακόλουθα ότι συνέτρεχε σε βάρος της είτε ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.4.4. της διακήρυξης στοιχείο γ', περί ευλόγων ενδείξεων ότι συνήψε συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή και στοιχείο στ', περί απόκρυψης πληροφοριών σχετικά με την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή και, τέλος, στοιχείο ζ' περί παροχής παραπλανητικών πληροφοριών που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση της σύμβασης, ούτε τότε θα έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης. Και

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

τούτο, διότι, όπως ρητώς προβλέπεται στους όρους των άρθρων 2.2.4.7 και 2.2.4.8 της διακήρυξης, η ΕΕΕΠ, προ του αποκλεισμού της, όφειλε να της παράσχει τη δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της, παρότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό της (πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 3^{ης} Οκτωβρίου 2019 στη υπόθεση C-267/2018 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA). Κατ' εφαρμογή, μάλιστα, της αρχής της αναλογικότητας, η ΕΕΕΠ υποχρεούνταν να εξετάσει τα μέτρα αυτά και, στην περίπτωση που τα κρίνει επαρκή, δεν θα μπορούσε να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα ένωση για το λόγο αυτό και μόνο (πρβλ. ΔΕΕ υπόθεση C-41/18 Meca Srl, EA 274/2018, ΑΕΠΠ 1278/2019, σκ. 16). Ενόψει, άλλωστε, της ρητής και αδιάσπικτης διατύπωσης τόσο των όρων του άρθρου 2.2.4.4 γ' της διακήρυξης, όσο και της ερώτησης με αρ. 11 του κεφαλαίου Γ με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού» του περιεχόμενου στο παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης υποδείγματος ΕΠΕ, που αποτυπώνουν κατ' ουσίαν τις προβλέψεις των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 7 (δ) του ν. 4413/2016 και του άρθρου 38 παρ 7 (ε) της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, έπεται ότι τότε μόνον συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος, αν ο ίδιος ή μέλος του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και όχι άλλοι, τρίτοι φορείς με τους οποίους μπορεί να συνδέεται με οιονδήποτε τρόπο, όπως λόγου χάρη οι θυγατρικές του. Τούτο δε, διότι σε σχέση με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13) όπως αυτοί προβλέπονται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του ν. 4412/2016, που είναι ταυτόσημες με τις εφαρμοζόμενες στην προκειμένη περίπτωση διατάξεις της οδηγίας 2014/23/ΕΕ και του ν. 4413/2016, έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 2/2019 επταμελής, σκ. 22) ότι δεν είναι νόμιμη η διεύρυνσή τους, αφού οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απόρροιας των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Επομένως, τα κράτη μέλη εμποδίζονται να συμπληρώνουν τον κατάλογο που περιέχει η εν λόγω οδηγία με άλλους λόγους αποκλεισμού, σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα (βλ. αποφάσεις της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2012, C-465/11, Forposta κ.λ.π., της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-226/04 και C-228/04, La Cascina κ.λ.π., Συλλογή 2006, σ. I-1347, σκέψη 22· Μηχανική, προπαρατεθείσα, σκέψη 43, καθώς και της 15ης Ιουλίου 2010, C-74/09, Bâtiments et Ponts Construction και WISAG Produktionservice, Συλλογή 2010, σ. I-7271, σκέψη 43). Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στο πρόσωπο του μέλους της παρεμβαίνουσας ένωσης, ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, συνέτρεχαν οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 2.2.4.4 γ' και η' της διακήρυξης, επειδή στη με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπιστώθηκε ότι οι θυγατρικές της εταιρείες, ΤΕΡΝΑ ΑΕ και ΓΕΚ ΑΕ, είχαν συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού είναι αβάσιμος. Αβάσιμος, εξάλλου, είναι και ο ισχυρισμός ότι, αφού παρέλειψε να δηλώσει το γεγονός αυτό στο ΕΠΕ που υπέβαλε, στο πρόσωπο της επιπλέον συνέτρεχαν και οι προβλεπόμενοι λόγοι του άρθρου 2.2.4.4. στοιχείο στ' και ζ' της διακήρυξης. Περαιτέρω, είναι αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι παραπάνω λόγοι αποκλεισμού συνέτρεχαν στο πρόσωπο της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, με την αιτιολογία ότι διαδέχθηκε τις εταιρείες ΓΕΚ ΑΕ και ΤΕΡΝΑ ΑΕ. Και τούτο, διότι από το, στο κεφάλαιο 4 παρ. 24 έως 35 του Παρατήματος Ι της Απόφασης με αριθμό 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού αναφερόμενο, ιστορικό εταιρικών μετασχηματισμών και διαδοχής των εταιρειών του Ομίλου ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, στις οποίες αφορά η απόφαση, προκύπτει ότι τόσο ο κατασκευαστικός κλάδος της εταιρείας ΓΕΚ ΑΕ όσο και της ΤΕΡΝΑ ΑΕ απορροφήθηκε από την εταιρεία νέα ΤΕΡΝΑ ΑΕ, η οποία αποτελεί χωριστό νομικό πρόσωπο από τη μητρική της εταιρεία ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, κατά συνέπεια κατά τους κανόνες νομικής διαδοχής το σύνολο των

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

δικαιωμάτων και των υποχρεώσεών τους, επομένως και των συνεπειών των παραβάσεων των «επιχειρήσεων», ως τέτοιων (επιχειρήσεων) νοουμένων των κατασκευαστικών κλάδων που αποσχίστηκαν από τη ΓΕΚ ΑΕ και την πρώην ΤΕΡΝΑ ΑΕ, μεταβιβάστηκαν στη νέα ΤΕΡΝΑ Α.Ε. Ομοίως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της έμμεσης συμμετοχής της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ στη σύναψη των επίμαχων συμφωνιών με την ιδιότητά της ως μητρικής εταιρείας της (νέας) εταιρείας ΤΕΡΝΑ ΑΕ, στην οποία με την απόφαση 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού επιβλήθηκε πρόστιμο για αντιανταγωνιστικές συμφωνίες. Και τούτο, γιατί, καίτοι από το σώμα της με αριθμό 642/2017 Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού προκύπτει ότι ελήφθη υπόψη ότι οι εταιρείες, οι οποίες διαπιστώθηκε ότι υπέπεσαν σε αντιανταγωνιστικές παραβάσεις ή απορρόφησαν τους κατασκευαστικούς κλάδους, στους οποίους αφορούσαν οι παραβάσεις αυτές είναι θυγατρικές εταιρείες της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ Α.Ε., εντούτοις στην Απόφαση αυτή της Επιτροπής Ανταγωνισμού, για τη μητρική εταιρεία ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ Α.Ε. ούτε παράβαση διαπιστώνεται, ούτε πρόστιμο της επιβάλλεται. Έχει κριθεί, εξάλλου (πρβλ. ΑΕΠΠ 300/2019, σκ. 15), ότι επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού υπάρχουν, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Τούτο, δε, διότι α) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1, 14 και 25 του Ν. 3959/2011, κύρωση επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα, όταν η αρμόδια προς τούτο αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 του νόμου αυτού ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25^α του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός παραδέχεται τη συμμετοχή του στην διαπιστούμενη οριζόντια σύμπραξη, κατά παράβαση του άρθρου 1 του νόμου αυτού ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Ένωσης. Για τον τελευταίο αυτό λόγο, τέλος, δεν είναι βάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι επειδή η ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ Α.Ε. συμμετείχε στη διαδικασία διευθέτησης, μετά το πέρας της οποίας εκδόθηκε η με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, συνέτρεχαν οι οικείοι λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 2.2.4.4 γ' και η' της διακήρυξης) στο πρόσωπό της. Και τούτο, διότι εφόσον στην Απόφαση αυτή δεν διαπιστώνεται ότι η ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ Α.Ε. συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν μπορεί η ίδια να είχε συνομολογήσει τη σύναψη τέτοιων συμφωνιών. Μετά ταύτα, οι εκατέρωθεν ισχυρισμοί σχετικά με την εφαρμογή ή μη των διατάξεων της παραγράφου 4 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 που τροποποίησε μεταξύ άλλων και τη διάταξη του άρθρου 39 παρ. 7 περ. δ', προβάλλονται αλυσιτελώς. Εξάλλου, όταν οι διατάξεις της διακήρυξης είναι ειδικές και λεπτομερείς, όπως στην προκειμένη περίπτωση οι όροι των άρθρων 2.2.4.4., 2.2.4.6, 2.2.4.7, 2.2.4.8. και 2.4.7. της διακήρυξης, αυτές και μόνον διέπουν κατά τρόπο αποκλειστικό το διαγωνισμό, δεν μπορούν δε, να τροποποιηθούν από διατάξεις νομοθετημάτων, έστω κι αν αυτά μνημονεύονται κατά τρόπο γενικό στη διακήρυξη, διότι η αναφορά τους αυτή νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων που η διακήρυξη δεν ρυθμίζει κατά τρόπο ολοκληρωμένο (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 95/2009 κ.α.). Κατ' ακολουθίαν, είναι απορριπτέος και ο όγδοος λόγος της προσφυγής.

46. Επειδή, περαιτέρω, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, σε σχέση με παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού από θυγατρική συμμετέχοντος ή μέλους του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, και την παράλειψη δήλωσής τους στο ΕΠΕ, που για την ταυτότητα του νομικού λόγου ισχύουν και για τα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, είναι αβάσιμος και ο δέκατος έκτος λόγος της προσφυγής (κεφ. Ε. 9), με τον οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο ΕΠΕ που υπέβαλε η εταιρεία «Mohegan Tribal Gaming Authority», στην τεχνική και επαγγελματική

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ικανότητα της οποίας η παρεμβαίνουσα ένωση στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, στα ερωτήματα 14, 15 και 16 του κεφαλαίου Γ΄ απάντησε ψευδώς ΟΧΙ. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από το Δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ελέγχου Παιγνίων της Πενσυλβάνια με ημερομηνία 13.12.2017 και τα Πρακτικά της από 13.12.2017 Συνεδρίασης της Επιτροπής Ελέγχου Παιγνίων της Πενσυλβάνια, τα οποία προσκομίζει επισυνημμένα στην προσφυγή της, προκύπτει πως η εταιρεία «Downs Racing, LP», η οποία κατέχει και λειτουργεί το καζίνο «Mohegan Sun Pocono», στην πολιτεία της Pennsylvania, το Δεκέμβριο του 2017 καταδικάσθηκε από το Συμβούλιο Ελέγχου Παιγνίων της πολιτείας της Pennsylvania (Pennsylvania Gaming Control Board), σε υψηλές χρηματικές ποινές για σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα. Η εταιρεία αυτή, εξάλλου, συμπληρώνει η προσφεύγουσα ανήκει κατά ποσοστό 99,99% στην Mohegan Tribal Gaming Authority και κατά 0,001% στην «Mohegan Commercial Ventures-PA, LLC», η οποία επίσης ανήκει κατά 100% στη «Mohegan Tribal Gaming Authority». Εντούτοις, όπως έγινε δεκτό και στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, στους όρους του άρθρου 2.4.7 της διακήρυξης, σχετικά με τους λόγους απόρριψης προσφορών, κατά το παρόν στάδιο, στο οποίο ευρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία, δεν προβλέπεται ποινή απόρριψης της προσφοράς διαγωνιζόμενου, αν τα στοιχεία του τρίτου, στις ικανότητες του οποίου διαγωνιζόμενος στηρίζεται, που δηλώθηκαν στο ΕΠΕ του είναι ψευδή ή ανακριβή, επομένως ούτε και αν η σχετική στα ερωτήματα 14, 15 και 16 του κεφαλαίου Γ΄ του ΕΠΕ δήλωσή του είναι ψευδής ή ανακριβής. Ούτε θα μπορούσε να αποκλειστεί και αν ο τρίτος είχε υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αν προηγουμένως, η ΕΕΕΠ δεν του παρείχε τη δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του (άρθρα 2.2.4.7 και 2.2.4.8 της διακήρυξης). Ούτε, άλλωστε, από τη γραμματική διατύπωση των όρων του άρθρου 2.2.4.4. στοιχείο (η) της διακήρυξης που έχει ως εξής: «... εάν

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ο Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. ...», προκύπτει ότι ο οικείος λόγος αποκλεισμού συντρέχει στο πρόσωπο του δηλούντος και όταν σε σχετικό παράπτωμα έχει υποπέσει θυγατρική του. Δοθέντος ότι ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει ότι για την πλήρωση της ζητούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρεμβαίνουσας ένωσης στο διαγωνισμό, η εταιρεία στην οποία η ένωση στηρίζεται, εταιρεία «Mohegan Tribal Gaming Authority», δήλωσε ότι λειτουργεί ή έχει αναπτύξει το καζίνο Mohegan Sun Pocono, στη διαχειρίστρια του οποίου «Downs Racing LP» ιστορείται στην προσφυγή ότι επεβλήθησαν πρόστιμα για σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, ούτε προκύπτει ότι στο νομικό πρόσωπο της «Mohegan Tribal Gaming Authority», ούτε ότι στα πρόσωπα που ασκούν τον έλεγχο στη διοίκησή της, ακόμα και αν ασκούν τον έλεγχο και στη διοίκηση και της θυγατρικής της εταιρείας «Downs Racing LP» επεβλήθησαν κυρώσεις για τις παραβάσεις της τελευταίας σχετικά με τη λειτουργία του καζίνο Mohegan Sun Pocono, περίπτωση που αν ίσχυε έχει κριθεί ότι δεν συνιστά ανεπίτρεπτη διεύρυνση του οικείου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του νομικού προσώπου (πρβλ. Απόφαση της 20-12-2017 ΔΕΕ C-178/16 - Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA, σκ. 35 και 36), οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η εταιρεία «Mohegan Tribal Gaming Authority» έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο και παρέλειψε να δηλώσει στο ΕΠΕ είναι αβάσιμοι. Εξάλλου, και υπό την εκδοχή ότι το πιο πάνω επαγγελματικό παράπτωμα της «Downs Racing, LP» καταλογίζεται στη μητρική εταιρεία «Mohegan Tribal Gaming Authority», ούτε τότε η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης θα έπρεπε να απορριφθεί για το λόγο αυτό, αλλά σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 2.2.7. της διακήρυξης, θα έπρεπε να της ζητηθεί να την αντικαταστήσει.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

47. Επειδή, εξάλλου, με τον ένατο λόγο της προσφυγής (κεφ. Ε. 2), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε ότι η μη υποβολή οικονομικών καταστάσεων για την «Mohegan Gaming Advisors, LLC», μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης, και αντ' αυτών η υποβολή των ενοποιημένων οικονομικών καταστάσεων της μητρικής εταιρείας και μη συμμετέχουσας στο διαγωνισμό «Mohegan Tribal Gaming Authority», δεν συνιστά λόγο απόρριψης της. Η ΕΕΕΠ, ωστόσο, υποστηρίζει ότι η παρεμβαίνουσα ένωση, ασκώντας το περιγραφόμενο στον όρο 2.2.7 της διακήρυξης δικαίωμά της, για την πλήρωση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, ήτοι της «Mohegan Tribal Gaming Authority», όπως ρητώς αναφέρεται στα Ερωτηματολόγια Ποιοτικής Επιλογής που υπέβαλαν τα μέλη της ένωσης. Προς το σκοπό αυτό, υπέβαλε με τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής της τις απαιτούμενες από τον όρο 2.4.3. της Διακήρυξης ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις της «Mohegan Tribal Gaming Authority», καθώς και έκθεση του ορκωτού ελεγκτή για την τελευταία ελεγμένη οικονομική χρήση της «Mohegan Tribal Gaming Authority». Επιπλέον, αυτών, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι ούτε η προσφεύγουσα προσκόμισε η ίδια την απαιτούμενη έκθεση ορκωτού ελεγκτή του όρου 2.4.3.στ', αλλά έχει βασιστεί στη σχετική έκθεση του τρίτου φορέα στον οποίο στηρίζεται.

48. Επειδή, σχετικά με τον ένατο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 2.4.3., με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: ... ε) οικονομικές καταστάσεις των τριών τελευταίων ελεγμένων οικονομικών χρήσεων, όπου η τρίτη και τελευταία δεν μπορεί να είναι προγενέστερη του 2017 ή, αν δεν διαθέτουν ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις, βεβαιώσεις από ανεξάρτητους ορκωτούς ελεγκτές

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

διεθνούς κύρους. Στην περίπτωση που ο Διαγωνιζόμενος ή το Μέλος της Ένωσης Προσώπων είναι μητρική εταιρεία και έχει την υποχρέωση κατάρτισης ενοποιημένων οικονομικών καταστάσεων βάσει του δικαίου της χώρας εγκατάστασης, προσκομίζει για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας τις ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις. ...», στο άρθρο 2.2.7., με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων», ότι: «Οι Διαγωνιζόμενοι μπορούν, όσον αφορά την πλήρωση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (του όρου 2.2.5. και του όρου 2.2.6 . της παρούσας), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των σχέσεών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή οφείλουν να αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 2 του ν. 4413/2016, με την προσκόμιση της σχετικής έγγραφης δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται, δυνάμει της οποίας θα πρέπει να επιβεβαιώνεται ότι οι φορείς αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση των Διαγωνιζομένων για την εκτέλεση της Σύμβασης Παραχώρησης και να παρέχονται επαρκείς εγγυήσεις για την έντευχη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της Σύμβασης Παραχώρησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη. Υπό τους ίδιους ως άνω όρους οι Ενώσεις Προσώπων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των Μελών τους ή άλλων φορέων. Η ΕΕΕΠ ελέγχει, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο Διαγωνιζόμενος, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τους όρους 2.2.4.1, 2.2.4.2, 2.2.4.4, 2.2.4.5 και 2.2.4.9 της παρούσας. Η ΕΕΕΠ απαιτεί από τον Διαγωνιζόμενο να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των ως άνω παραγράφων» και στο άρθρο 2.2.8. με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη ποιοτικής επιλογής κατά την υποβολή Προσφορών», ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι Διαγωνιζόμενοι α) ... και β) πληρούν τα κριτήρια επιλογής των

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

όρων 2.2.5. και 2.2.6. της παρούσας προσκομίζουν κατά την υποβολή της Προσφοράς τους ως δικαιολογητικά συμμετοχής α) το προβλεπόμενο, σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής, το οποίο, σε περίπτωση που ο Διαγωνιζόμενος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με τον όρο 2.2.7 της παρούσας ή έχει δηλώσει με την Προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της Σύμβασης σε υπεργολάβο/ τρίτο, περιέχει επίσης τις σχετικές με τα υπό (α) και (β) ανωτέρω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς, β) οικονομικές καταστάσεις των τριών (3) τελευταίων ελεγμένων οικονομικών χρήσεων, από τις οποίες η τρίτη και τελευταία δεν μπορεί να είναι προγενέστερη του 2017 ή, αν δεν διαθέτουν ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις, βεβαιώσεις από ανεξάρτητους ορκωτούς ελεγκτές διεθνούς κύρους, γ) έκθεση ορκωτού ελεγκτή για την τελευταία ελεγμένη οικονομική χρήση, δ) ..., ε) ..., στ) ..., ζ) τον σχετικό με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πίνακα του Παραρτήματος IV». Κατά την έννοια των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, για την απόδειξη της πλήρωσης των όρων της χρηματοοικονομικής επάρκειας, κάθε διαγωνιζόμενος και, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, κάθε μέλος της απαιτείται με το Φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής του να υποβάλει είτε οικονομικές καταστάσεις των τριών τελευταίων ελεγμένων οικονομικών χρήσεων, όπου η τρίτη και τελευταία δεν μπορεί να είναι προγενέστερη του 2017 ή, αν δεν διαθέτει ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις, μπορούσε να υποβάλει βεβαιώσεις από ανεξάρτητους ορκωτούς ελεγκτές διεθνούς κύρους. Στην περίπτωση που διαγωνιζόμενος ή μέλος διαγωνιζόμενης ένωσης είναι μητρική εταιρεία και έχει την υποχρέωση κατάρτισης ενοποιημένων οικονομικών καταστάσεων βάσει του δικαίου της χώρας εγκατάστασης, προσκομίζει για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας τις ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις, διαφορετικά προσκομίζει είτε οικονομικές καταστάσεις είτε βεβαιώσεις ορκωτών ελεγκτών κατά τα άνω. Σε περίπτωση, όμως, που για την πλήρωση των όρων

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

της χρηματοοικονομικής επάρκειας, διαγωνιζόμενος ή μέλος ένωσης προσώπων ή ένωση συνολικά στηρίζεται σε τρίτο οικονομικό φορέα, τα ως άνω έγγραφα με τους ίδιους ως άνω όρους προσκομίζει ο τρίτος οικονομικός φορέας. Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, τέλος, προκύπτει ότι, στην περίπτωση που ένωση προσώπων στηρίζεται σε μέλος ή μέλη της για την πλήρωση των όρων της χρηματοοικονομικής επάρκειας, τα ως άνω έγγραφα με τους ίδιους ως άνω όρους προσκομίζει το μέλος ή τα μέλη της ένωσης.

49. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα ένωση για την πλήρωση της χρηματοοικονομικής επάρκειας στηρίζεται στις ικανότητες της εταιρείας «Mohegan Tribal Gaming Authority». Ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη, νομίμως και ορθώς η παρεμβαίνουσα προσκόμισε ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις των τριών τελευταίων ελεγμένων χρήσεων της «Mohegan Tribal Gaming Authority», καθώς και έκθεση ορκωτού ελεγκτή για την τελευταία οικονομική χρήση, για δε τα μέλη της ένωσης δεν απαιτείτο να προσκομιστεί κανένα έγγραφο από τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.4.3 (ε), τα αντίστοιχα δε έγγραφα που υποβλήθηκαν για τα λοιπά μέλη της ένωσης υποβλήθηκαν εκ περισσού και δεν έπρεπε καν να ληφθούν υπόψη. Κατά συνέπεια, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αν ακόμη οι οικονομικές καταστάσεις ή οι βεβαιώσεις ορκωτών ελεγκτών για τις εταιρείες μέλη της «MGE Hellinikon BV» και «Mohegan Gaming Advisors LLC», ήταν ελλιπή, κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στους όρους του άρθρου 2.4.3 (ε) της διακήρυξης ή το περιεχόμενό τους δεν ήταν το προβλεπόμενο κατά τους όρους αυτούς. Μεταξύ των εγγράφων αυτών, για τα δύο από τα Μέλη της Ένωσης, «MGE Hellinikon BV» και «Mohegan Gaming Advisors LLC», που δεν διαθέτουν ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις, προσκομίστηκε η από 01.10.2019 βεβαίωση της εταιρείας Deloitte, δηλαδή βεβαίωση εταιρείας

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ανεξάρτητων ορκωτών ελεγκτών διεθνούς κύρους, που αρκούσε, κατά τους όρους του άρθρου 2.4.3 (ε) της διακήρυξης, αφού για την αδυναμία προσκόμισης ελεγμένων οικονομικών καταστάσεων δεν προβλέπεται η υποβολή κάποιου εγγράφου. Κατά συνέπεια, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας, ούτε και υπό την εκδοχή ότι, και αν ακόμη στηρίζεται σε τρίτους για την πλήρωση της χρηματοοικονομικής επάρκειάς της, απαιτείται να προσκομίζει και για τα μέλη της τα προβλεπόμενα στους όρους του άρθρου 2.4.3 (ε) έγγραφα. Όσα δε περί του αντίθετου προβάλλονται είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος και ο ένατος λόγος της κρινομένης προσφυγής.

50. Επειδή, περαιτέρω, με τον ενδέκατο λόγο της προσφυγής (κεφ. Ε. 4), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, διότι η ΕΕΕΠ, κατά παράβαση των άρθρων 2.1.8, 2.4.3 και 2.4.7 της διακήρυξης, των διατάξεων της παρ. 10 του άρθρ. 80 του ν. 4412/2016, καθώς και των αρχών της ισότητας των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας, του υγιούς, ανόθευτου και πραγματικού ανταγωνισμού και του ενιαίου μέτρου κρίσης των προσφορών τους, και με παντελή έλλειψη αιτιολογίας, άλλως εσφαλμένη και ανεπαρκή αιτιολογία, δεν απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης, παρά τη μη υποβολή μεταφράσεων στην ελληνική γλώσσα των υποβληθεισών από τα μέλη της «INSPIRE Athens» υπεύθυνων δηλώσεων και αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων, τα οποία όλα υποβλήθηκαν μόνο στην αγγλική γλώσσα.

51. Επειδή, σχετικά με τον υπόψη λόγο της προσφυγής, το άρθρο 2.1.8. της διακήρυξης, με τίτλο «Γλώσσα», ορίζει τα εξής: «Τα Έγγραφα της Σύμβασης Παραχώρησης συντάσσονται, εκτός από την ελληνική, στην αγγλική γλώσσα. Σε περίπτωση ασυμφωνίας μεταξύ της ελληνικής και της αγγλικής έκδοσης υπερισχύει η ελληνική. Τυχόν ενστάσεις ή προδικαστικές προσφυγές υποβάλλονται στην ελληνική γλώσσα. Οι Προσφορές και τα περιλαμβανόμενα

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

σε αυτές στοιχεία, με την επιφύλαξη των κατωτέρω, συντάσσονται στην ελληνική ή την αγγλική γλώσσα. Τα αποδεικτικά μέσα του όρου 3.2.2. της παρούσας συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με τον ν. 1497/1984 (Α 188). Πιστοποιητικά που εκδίδονται στις χώρες που δεν έχουν προσχωρήσει στη Σύμβαση της Χάγης, φέρουν επικύρωση των ελληνικών προξενικών αρχών στην αλλοδαπή ή του Υπουργείου Εξωτερικών της Ελλάδας ως προς το γνήσιο της υπογραφής του αλλοδαπού οργάνου. Η επικύρωση και σε αυτή την περίπτωση γίνεται στο πρωτότυπο και όχι σε φωτοτυπία. Τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. ... Κάθε μορφής επικοινωνία με την ΕΕΕΠ γίνεται στην ελληνική ή την αγγλική γλώσσα.». Από τις διατυπώσεις των όρων του άρθρου αυτού συνάγεται ότι τα έγγραφα και στοιχεία που περιλαμβάνονται στην προσφορά των διαγωνιζομένων, χωρίς διάκριση, επομένως και των υπευθύνων δηλώσεων, μπορούν να συντάσσονται είτε στην ελληνική είτε στην αγγλική. Μόνον τα έγγραφα και στοιχεία που θα υποβληθούν από τον προσωρινό ανάδοχο, κατά το στάδιο της κατακύρωσης, εφόσον δεν έχουν συνταχθεί στην ελληνική γλώσσα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική. Εξ αυτών, των εγγράφων δηλαδή που προσκομίζει ο προσωρινός ανάδοχος, αν πρόκειται για δημόσια έγγραφα, αυτά επικυρώνονται για τη γνησιότητά τους είτε με βάση τη Συνθήκη της Χάγης (apostille) είτε με επικύρωση των ελληνικών προξενικών αρχών στην αλλοδαπή ή του Υπουργείου Εξωτερικών της Ελλάδας, τα δε ιδιωτικά συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα, επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Με την υπ' αρ.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

398/5/23.5.2019 απόφαση της ΕΕΕΠ, εξάλλου, σε απάντηση ερωτημάτων ενδιαφερομένου, δόθηκε η διευκρίνιση ότι για την Υπεύθυνη Δήλωση του όρου 2.4.3., τις οικονομικές καταστάσεις που υποβάλλονται ως προκαταρκτική απόδειξη ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τον όρο 2.2.8. της διακήρυξης, την έκθεση ορκωτού ελεγκτή που υποβάλλεται ως προκαταρκτική απόδειξη ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τον όρο 2.2.8. της Διακήρυξης και τις δηλώσεις του σημείου (ια) και (ιβ) του όρου 2.4.3., οι οποίες υποβάλλονται ως Δικαιολογητικά Συμμετοχής, σύμφωνα με τον όρο 2.4.3. της Διακήρυξης, εφαρμογή έχει ο όρος 2.1.8. της Διακήρυξης, κατά τον οποίον «οι προσφορές και τα περιλαμβανόμενα σε αυτές στοιχεία, με την επιφύλαξη των κατωτέρω, συντάσσονται στην ελληνική ή την αγγλική γλώσσα». Με άλλα λόγια, ειδικώς για τα έγγραφα για τα οποία παραπονείται η προσφεύγουσα ότι δεν προσκομίστηκαν μεταφρασμένα από την παρεμβαίνουσα ένωση, διευκρινίστηκε ότι μπορούν στο φάκελο συμμετοχής να υποβάλλονται είτε στην ελληνική είτε στην αγγλική, χωρίς μετάφραση. Η σχετική δε, αναφορά στην επιφύλαξη του άρθρου 2.1.8., έχει την έννοια ότι αν κάποιο από αυτά τα έγγραφα υποβληθεί και στο φάκελο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (προσωρινού αναδόχου), στην περίπτωση αυτή, αν δεν έχει συνταχθεί στην ελληνική γλώσσα, τότε θα πρέπει να συνοδεύεται από μετάφραση στην ελληνική. Τούτων, έπεται, ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι, αφού όλα τα δικαιολογητικά συμμετοχής που περιγράφονται στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης, για όλα τα μέλη της παρεμβαίνουσας ένωσης, συμπεριλαμβανομένων όλων των υπεύθυνων δηλώσεων και όλων των αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων, υποβλήθηκαν στην αγγλική γλώσσα, χωρίς οι υποβαλλόμενες υπεύθυνες δηλώσεις ή τα υποβαλλόμενα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα, να συνοδεύονται από μετάφραση αυτών στην ελληνική γλώσσα, η προσφορά της ένωσης έπρεπε να απορριφθεί, είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Απορριπτέος, συνακόλουθα, είναι και ο ενδέκατος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

52. Επειδή, εξάλλου, με το δωδέκατο λόγο της προσφυγής (κεφ. Ε. 5), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το ιδιωτικό συμφωνητικό περί σύστασης της ένωσης δεν φέρει ημερομηνία υπογραφής, συνεπώς ήταν μη νομίμως συνταχθέν και μη νομίμως έγινε δεκτό. Η αναθέτουσα αρχή, εξάλλου, ισχυρίζεται ότι η έλλειψη χρονολογίας ή τυχόν ανακρίβεια αυτής (όπως και η μη αναγραφή του τόπου σύνταξης του εγγράφου) δεν επιφέρουν ακυρότητα στο έγγραφο, ενώ στο στάδιο που ευρίσκεται ο διαγωνισμός το άρθρο 80 παρ. 12 του ν. 4412/2016 δεν έχει εφαρμογή. Η παρεμβαίνουσα, επιπλέον των όσων αναφέρει η ΕΕΕΠ, υποστηρίζει ότι, σε κάθε περίπτωση, ο χρόνος σύνταξης του συμφωνητικού μπορεί να συναχθεί ερμηνευτικά, προκύπτει δε ότι το συμφωνητικό συνήφθη μεταξύ 01^{ης} έως 4^{ης} Οκτωβρίου 2019.

53. Επειδή, στο άρθρο 2.4.3 της διακήρυξης, με τίτλο 2.4.3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: ... ιε) Σε περίπτωση υποβολής Προσφοράς από Ένωση Προσώπων το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής, καθώς και τα κατά περίπτωση δικαιολογητικά, βάσει των οποίων αποδεικνύεται η πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής, χρηματοοικονομικής και τεχνικής επάρκειας υποβάλλονται χωριστά από κάθε Μέλος που συμμετέχει στην Ένωση. Οι σχετικοί, αφενός με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και αφετέρου την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, πίνακες των Παραρτημάτων IV και V, αποτυπώνουν διακριτά την εισφορά κάθε μέλους της Ένωσης στην πλήρωση των εν λόγω κριτηρίων και υπογράφονται από όλα τα Μέλη της Ένωσης. Οι Ενώσεις Προσώπων υποβάλλουν επιπρόσθετα ιδιωτικό συμφωνητικό ή ένορκη βεβαίωση περί σύστασης της Ένωσης, από τα οποία, κατά περίπτωση, προκύπτουν: α) ο Κοινός Εκπρόσωπος της Ένωσης για την υπογραφή και την κατάθεση της Προσφοράς, β) το ποσοστό συμμετοχής που

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

κατέχει κάθε Μέλος στην Ένωση καθώς και τις υποχρεώσεις κάθε Μέλους της Ένωσης σε σχέση με το αντικείμενο της Σύμβασης και γ) η δέσμευση κάθε Μέλους, σύστασης ανώνυμης εταιρείας σε περίπτωση κατακύρωσης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 2.2.1. παρ. 2 της παρούσας. ...». Από τους όρους του προπαρατεθέντος άρθρου της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι το μεταξύ των μελών συμφωνητικό απαιτείται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς να έχει συνταχθεί σε συγκεκριμένο χρόνο προ της ημερομηνίας υποβολής προσφοράς. Αρκεί από το περιεχόμενό του να προκύπτει η συμφωνία των υπογραφόντων ότι συστήνουν ένωση με σκοπό την υποβολή προσφοράς στο διαγωνισμό, να διορίζουν κοινό εκπρόσωπο για την υπογραφή και την κατάθεση της προσφοράς, να ορίζουν το ποσοστό συμμετοχής που κατέχει κάθε μέλος στην ένωση, καθώς και τις υποχρεώσεις κάθε μέλους της ένωσης σε σχέση με το αντικείμενο της Σύμβασης, και να δεσμεύονται ότι θα συστήσουν ανώνυμη εταιρεία σε περίπτωση κατακύρωσης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 2.2.1. παρ. 2 της διακήρυξης. Διαφορετική ερμηνεία, εξάλλου, του ως άνω όρου σε σχέση με το χρόνο σύνταξης του μεταξύ των μελών ένωσης ιδιωτικού συμφωνητικού, δεν συνάγεται ούτε από τις διευκρινίσεις που παρείχε η ΕΕΕΠ, δυνάμει της με αριθμό 431/2/12-09-2019 Απόφασής της. Ειδικότερα, στη διευκρίνιση υπ' αριθμόν 10, η ΕΕΕΠ διευκρινίζει σχετικά με το επίκαιρο των δικαιολογητικών ότι για μεν τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται στο στάδιο υποβολής των προσφορών εφαρμόζονται οι σχετικοί όροι της διακήρυξης, για δε τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης εφαρμόζεται το άρθρο 80 παρ. 12 του ν. 4412/2016. Δοθέντος ότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο μετά την υποβολή προσφορών και δεν έχει εισέλθει στο στάδιο υποβολής ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εφαρμόζεται ο πιο πάνω όρος του άρθρου 2.4.3 ιε) της διακήρυξης που καμία μνεία ως προς το χρόνο σύνταξης και υπογραφής του συμφωνητικού δεν διαλαμβάνει. Από τη

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

γραμματική διατύπωση του άρθρου 80 παρ. 12 του ν. 4412/2016, εξάλλου, προκύπτει ότι αναφέρεται στα αποδεικτικά μέσα που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο, κατά το στάδιο της κατακύρωσης, συνεπώς δεν καταλαμβάνει και τα έγγραφα και στοιχεία που προσκομίζονται με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής, ούτε στα δικαιολογητικά του άρθρου 80 παρ. 12 περιλαμβάνεται και το επίμαχο ιδιωτικό συμφωνητικό. Άλλωστε, ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται, ούτε προκύπτει ότι για τη νόμιμη σύνταξη του μεταξύ των μελών ιδιωτικού συμφωνητικού που θα προσκομιστεί κατά τα άνω με το φάκελο συμμετοχής της διαγωνιζόμενης ένωσης επιβάλλεται από άλλη διάταξη νόμου να αναγράφεται σε αυτό η ημερομηνία σύνταξης και υπογραφής του για να έχει πλήρη αποδεικτική δύναμη. Κατά συνέπεια, η επίκληση των διατάξεων του 435 ΑΚ είναι αλυσιτελής. Αλυσιτελώς, τέλος, προβάλλεται και ο ισχυρισμός ότι ελλείπει ημερομηνίας στο συμφωνητικό δεν μπορεί να αποδειχθεί αν τα φυσικά πρόσωπα που υπογράφουν το συμφωνητικό εκπροσωπούσαν τα νομικά πρόσωπα, που συμβάλλονται σε αυτό. Και τούτο, διότι από τα υποβληθέντα στο φάκελο συμμετοχής της παρεμβαίνουσας ένωσης, α) με αριθμό 1091/25-09-2019 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, β) από 27-09-2019 Ομόφωνη Γραπτή Συναίνεση Διευθυνόντων της «Mohegan Gaming Advisors, LLC» και γ) από 01-10-2019 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου της «M.G.E. Hellinikon B.V.», προκύπτει ότι για την υποβολή του επίμαχου συμφωνητικού ρητώς εξουσιοδοτήθηκαν οι υπογράφωντες αυτό να το υποβάλλουν ακριβώς όπως συντάχθηκε και υποβλήθηκε με την προσφορά της ένωσης στις 04-10-2019, κατά συνέπεια και αν ακόμη είχε συνταχθεί σε χρόνο προγενέστερο των επικαλούμενων πρακτικών που τους νομιμοποίησαν, σε κάθε περίπτωση τα νομικά πρόσωπα που οι υπογράφωντες το συμφωνητικό εκπροσωπούσαν, ενέκριναν το περιεχόμενό του απολύτως, εξουσιοδότησαν τους υπογράφωντες να το υπογράψουν και συναίνεσαν να υποβληθεί με το περιεχόμενο με το οποίο υποβλήθηκε. Κατά τον κρίσιμο χρόνο της υποβολής του, δηλαδή, μαζί με την

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προσφορά, προκύπτει ότι οι υπογράφωντες το συμφωνητικό είχαν νομίμως εξουσιοδοτηθεί για την υπογραφή του. Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος και ο δωδέκατος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

54. Επειδή, εξάλλου, με το δέκατο τρίτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής (κεφ. Ε. 6), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το πρακτικό των μελών διοίκησης που υπέβαλε το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης με την επωνυμία «MGE Hellinikon B.V.» είναι μη νόμιμο, διότι συνετάγη παρά τις προβλέψεις του καταστατικού του για τον τρόπο λήψης απόφασης χωρίς αυτοπρόσωπη παρουσία των μελών του συμβουλίου του κατά τη συνεδρίασή του, συνακόλουθα είναι μη νόμιμη η συμμετοχή της εταιρείας αυτής στην παρεμβαίνουσα ένωση. Η ΕΕΕΠ, σε αντίκρουση του λόγου αυτού της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι στηρίζεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, και ότι, όπως νόμιμα διευκρινίστηκε από την παρεμβαίνουσα ένωση, συνεδρίαση του αρμόδιου διοικούντος οργάνου της εταιρείας «MGE Hellinikon B.V.» με τηλεφωνική διάσκεψη ισοδυναμεί με ή συνιστά λήψη αποφάσεων εντός συνεδρίασης.

55. Επειδή, σχετικά με τον υπόψη λόγο της προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού, στο άρθρο 2.4.3 της διακήρυξης, με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», προβλέπει μεταξύ άλλων τα εξής: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: ... ιγ) πρακτικό αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου ή του Διοικούντος Οργάνου του Διαγωνιζόμενου με το οποίο: αα) εγκρίνεται η συμμετοχή του στο Διαγωνισμό. Σε περίπτωση Ένωσης Προσώπων εγκρίνονται, με σχετικό πρακτικό απόφασης του διοικούντος οργάνου του νομικού προσώπου, η συμμετοχή εκάστης εταιρείας στο διαγωνισμό και η σύμπραξη με τις λοιπές εταιρείες, Μέλη της Ένωσης. Στην περίπτωση συμμετοχής φυσικού προσώπου στην Ένωση, το ανωτέρω

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

πρακτικό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση με αντίστοιχο περιεχόμενο. ββ) εγκρίνεται και παρέχεται σε συγκεκριμένο άτομο ή άτομα (νόμιμος εκπρόσωπος) εξουσιοδότηση να υπογράψει όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμπεριλαμβανομένης και της Προσφοράς, να καταθέσει την Προσφορά και να παραστεί στην αποσφράγιση των Προσφορών σε όλα τα στάδια του Διαγωνισμού, καθώς και να υπογράψει οποιοδήποτε σχετικό έγγραφο απαιτηθεί. ...». Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι, μεταξύ των άλλων εγγράφων και στοιχείων που οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να περιλάβουν στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής με την προσφορά τους, σε περίπτωση που ήταν νομικά πρόσωπα, ήταν και η απόφαση του οργάνου της διοίκησης τους για συμμετοχή στο διαγωνισμό και ορισμού εκπροσώπου τους για την υπογραφή και υποβολή της προσφοράς και όλων των απαιτούμενων δικαιολογητικών και εγγράφων, καθώς και για την παράσταση του συμμετέχοντος νομικού προσώπου στην αποσφράγιση των προσφορών και οποτεδήποτε άλλοτε απαιτηθεί στο διαγωνισμό, και αν πρόκειται να συμμετέχουν ως μέλη ένωσης προσώπων ή σε σύμπραξη με άλλα πρόσωπα, απόφαση για τη με τον τρόπο αυτό συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, επιπλέον, στην περίπτωση αυτή και για τον ορισμό κοινού εκπροσώπου. Δεν προκύπτει, όμως, ότι η απόφαση αυτή πρέπει να έχει ληφθεί με ένα συγκεκριμένο τρόπο, αρκεί να έχει ληφθεί νόμιμα και εφόσον το νομικό πρόσωπο έχει την έδρα του στην αλλοδαπή, να έχει ληφθεί νόμιμα, κατά τις διατυπώσεις του δικαίου της έδρας του νομικού προσώπου.

56. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τη μελέτη του φακέλου, σε πλήρωση των όρων του άρθρου 2.4.3 ιγ) της διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα ένωση για το μέλος της, MGE Hellinikon B.V., με έδρα στην Ολλανδία, υπέβαλε το στην αγγλική γλώσσα συνταγμένο από 1ης Οκτωβρίου 2019 πρακτικό της συνεδρίασης του συμβουλίου των διευθυνόντων συμβούλων αυτής, από το περιεχόμενο του οποίου, προκύπτει ότι αυτή έλαβε

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

χώρα με τηλεδιάσκεψη εκκινήθεισα από την Ολλανδία, την 1η Οκτωβρίου 2019 και ώρα 3:00 μ.μ. CET. Από το εν λόγω πρακτικό, εξάλλου, προκύπτει ότι το συμβούλιο των διευθυνόντων συμβούλων της εν λόγω εταιρείας αποτελείται από τους κ.κ. David Rome, Drew Michael Kelley and Scott Christopher Wells. Εξ αυτών, στο πρακτικό αναφέρεται ότι ο κος David Rome παρίσταται αυτοπροσώπως στη συνεδρίαση, ο κος Drew Michael Kelley συμμετέχει μέσω τηλεφώνου, ενώ ο κος Scott Christopher Wells ήταν απών. Ο παρών σύμβουλος, κατά το πρακτικό αυτό, εκτέλεσε χρέη προέδρου της συνεδρίασης και γραμματέα και υπογράφει το πρακτικό με τις ιδιότητες αυτές. Στο (ενδιάμεσο) τμήμα του πρακτικού αυτού, γίνεται επίκληση της διάταξης 18.3 του καταστατικού της εν λόγω εταιρείας, σύμφωνα με την οποία το συμβούλιο δύναται να λάβει αποφάσεις εκτός συνεδρίασης, εφόσον όλα τα μέλη του συμβουλίου έχουν συμφωνήσει με αυτόν τον τρόπο λήψης αποφάσεων και εξέφρασαν εγγράφως τις απόψεις τους αναφορικά με τις προτεινόμενες αποφάσεις, κάτι που θα επιβεβαιωθεί με την υπογραφή της παρούσας απόφασης. Λόγω της αναφοράς αυτής στο σώμα του πρακτικού αυτού, σε συνδυασμό με την υπογραφή του μόνον από το μέλος του συμβουλίου των διευθυνόντων, David Rome, παρότι στη λήψη απόφασης φαίνεται να συμμετείχαν δύο από τα τρία μέλη του συμβουλίου της εταιρείας, εύλογα η ΕΕΕΠ θεώρησε ότι προκαλείται ασάφεια ως προς τη νομιμότητα λήψης της απόφασης αυτής. Την ασάφεια αυτή νόμιμα ήρε η προσφεύγουσα με την από 4-12-2019 επιστολή της. Και τούτο, διότι η ασάφεια προκαλείτο από το ίδιο το έγγραφο, επιπλέον δε δεν μεταβλήθηκε ούτε το περιεχόμενό του ούτε αντικαταστάθηκε με νέο, οι δε γνωμοδοτήσεις που προσκομίστηκαν προς διευκρίνιση του ολλανδικού εταιρικού δικαίου, στις διατάξεις του οποίου υπάγεται η εταιρεία αυτή νομίμως λήφθηκαν υπόψη, ως έγγραφα προς υποστήριξη των διευκρινίσεων της παρεμβαίνουσας, όσα δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει η προσφεύγουσα είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Αλυσίτελώς δε, βάλλονται τα μηνύματα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας που αντηλλάγησαν μεταξύ

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

των μελών του συμβουλίου των διευθυντών της εταιρείας και των γνωμοδοτούντων δικηγόρων, τόσο διότι δεν ασκούν επιρροή στην ερμηνεία των διατάξεων του νόμου και του καταστατικού από τους δικηγόρους που παρείχαν τις σχετικές γνωμοδοτήσεις, ούτε μεταβάλλουν τα πραγματικά περιστατικά που περιγράφονται στο υποβληθέν πρακτικό διοικητικού συμβουλίου της εταιρείας. Ούτε τέλος, προκύπτει ότι τα μηνύματα λήφθηκαν υπόψη από την ΕΕΕΠ προς άρση της ασάφειας του τρόπου λήψης της απόφασης της εταιρείας «MGE Hellinikon B.V» για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Σύμφωνα με την από 4-12-2019 επιστολή της παρεμβαίνουσας ένωσης, άλλωστε, κατά το καταστατικό της εταιρείας αυτής, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του ολλανδικού δικαίου, η στο πρακτικό αυτό συνεδρίαση του συμβουλίου των διευθυνόντων της εταιρείας, εφόσον έλαβε χώρα μέσω τηλεφωνικής διάσκεψης, στην οποία συμμετείχαν δύο εξ αυτών, θεωρείται συνεδρίαση «εντός», για την απαρτία, την πλειοψηφία και της λοιπές διατυπώσεις της οποίας εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 18.1 του καταστατικού και όχι συνεδρίαση «εκτός», κατά την οποία σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 18.3 του καταστατικού για τη νομιμότητα λήψης της απόφασης απαιτείται αυτή να επιβεβαιωθεί εγγράφως με υπογραφή και των λοιπών μελών του συμβουλίου στην απόφαση. Όπως εξηγήθηκε, επιπλέον, η αναφορά στις διατάξεις του άρθρου 18.3 του καταστατικού της εταιρείας έλαβε χώρα στο σώμα του υποβληθέντος πρακτικού για λόγους πληρότητας, προκειμένου να παρουσιαστούν όλες οι διαθέσιμες επιλογές προς λήψη απόφασης από τα εταιρικά όργανα, χωρίς, ωστόσο στη συγκεκριμένη περίπτωση να γίνεται χρήση του εν λόγω άρθρου 18.3, καθώς το διοικητικό συμβούλιο συγκλήθηκε έγκυρα, συμμετείχαν δύο από τους τρεις διευθύνοντες συμβούλους και οι δύο σύμβουλοι έλαβαν από κοινού την απόφαση, σύμφωνα με το άρθρο 18.1 του Καταστατικού. Δοθέντος ότι η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται, ούτε αποδεικνύει το αντίθετο, δεν απέδειξε ότι το υποβληθέν πρακτικό του μέλους της παρεμβαίνουσας ένωσης «MGE Hellinikon B.V.» είναι

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

μη νόμιμο. Συνακόλουθα, και ο δέκατος τρίτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

57. Επειδή, περαιτέρω, με το δέκατο τέταρτο λόγο της προσφυγής της (κεφ. Ε. 7), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το υποβληθέν από 27-09-2019 πρακτικό των φερόμενων ως διαχειριστών της εταιρίας «Mohegan Gaming Advisors, LLC», μέλους της παρεμβαίνουσας ένωσης και το σχετικό Πληρεξούσιο που προσκομίζεται από τη «Mohegan Gaming Advisors LLC», αναφορικά με τον ορισμό του κοινού εκπροσώπου της υποψήφιας ένωσης, δεν αρκούν για την απόδειξη της νομιμοποίησης του προσώπου που υπογράφει ως εκπροσώπου της εταιρείας αυτής. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η συμμετοχή της εταιρείας αυτής στο διαγωνισμό, συνακόλουθα και της παρεμβαίνουσας ένωσης. Οι εν λόγω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, όμως, εδράζονται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης. Και τούτο, διότι, κατά τους όρους του άρθρου 2.4.3 της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων, ούτε για τους διαγωνιζόμενους και αν πρόκειται για ένωση προσώπων ούτε για τα μέλη της, προσκομίζονται έγγραφα νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησής τους, ούτε έγγραφα για την απόδειξη ότι οι υπογράφωντες τα προσκομιζόμενα πρακτικά για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είναι οι νόμιμοι εκπρόσωποι τους ή οι ειδικώς εξουσιοδοτημένοι να τα υπογράψουν για αυτούς. Οι διατάξεις δε του άρθρου 2.2.8 της διακήρυξης, που προβλέπουν «... Ως εκπρόσωπος του Διαγωνιζομένου ή Μέλους αυτού νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά τον χρόνο υποβολής της Προσφοράς, ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον Διαγωνιζόμενο για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης», έχουν την έννοια ότι το Ερωτηματολόγιο Ποιοτικής Επιλογής (ΕΠΕ) θεωρείται νομίμως

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

υπογεγραμμένο αν πρόκειται για νομικό πρόσωπο εφόσον υπογράφεται από το νόμιμο εκπρόσωπό του, κατά την έννοια που ορίζεται στον επίμαχο όρο ότι αυτός έχει. Δεν καθιερώνει υποχρέωση να προσκομιστούν με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής ούτε το καταστατικό του νομικού προσώπου για το οποίο υποβάλλεται ΕΠΕ, ούτε το πρακτικό εκπροσώπησής του. Τα εν λόγω έγγραφα, μεταξύ άλλων, υποχρεούται να τα προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης και μόνο, κατά το στάδιο της κατακύρωσης, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 3.2.2. Β.2 της διακήρυξης «... Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης ...» του. Δοθέντος ότι, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης και συνομολογεί και η προσφεύγουσα για το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης «Mohegan Gaming Advisors LLC», με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφοράς της, προσκομίστηκε η από 27-09-2019 Ομόφωνη Γραπτή Συναίνεση των Διευθυνόντων της, με την οποία η εν λόγω εταιρεία εγκρίνει τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό σε σύμπραξη με τις λοιπές εταιρείες, μέλη της παρεμβαίνουσας ένωσης και παρέχεται σε συγκεκριμένο άτομο ή άτομα η εξουσιοδότηση να υπογράψει όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμπεριλαμβανομένης και της προσφοράς και για λογαριασμό της ως μέλος της ένωσης, να καταθέσει την προσφορά, να παραστεί στην αποσφράγιση των προσφορών σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού, καθώς και να υπογράψει οποιοδήποτε σχετικό έγγραφο απαιτηθεί, σε συμμόρφωση με τους όρους του άρθρου 2.4.3. ιγ) της διακήρυξης, αποδεικνύεται ότι ο υπογράφων το ΕΠΕ της εταιρείας αυτής είχε οριστεί και νόμιμος εκπρόσωπός της, κατά την έννοια των όρων του άρθρου 2.2.8 αυτής. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος και ο δέκατος τέταρτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

58. Επειδή, εξάλλου, με το δέκατο πέμπτο λόγο της προσφυγής (Κεφ. Ε. 8), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η «Mohegan Tribal Gaming

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Commission» δεν είχε αρμοδιότητα να πιστοποιήσει το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης «Mohegan Tribal Gaming Authority» ότι διαθέτει εμπειρία στην ανάπτυξη και λειτουργία ξενοδοχείου πέντε (5) αστέρων με τουλάχιστον οκτακόσιες (800) κλίνες, επιπλέον δε ότι τα πρόσωπα του πιστοποιούντος και του πιστοποιούμενου ταυτίζονται απολύτως, κατά συνέπεια η παρεμβαίνουσα ένωση απέτυχε να τεκμηριώσει την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης και συνακόλουθα η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί. Σε αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, η ΕΕΕΠ υποστηρίζει ότι στη διακήρυξη δεν ορίζεται περιοριστικά ή εξαντλητικά συγκεκριμένος τρόπος προκαταρκτικής απόδειξης ποιοτικής επιλογής, σε σχέση με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του όρου 2.2.6., επιπλέον ότι αορίστως και αβασίμως βάλλεται η απαιτούμενη εξειδίκευση και κατάρτιση, άρα και η αρμοδιότητα της «Mohegan Tribal Gaming Commission» για την κατάταξη των ξενοδοχειακών καταλυμάτων στην κατηγορία των πέντε αστέρων και ότι εν πάση περιπτώσει η σχετική ρυθμιστική αρμοδιότητά της διευκρινίστηκε μετά από αίτημα που η επιτροπή του διαγωνισμού υπέβαλε στην παρεμβαίνουσα ένωση. Η παρεμβαίνουσα ένωση, επιπλέον των όσων η ΕΕΕΠ υποστηρίζει, εκθέτει αναλυτικά τους λόγους για τους οποίους η Mohegan Tribal Gaming Commission είναι ο μοναδικός φορέας που έχει την εξουσία αδειοδότησης και ρύθμισης της δραστηριότητας της Mohegan Tribal Gaming Authority σε σχέση με τις εγκαταστάσεις καζίνο, ξενοδοχείου, συνεδριακού και εκθεσιακού κέντρου που λειτουργεί η τελευταία στην Πολιτεία του Connecticut και, ελλείψει φορέα με ειδική αρμοδιότητα ταξινόμησης τουριστικών καταλυμάτων, νομίμως εξέδωσε το από 30.09.2019 Πιστοποιητικό, στο οποίο ρητά βεβαιώνεται ότι το ξενοδοχείο πληροί τις σχετικές προϋποθέσεις μετά από έλεγχο που πραγματοποιήθηκε πρόσφατα και ειδικά για τις ανάγκες του συγκεκριμένου διαγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

59. Επειδή, σχετικά με το δέκατο πέμπτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 2.2.6., με τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα», μεταξύ άλλων, ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης της Σύμβασης οι Διαγωνιζόμενοι απαιτείται να διαθέτουν εμπειρία στην ανάπτυξη και λειτουργία των κατωτέρω: Α. [...] Β. Τουλάχιστον ένα ξενοδοχείο πέντε (5) αστέρων με τουλάχιστον οκτακόσιες (800) κλίνες. Γ. [...] Κάθε ένα από τα ανωτέρω θα πρέπει να ήταν σε λειτουργία για τουλάχιστον δύο (2) συνεχή έτη μέσα στην τελευταία πενταετία πριν την Ημερομηνία Υποβολής Προσφορών. Η εμπειρία ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα παρουσιαστεί από τον Διαγωνιζόμενο σύμφωνα με το υπόδειγμα του πίνακα του Παραρτήματος V.» και στο άρθρο 2.4.3., με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», μεταξύ άλλων, ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των Διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία, που περιέχονται στον διακριτό φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», περιλαμβάνουν: η) έγγραφα που πιστοποιούν τη λειτουργία των έργων όπως περιγράφονται στον όρο 2.2.6 όπως πιστοποιητικά αδειοδοτικών αρχών, συμβάσεις κ.λπ., θ) τον σχετικό με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα πίνακα, συμπληρωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος V, ...». Στο Παράρτημα V, εξάλλου, της διακήρυξης περιλαμβάνεται πίνακας στην πρώτη στήλη του οποίου οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να συμπληρώσουν το «Όνομα του έργου», στη δεύτερη την «Επωνυμία» του ή των «μελών» τους και, μεταξύ άλλων στην πέμπτη στήλη καλούνται να συμπληρώσουν τον αριθμό των κλινών του ξενοδοχείου που κατά τα άνω πρέπει να πληροί τα ελάχιστα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και στην έκτη ότι πρόκειται για ξενοδοχείο πέντε αστέρων. Με τη με αριθμό 437/1/24.09.2019 Απόφαση της ΕΕΕΠ, σχετικά με τα χαρακτηριστικά που πρέπει να πληροί το ξενοδοχείο, το οποίο μπορούσαν να δηλώσουν οι διαγωνιζόμενοι για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

τους, εγκρίθηκε, μεταξύ άλλων και η εξής διευκρίνιση: «σε περίπτωση που α) στη χώρα εγκατάστασης του ξενοδοχείου δεν εφαρμόζεται σύστημα ταξινόμησης ξενοδοχείων ή β) στη χώρα εγκατάστασης του ξενοδοχείου εφαρμόζεται μεν σύστημα ταξινόμησης, αλλά διάφορο από το ελληνικό σύστημα ταξινόμησης σε αστέρες, το ξενοδοχείο που καλύπτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του Διαγωνιζόμενου θα πρέπει να πληροί κατ' αντιστοιχία τις τεχνικές και λειτουργικές προδιαγραφές που θέτει η ελληνική νομοθεσία, για την κατάταξη των ξενοδοχειακών καταλυμάτων στην κατηγορία των πέντε αστέρων (5*), βάσει της με αριθμό 216/08.01.2015 (ΦΕΚ 10Β'/2015) απόφασης της Υπουργού Τουρισμού.»

60. Επειδή, από τους στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας όρους της διακήρυξης, όπως νόμιμα διευκρινίστηκαν και το υπόδειγμα πίνακα που καλούνται να συμπληρώσουν και να υποβάλλουν οι διαγωνιζόμενοι, δεν προκύπτει ότι η απόδειξη λειτουργίας των έργων επιβάλλεται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς να περιέχεται σε συγκεκριμένης μορφής ή νομικής φύσης έγγραφο, ούτε ότι το έγγραφο αυτό πρέπει να έχει εκδοθεί από συγκεκριμένο φορέα. Αντίθετα, από τη γραμματική διατύπωση του όρου του άρθρου 2.4.3. (η) προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι δύνανται να προσκομίσουν οιοδήποτε έγγραφο, ακόμη και ιδιωτικό (π.χ. συμβάσεις), αρκεί από το περιεχόμενό του να αποδεικνύεται ότι το επικαλούμενο ξενοδοχείο είναι πέντε (5) αστέρων με τουλάχιστον οκτακόσιες (800) κλίνες. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί να απορριφθεί προσφορά διαγωνιζόμενου, με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε πιστοποιητικό από αρμόδια αρχή ή ανεξάρτητο οργανισμό για την κατάταξη ξενοδοχείων σε αστέρια ή για την πιστοποίηση των τεχνικών και λειτουργικών προδιαγραφών του. Αρκεί από το έγγραφο που προσκομίζει να αποδεικνύεται η λειτουργία του επικαλούμενου στον πίνακα έργων ξενοδοχείου για τουλάχιστον δύο (2) συνεχή έτη μέσα στην τελευταία πενταετία πριν την υποβολή προσφοράς και ότι οι τεχνικές και λειτουργικές προδιαγραφές του

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

πληρούν κατ' αντιστοιχία τις τεχνικές και λειτουργικές προδιαγραφές που θέτει η ελληνική νομοθεσία, για την κατάταξη των ξενοδοχειακών καταλυμάτων στην κατηγορία των πέντε αστέρων (5*), βάσει της με αριθμό 216/08.01.2015 (ΦΕΚ 10B'/2015) απόφασης της Υπουργού Τουρισμού. Αν, απαιτείτο να προσκομίζεται πιστοποιητικό από αρμόδια αρχή ή ανεξάρτητο οργανισμό, η διακήρυξη θα έπρεπε να το διατυπώνει ρητά. Και τούτο, διότι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημόσιων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Επομένως, δεν είναι, κατ' αρχήν, νόμιμος ο αποκλεισμός του λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών από τα προβλεπόμενα ή και επιπλέον δικαιολογητικών συμμετοχής που απαιτούνται από τη διακήρυξη ή από διατάξεις, στις οποίες αυτή δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στο διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣτΕ 632/2010, 1328/2008, ΕΑ ΣτΕ 79/2010). Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται από την προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, άλλωστε, δεν συνάγεται ότι για την απόδειξη πλήρωσης των τεχνικών και λειτουργικών προδιαγραφών που θέτει η ελληνική νομοθεσία, για την κατάταξη των ξενοδοχειακών καταλυμάτων στην κατηγορία των πέντε αστέρων (5*), βάσει της με αριθμό 216/08.01.2015 (ΦΕΚ 10B'/2015) απόφασης της Υπουργού Τουρισμού, απαιτείται ο εκδότης του αποδεικτικού εγγράφου που προσκομίζεται να έχει διεξάγει πιστοποίηση στο επικαλούμενο από το διαγωνιζόμενο ξενοδοχείο, κατά τους όρους της εν λόγω απόφασης. Με την ως άνω διευκρίνιση, εξάλλου, δεν διαφοροποιήθηκε ούτε η φύση, ούτε η προέλευση, ούτε ο εκδότης, αλλ' ούτε το περιεχόμενο των υποβαλλόμενων εγγράφων για την απόδειξη πλήρωσης του όρου 2.2.6 της διακήρυξης. Αντίθετα, διευκρινίζεται

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

ότι το κριτήριο τεχνικής ικανότητας πληροί και διαγωνιζόμενος που δεν προσκομίζει έγγραφο που αποδεικνύει ότι λειτουργεί ξενοδοχείο που έχει καταταγεί στην κατηγορία των πέντε (5) αστέρων, αλλά που αποδεικνύει ότι πληροί τις αντίστοιχες τεχνικές και λειτουργικές προδιαγραφές.

61. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα ένωση για την απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, με το φάκελο δικαιολογητικά συμμετοχής της υπέβαλε το από 30.09.2019 έγγραφο της «Mohegan Tribal Gaming Commission», με τίτλο «Certificate of Licensing Authority for the Entity Lending its Capacities: the Mohegan Tribal Gaming Authority» («Πιστοποιητικό της Αδειοδοτικής Αρχής για το Φορέα που Δανείζει τις Ικανότητές του: τη Mohegan Tribal Gaming Authority»), από το περιεχόμενο του οποίου προκύπτει ότι οι εγκαταστάσεις της Mohegan στο Uncasville, Connecticut, USA, μεταξύ των οποίων, το ξενοδοχείο αυτών, έχει τα χαρακτηριστικά που ορίζονται στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης. Ειδικότερα, δε στο ως άνω έγγραφο βεβαιώνεται ότι οι εγκαταστάσεις του ξενοδοχείου της Mohegan Sun πληρούν τις προδιαγραφές που θέτει η με αριθμό 216/08.01.2015 (ΦΕΚ 10Β'/2015) απόφαση της Υπουργού Τουρισμού, κατόπιν σχετικού ελέγχου που διενεργήθηκε ειδικά για τους σκοπούς συμμετοχής στον παρόντα διαγωνισμό από το υπεύθυνο προσωπικό για τη διοίκηση (management) και λειτουργία (operation) των ξενοδοχειακών εγκαταστάσεων, τα αποτελέσματα δε του ελέγχου αυτού επιβεβαιώνονται από τη «Mohegan Tribal Gaming Commission». Το περιεχόμενο του παραπάνω, εγγράφου, άλλωστε, αναφέρεται και στο πρακτικό με αριθμό 9/15-11-2019 της επιτροπής του διαγωνισμού, που, μεταξύ άλλων, εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΕΕΕΠ και δεν αμφισβητήθηκε από την προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή. Κατά το ως άνω πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, επιπλέον, προκύπτει, χωρίς αμφισβήτηση από την προσφεύγουσα, ότι η παρεμβαίνουσα ένωση υπέβαλε και τον Πίνακα που

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

προβλέπεται στον όρο 2.3.4 (θ) της διακήρυξης, συμπληρωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος V της διακήρυξης, στον οποίο περιγράφονται εγκαταστάσεις, μεταξύ των οποίων και το ξενοδοχείο, για το οποίο εκδόθηκε το πιο πάνω έγγραφο της «Mohegan Tribal Gaming Commission», με περιγραφόμενα χαρακτηριστικά, σε συμφωνία με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης ως προς την ανάπτυξη και τη λειτουργία. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω και όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, η παρεμβαίνουσα ένωση απέδειξε την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, όπως νόμιμα διευκρινίστηκε με τη με αριθμό 437/1/24.09.2019 Απόφαση της ΕΕΕΠ, σχετικά με την ανάπτυξη και λειτουργία ξενοδοχείου πέντε (5) αστέρων, με έγγραφα και δικαιολογητικά που πληρούσαν τις διατυπώσεις των όρων του άρθρου 2.4.3 (η) και (θ) της διακήρυξης. Όσα δε αντίθετα προβάλλονται από την προσφεύγουσα, σχετικώς με την ιδιότητα της «Mohegan Tribal Gaming Commission» και του τρόπου βεβαίωσης των τεχνικών και λειτουργικών απαιτήσεων του ξενοδοχείου της «Mohegan Tribal Gaming Authority» είναι απορριπτέα ως ερειδόμενα επί εσφαλμένης προϋπόθεσης και όσα σχετίζονται με την ταύτιση του υπογράφοντος το έγγραφο για τη «Mohegan Tribal Gaming Commission» με την προς ην εταιρεία εκδόθηκε είναι απορριπτέα ως αλυσιτελώς προβαλλόμενα. Για τους ίδιους λόγους, άλλωστε, και το από 04-12-2019 έγγραφο διευκρινίσεων της παρεμβαίνουσας, με τη συνημμένη σε αυτό σχετική γνωμοδότηση, σε σχέση με την νομική βάση της ρυθμιστικής αρμοδιότητας της Mohegan Tribal Gaming Commission στην πολιτεία του Connecticut, USA, καίτοι αποσαφηνίζει ότι η εκδούσα το έγγραφο οντότητα έχει αδειοδοτήσει τις επίμαχες εγκαταστάσεις, συμπεριλαμβανομένου του ξενοδοχείου και ασκεί ρυθμιστική εποπτεία στις εν λόγω εγκαταστάσεις, σε ζητήματα υγείας και ασφάλειας, εντούτοις εκ περισσού ζητήθηκε από την επιτροπή του διαγωνισμού και συνεπώς και αν δεν είχε υποβληθεί, η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

έπρεπε να γίνει δεκτή κατά τα άνω. Συνακόλουθα, απορριπτέος είναι και ο δέκατος πέμπτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

62. Επειδή, τέλος, με το δέκατο λόγο της προσφυγής της (κεφ. Ε. 3 σε συνδυασμό με τους σχετικούς ισχυρισμούς στο κεφ. Γ. 3), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ένωσης συνέτρεχε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, καθώς οι εκπρόσωποι της KLC, νομικού συμβούλου της ΕΕΕΠ επί της διαγωνιστικής διαδικασίας, πάσχουν από υποκειμενική μεροληψία υπέρ της ένωσης, λόγω της σχέσης που είχαν και διατηρούν με το μέλος της, ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ. Σε αντίκρουση των ως άνω ισχυρισμών η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα με παρόμοιους ισχυρισμούς και οι δύο υποστηρίζουν τα εξής: Η επικαλούμενη επαγγελματική σχέση δεν αφορά μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης, επομένως δεν πληροί τις προϋποθέσεις στοιχειοθέτησης της έννοιας της σύγκρουσης συμφερόντων (άρ. 35 παρ. 5 ν. 4412/2013). Επιπλέον, δεν αφορά κανένα από τα πρόσωπα του άρ. 35 παρ. 4 του ν. 4412/2016, αφού ο νομικός σύμβουλος της ΕΕΕΠ δεν είναι, ούτε μπορεί να εξομοιωθεί με μέλος ή προσωπικό οργάνων της αναθέτουσας, ούτε είναι αντικειμενικά σε θέση που μπορεί να επηρεάσει την κρίση της εκ του ρόλου του.

63. Επειδή, σχετικά με το δέκατο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, στο άρθρο 35 του ν. 4413/2016, με τίτλο «Καταπολέμηση της διαφθοράς και πρόληψη της σύγκρουσης συμφερόντων», με το οποίο ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 35 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, ορίζονται τα εξής: «1.Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα μέτρα: α) ... β) για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η διαφάνεια της διαδικασίας ανάθεσης και η ίση μεταχείριση όλων των

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

υποψηφίων και προσφερόντων. 2. Κατά τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται οι κανόνες των επομένων παραγράφων για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την άμεση θεραπεία συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, της κατάρτισης τευχών διαγωνισμού, της επιλογής υποψηφίων και προσφερόντων και της ανάθεσης της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. 3. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει τουλάχιστον κάθε κατάσταση στην οποία οι κατηγορίες προσώπων που αναφέρονται στην παράγραφο 4 έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοπιστωτικά, οικονομικά ή άλλα προσωπικά συμφέροντα τα οποία θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι θέτουν σε κίνδυνο την αμεροληψία και την ανεξαρτησία στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης παραχώρησης. 4. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων, ή/και β) τον υπό οποιαδήποτε ιδιότητα επικεφαλής και τα μέλη των οργάνων διοίκησης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α' και β', τα οποία: γα) εμπλέκονται στη διαδικασία σύναψης σύμβασης παραχώρησης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης παραχώρησης, ή/και γβ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της. 5. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή, σε περίπτωση που ο

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

υποψήφιος ή ο προσφέρων είναι ένωση οικονομικών φορέων, με οποιοδήποτε μέλος της ένωσης, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως: α) Η συμμετοχή προσώπου της παραγράφου 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης παραχώρησης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας. β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α' ή/και β' της παραγράφου 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου ενός οικονομικού φορέα, που επιτρέπουν στο μέλος αυτό να συμμετέχει στη διαχείριση των υποθέσεων του εν λόγω οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης παραχώρησης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας. γ) Η ύπαρξη κατά τη χρονική περίοδο, που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης παραχώρησης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε την παροχή εξηρημένης εργασίας είτε την εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή πώληση αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α' ή/και β' της παραγράφου 3, με έναν οικονομικό φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης παραχώρησης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας. 6. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στην παράγραφο 4 στοιχεία α' και β' υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της παραγράφου 4 στοιχείο γ', σε σχέση με οποιοδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που καθίστανται ενήμεροι για την εν λόγω σύγκρουση, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 7. Παράλληλα, οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης παραχώρησης. 7. Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας ενημερώνει αμέσως την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να περιλαμβάνουν την εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης σύμβασης παραχώρησης. Για την εξαίρεση του προηγούμενου εδαφίου εφαρμόζονται συμπληρωματικά προς τις διατάξεις του παρόντος άρθρου, οι παράγραφοι 4 και 5 του άρθρου 7 του Ν. 2690/1999 (Α' 45) για τις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του. 8. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να θεραπευθεί με άλλον τρόπο, ο σχετικός υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης παραχώρησης. 9. Όλες οι περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν και τα μέτρα που ελήφθησαν σύμφωνα με το παρόν άρθρο, τεκμηριώνονται σε χωριστή έκθεση, η οποία περιλαμβάνεται στο φάκελο της σύμβασης παραχώρησης του άρθρου 61 και αποστέλλεται στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 10. Στα συμβατικά τεύχη προβλέπεται ότι, αν διαπιστωθεί παράβαση των ως άνω υποχρεώσεων εκ μέρους του παραχωρησιούχου ή των νομίμων εκπροσώπων του ή τελεσίδικη καταδίκη του παραχωρησιούχου ή προσώπου που είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του παραχωρησιούχου ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου για λογαριασμό του παραχωρησιούχου για τα εγκλήματα της παραγράφου 4 και της παραγράφου 7 του άρθρου 39, και με την επιφύλαξη της εφαρμογής της παραγράφου 9 του άρθρου 39, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχει το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση παραχώρησης εις βάρος του παραχωρησιούχου.». Στην διακήρυξη του διαγωνισμού, εξάλλου, στο άρθρο 2.2.4., με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού», ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...2.2.4.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

στη διαδικασία σύναψης της Σύμβασης Διαγωνιζόμενος σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: ... δ) εάν μια κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 35 παρ. 3 του ν. 4413/2016 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα· ... 2.2.4.7. Διαγωνιζόμενος ή Μέλος αυτού που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 4 και 7 του άρθρου 39 του ν. 4413/2016 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. ...». Στο άρθρο 39, τέλος, του ν. 4413/2016, ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: « ... 7. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να αποκλείει από τη συμμετοχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα εάν πληρούται οποιαδήποτε από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ... γ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια της παραγράφου 3 του άρθρου 35 δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, ... 9. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 4 και 7 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε αποδεικνύουν επαρκώς την αξιοπιστία του, παρά την ύπαρξη του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία. ...».

64. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4413/2016 και των σχετικών με αυτές όρων της διακήρυξης, υπό το πρίσμα της νομολογίας του Ευρωπαϊκού και των Εθνικών Δικαστηρίων, τυχόν υφισταμένη σύγκρουση συμφερόντων ενέχει τον κίνδυνο καθορισμού της στάσης της αναθέτουσας αρχής με βάση εκτιμήσεις άσχετες με την επίμαχη σύμβαση και, εκ του λόγου αυτού και μόνο, να προτιμηθεί συγκεκριμένος διαγωνιζόμενος. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι αν ο μη επιλεγείς διαγωνιζόμενος προσκομίσει

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

αντικειμενικά στοιχεία που δημιουργούν αμφιβολίες ως προς την αμεροληψία οργάνου της αναθέτουσας αρχής, ακόμη και ορισθέντα από αυτήν πραγματοποιώμονα, εναπόκειται στην αναθέτουσα αυτήν αρχή να εξετάσει όλες τις κρίσιμες περιστάσεις, υπό τις οποίες ελήφθη η εκάστοτε κρίσιμη απόφαση, ώστε να προληφθεί, να εντοπισθεί ή ν' αντιμετωπισθεί η σύγκρουση συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένης, εφόσον κριθεί αναγκαίο, της δυνατότητας να ζητηθεί από τους εμπλεκόμενους να προσκομίσουν ορισμένα πληροφοριακά και αποδεικτικά στοιχεία [βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 12.3.2015, επί της υποθέσεως C-538/13 («eVigilo Ltd»)]. Από την γενική αρχή της διαφάνειας, έχει κριθεί, επιπλέον, ότι δεν απορρέει απόλυτη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ν' αποκλείει συστηματικά τους διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, εφόσον ο αποκλεισμός αυτός δεν δικαιολογείται στις περιπτώσεις που δεν είναι δυνατόν ν' αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή άσκησε επιρροή στη συμπεριφορά τους, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας και δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος να εμφανισθούν πρακτικές, ικανές να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων [βλ. συναφώς απόφαση του Δικαστηρίου της 3.3.2005 στην υπόθεση C-21/03 («Fabricom»), σκέψη 114 και σκέψεις 33 έως 36· βλ. ομοίως αποφάσεις της 19.5.2009, C-538/07 («Assitur»), σκέψεις 26 έως 30, καθώς και της 23.12.2009, C-376/08 («Serrantoni και Consorzio stabile edili»), σκέψεις 39 και 40]. Απεναντίας, αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο ν' αποκλείεται εξ αυτού και μόνο του λόγου μία τέτοια επιχείρηση από τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο ή επιχείρηση η δυνατότητα ν' αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις δεν επήλθε νόθευση του ανταγωνισμού (βλ. συναφώς σκέψεις 114 και 41-46 της αποφάσεως «Fabricom»). Κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν αποκλείεται διαγωνιζόμενος, και αν ακόμη στο πρόσωπό του συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, αν δεν αποδεικνύεται ότι η κατάσταση αυτή πράγματι νόθευσε τον ανταγωνισμό. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι οι ιδιότητες

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

και οι σχέσεις που συντρέχουν για ορισμένο νομικό πρόσωπο, το οποίο δεν συμμετέχει σε συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, δεν επιτρέπεται να αποδίδονται σε συνδεδεμένη εταιρεία ενόψει της αυτοτέλειας των νομικών προσώπων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 781/2007 σκ. 5, πρβλ. ΓενΔ Τ-457/10 - *Enropaiki Dynamiki κατά Επιτροπής* σκ. 54, ΔΕΕ C-538/07 – *Assitur* σκ. 30). Κατά συνέπεια, κοινό συμφέρον κατά την έννοια του άρθρου 35 παρ. 4 του ν. 4413/2016, πρέπει να συντρέχει με υποψήφιο ή προσφέροντα οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης και όχι με θυγατρική του εταιρεία ή με εταιρεία με την οποία ο υποψήφιος συνδέεται με άλλον τρόπο. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι δυνατότητα επηρεασμού συντρέχει όταν το πρόσωπο που συμπλέκεται με την αναθέτουσα αρχή είτε είναι μέλος του συλλογικού οργάνου της αναθέτουσας που λαμβάνει αποφάσεις σε μια διαδικασία ανάθεσης σύμβασης είτε υπάλληλος αρμόδιος για θέματα ανάθεσης της σύμβασης είτε όχι, πρέπει να είναι σε θέση να ασκήσει αποφασιστική επιρροή στις εκτιμήσεις της αναθέτουσας αρχής. Τούτο, δεν συντρέχει στις περιπτώσεις που το πόρισμα των οργάνων της αναθέτουσας είναι το αποτέλεσμα συλλογικής εργασίας και στηρίζεται σε μια σειρά διαπιστώσεων παρά στις υποκειμενικές κρίσεις ενός και μόνο μέλους (βλ. ΓενΔ Τ-198/17 - *ΕΚΕΤΑ κατά Επιτροπής* σκ. 57, ΕΑ ΣτΕ 22/2018 σκ. 12). Ομοίως, δεν συντρέχει όταν η βλαπτική απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν στηρίζεται στην υποκειμενική αξιολόγηση των στοιχείων μιας προσφοράς, όπως λόγου χάρη μπορεί να συμβαίνει κατά την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση μιας προσφοράς, αλλά αποτελεί δέσμια αρμοδιότητα, λόγω εφαρμογής των επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης. Επειδή, τέλος, η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων και όταν συντρέχει στο πρόσωπο διαγωνιζόμενου και δεν μπορεί να θεραπευτεί με άλλα πιο ήπια μέσα, δεν συνιστά άνευ ετέρου λόγο αποκλεισμού του προσώπου αυτού. Επιβάλλεται, προηγουμένως, να του δοθεί η δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

επίμαχος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του (πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 3^{ης} Οκτωβρίου 2019 στη υπόθεση C-267/2018 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA). Κατ' εφαρμογή, μάλιστα, της αρχής της αναλογικότητας, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να εξετάσει τα μέτρα αυτά και, στην περίπτωση που τα κρίνει επαρκή, δεν μπορεί να αποκλείσει το διαγωνιζόμενο για το λόγο αυτό και μόνο (πρβλ. ΔΕΕ υπόθεση C-41/18 Meca Srl, EA 274/2018, ΑΕΠΠ 1278/2019, σκ. 16).

65. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, δεν αποδεικνύεται ούτε ότι η δικηγορική εταιρεία KLC είχε και διατηρεί επαγγελματικό δεσμό με το μέλος της παρεμβαίνουσας ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ούτε ότι με την ιδιότητά της ως νομικού συμβούλου της ΕΕΕΠ επί της διαγωνιστικής διαδικασίας μπορούσε να ασκήσει ουσιώδη επιρροή στις αποφάσεις της ΕΕΕΠ κατά την αξιολόγηση του φακέλου των δικαιολογητικών των υποψηφίων, ούτε προκύπτει ότι άσκησε τέτοια επιρροή. Συγκεκριμένα, από την από 23-12-2019 επιστολή της δικηγορικής εταιρείας KLC και την από 17-12-2019 επιστολή της παρεμβαίνουσας που δεν αντικρούστηκαν αποδεδειγμένα από την προσφεύγουσα, η εν λόγω δικηγορική εταιρεία δεν εκπροσωπεί ούτε παρέχει νομικές υπηρεσίες στην εταιρεία ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ μετά την υπογραφή της σύμβασής της με την ΕΕΕΠ. Κατά το παρελθόν, παρείχε νομικές υπηρεσίες όχι αυτοτελώς στη ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, αλλά σε κοινοπραξία, μέλος της οποίας με μικρότερο του 50% ποσοστό ήταν αρχικά η ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, στο πλαίσιο της συμμετοχής της κοινοπραξίας στο διεθνή διαγωνισμό για το νέο αεροδρόμιο Ηρακλείου Κρήτης (Καστέλι), από την οποία κοινοπραξία η ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ αποχώρησε τον Οκτώβριο του 2016. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, δεν υποστηρίζει, ούτε προκύπτει ότι η KLC παρέσχε νομικές ή άλλες υπηρεσίες προς τη ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ ειδικά σε σχέση με τον επίδικο Διαγωνισμό, ούτε πριν ούτε και κατά την περίοδο της προετοιμασίας του, ούτε και πολύ περισσότερο μετά την υποβολή προσφορών. Ο ισχυρισμός, άλλωστε, της προσφεύγουσας

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

περί σύγκρουσης συμφερόντων λόγω της παροχής νομικών υπηρεσιών της KLC σε τρίτα νομικά πρόσωπα, που ανήκουν στον όμιλο της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, είναι απορριπτέος προεχόντως ως αόριστος, είναι όμως και αβάσιμος. Και τούτο, διότι δεν προβάλλεται συγκεκριμένα αν οι παρασχεθείσες υπηρεσίες παρέχονταν στις θυγατρικές εταιρείες της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ένεκα του τυχόν υπάρχοντος συμβατικού δεσμού της KLC με τη μητρική εταιρεία ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, ούτε οι σχέσεις που συντρέχουν στο πρόσωπο θυγατρικών εταιρειών της ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ, που δεν συμμετέχουν στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, επιτρέπεται να αποδίδονται στη ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ ΑΕ ενόψει της αυτοτέλειας των νομικών προσώπων (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 781/2007 σκ. 5, πρβλ. ΓενΔ Τ-457/10 - Ενγοραϊκή Dynamiki κατά Επιτροπής σκ. 54, ΔΕΕ C-538/07 – Assitur σκ. 30). Εξάλλου, ο νομικός σύμβουλος της ΕΕΕΠ για το διαγωνισμό δεν προκύπτει ότι μπορεί να εξομοιωθεί με κάποιο από τα πρόσωπα του άρ. 35 παρ. 4 του ν. 4413/2016. Όπως από τις απόψεις της ΕΕΕΠ προκύπτει, τα στελέχη της KLC παρείχαν τη γνώμη τους επί της ερμηνείας όρων της διακήρυξης στην επιτροπή του διαγωνισμού, όταν τους ζητήθηκε γνώμη και δεν συμμετείχαν σε καμία απόφαση της επιτροπής ή της ΕΕΕΠ, ούτε συμμετείχαν με γνώμη σε άλλα όργανα της διοίκησης ή ως μέλη ή ως προσωπικό των γνωμοδοτικών ή αποφασιστικών οργάνων της ΕΕΕΠ κατά την έννοια του άρ. 35 παρ. 4 του ν. 4413/2016. Άλλωστε, η Επιτροπή Διενέργειας του προκείμενου Διαγωνισμού συνιστά αυτοτελές και ανεξάρτητο όργανο, καθώς συγκροτήθηκε, κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 361 παρ. 9 του ν. 4512/2018, με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης, Οικονομικών και Τουρισμού, δεν τελεί δε σε ιεραρχική ή άλλη εξάρτηση από την από την ΕΕΕΠ, η οποία, ως διενεργούσα το διαγωνισμό Αρχή, παρέχει μόνον διοικητική υποστήριξη προς αυτήν. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα, είναι απορριπτέα ως αόριστα και αναπόδεικτα. Η προσβαλλόμενη απόφαση, τέλος, αφορά το πέρας του σταδίου ελέγχου και αξιολόγησης των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής των

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

διαγωνιζόμενων, συνεπώς δεν στηρίζεται σε πορίσματα υποκειμενικών κρίσεων των γνωμοδοτούντων οργάνων του διαγωνισμού, όπως ίσως να συνέβαινε αν αφορούσε την αξιολόγηση των φακέλων των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων. Όπως, μάλιστα, διαλαμβάνεται στις σκέψεις 21 – 35 της παρούσας ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας προήλθε εξαιτίας της μη συμμόρφωσής της με απαραίτατους επί ποινή απόρριψης όρους της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, η απόφαση της ΕΕΕΠ να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας δεν μπορεί αντικειμενικά να αποτελέσει προϊόν επιρροής του νομικού της συμβούλου, αφού αποτέλεσε δέσμια αρμοδιότητά της. Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως τυχόν άλλων πράξεων της αναθέτουσας αρχής προς θεραπεία της επικαλούμενης από την προσφεύγουσα σύγκρουσης συμφερόντων, αν υπήρχε, η κατάσταση αυτή, συνιστώσα λόγο αποκλεισμού για την παρεμβαίνουσα, δεν θα οδηγούσε άνευ ετέρου στον αποκλεισμό της. Θα έπρεπε προηγουμένως να της δοθεί η δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της και στην περίπτωση που η ΕΕΕΠ τα κρίνει επαρκή, δεν θα έπρεπε καθόλου να αποκλειστεί. Συνακόλουθα, πρέπει να απορριφθεί και ο δέκατος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

66. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

67. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης 10 / 2020

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με κωδικό 319625427950 0324 0008, που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) Ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 26 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 13 Μαρτίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

**Φώτιος Θεοδ. Κασιγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**

Κωνσταντίνος Πουρναράς