

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Οκτωβρίου 2024 με την εξής σύνθεση:
Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1019/2024 απόφαση του ... , την από 6.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1540/6.10.2023 Προδικαστική Προσφυγή της Κοινοπραξίας εταιρειών «...» που αποτελείται από α) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» ,που εδρεύει στον ... , Θέση ... , όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στα ... , κτίριο ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η «προσφεύγουσα»).

Κατά του "... " (εφεξής το «...»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά α) της από 28.09.2023 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... με θέμα «...» (εφεξής η «πρώτη προσβαλλόμενη») και β) της από 14.09.2023 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... με θέμα «...» (εφεξής η «δεύτερη προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων») που εδρεύει στη ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακηρύσσεται αυτός ως Προτιμητέος Επενδυτής.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, ως κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 1737/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... την από 5.10.2023 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, το ... είναι ... εταιρεία που ιδρύθηκε με το ν. 3986/2011, το μετοχικό κεφάλαιο της οποίας ανήκει στο σύνολό του στην εταιρεία με την επωνυμία «...» η οποία ανήκει εξ ολοκλήρου στο ... , και συστάθηκε με σκοπό την αξιοποίηση των περιουσιακών στοιχείων της ιδιωτικής περιουσίας του ... , καθώς και ... και ... επιχειρήσεων, το μετοχικό κεφάλαιο των οποίων ανήκει εξ ολοκλήρου, άμεσα ή έμμεσα, στο ... προκειμένου να επιτευχθούν οι στόχοι των εσόδων, κατά το ν. 3986/2011, με τον οποίο εγκρίθηκε το «...». Ειδικότερα, δυνάμει της υπ' αριθμ. ... /05.11.2012 απόφασης της ... , το ... μεταβίβασε άνευ ανταλλάγματος στο ... μετοχές που αντιστοιχούν σε ποσοστό 100% του μετοχικού κεφαλαίου της ... εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «...»). Εν συνεχεία, το ... με την από 27.10.2022 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ενέκρινε την προκήρυξη διεθνούς διαγωνιστικής διαδικασίας σε δύο φάσεις για την πώληση και μεταβίβαση μετοχών που θα αντιστοιχούν σε πλειοψηφικό μερίδιο συμμετοχής ποσοστού τουλάχιστον 67% του μετοχικού κεφαλαίου του Προς τον σκοπό αυτό εκδόθηκε η από 2.11.2022 Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος του ..., η οποία δημοσιεύθηκε στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 7.11.2022 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), ομοίως, στις 7.11.2022. Επισημαίνεται ότι ο διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1737/2023 απόφαση η ΕΑΔΗΣΥ έκρινε ότι στερείται αρμοδιότητας να εξετάσει τη με ΓΑΚ 1540/2023 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας κατά των προσβαλλόμενων ως άνω αποφάσεων, διότι η υπό ανάθεση σύμβαση που αφορά την πώληση των μετοχών του ... στο πλαίσιο της διαδικασίας ιδιωτικοποίησής του δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων των νόμων 4412/2016 και 4413/2016. Κατά της εν λόγω απόφασης, η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση ακύρωσης-

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

αναστολής ενώπιον του ... , το οποίο με την υπ' αριθμ. .../2024 απόφασή του έκρινε ότι «η ένδικη διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4413/2016, οι οποίες ρυθμίζουν τη διαδικασία ανάθεσης και τροποποίησης των συμβάσεων παραχώρησης που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς και, συνεπώς, για την επίλυση της κρινόμενης διαφοράς έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016» και ανέπεμψε την υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ, προκειμένου να εξετάσει εκ νέου την προδικαστική προσφυγή.

4. Επειδή, το άρθρο 361 του νόμου 4412/2016 "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 147 και διόρθωση σφαλμάτων ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" που διέπει τον ένδικο διαγωνισμό ορίζει ότι : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. ...». Ως δε έχει κριθεί, η προδικαστική προσφυγή ασκείται εντός της τασσομένης, κατά περίπτωση, δεκαήμερης ή δεκαπενθήμερης προθεσμίας, η οποία κινείται είτε από την επομένη της κοινοποίησης στον ενδιαφερόμενο της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης είτε από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο τελευταίος λαμβάνει πλήρη γνώση αυτής (βλ. ΣτΕ ΕΑ 56/2020). Για να υπάρχει δε η κατά τα ανωτέρω «πλήρης, πραγματική ή τεκμαιρόμενη» γνώση της βλαπτικής πράξης, απαιτείται, όλα τα πρωτογενή δεδομένα, έγγραφα, στοιχεία, γεγονότα ή καταστάσεις, που συγκροτούν το αντικείμενο της γνώσης για την ύπαρξη, τη φύση και το περιεχόμενο της πράξεως να είναι στο σύνολό τους και με τέτοιο ειδικό και άμεσο τρόπο υπόψη του ενδιαφερομένου, ώστε να έχουν περιέλθει πλήρως στη σφαίρα της αντίληψής του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 62/2020). Εξάλλου, ως πλήρη γνώση νοείται η γνώση τόσο της βλαπτικής

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

πράξης, όσο και της αιτιολογίας της, όπως προκύπτει από την ίδια και τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣτΕ ΕΑ 62/2020).

5. Επειδή, καταρχάς, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα ως προς την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη, καθόσον κατατέθηκε στις 6.10.2023 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ. Περαιτέρω, ως προς την δεύτερη προσβαλλόμενη πράξη, θα πρέπει να επισημανθεί ότι την 14.09.2023 κοινοποιήθηκε από το ... στον προσφεύγοντα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η με αριθμ. πρωτ. .../14.09.2023 επιστολή του ... περί γνωστοποίησης της από 14.09.2023 απόφασης του ... περί αξιολόγησης των Φακέλων Α΄ των δεσμευτικών προσφορών. Ειδικότερα, στην εν λόγω επιστολή απλώς παρατίθενται οι προσφορές που υποβλήθηκαν καθώς και οι οικονομικοί φορείς που ανακηρύχθηκαν Προκριθέντες Επενδυτές, χωρίς όμως να κοινοποιηθεί αυτούσιο απόσπασμα της από 14.09.2023 απόφασης του ... Επισημαίνεται ότι στο σώμα της εν λόγω απόφασης αναφέρονται όλα τα κρίσιμα έγγραφα/δεδομένα που έλαβε υπόψιν το ... για τη διαμόρφωση της κρίσης του, όπως γνωμοδοτήσεις/ εισηγήσεις συμβούλων, υπηρεσιακά σημειώματα και διευκρινίσεις, στοιχεία τα οποία δεν κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα, η οποία την 15.09.2023 έλαβε γνώση μόνο του περιεχομένου των φακέλων Α΄ των δεσμευτικών προσφορών, ως προκύπτει από το σχετικό Πρακτικό. Ενόψει τούτου, η προσφεύγουσα αιτήθηκε από το ..., την 20.09.2023, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, τη χορήγηση σχετικού αντιγράφου της δεύτερης προσβαλλόμενης πράξης, όμως το ... με το από 21.09.2023 ηλεκτρονικό του μήνυμα απάντησε αρνητικά. Ως δε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου η προσφεύγουσα έλαβε, εν τέλει, αντίγραφο της από 14.09.2023 απόφασης του ... την 25.10.2023, οπότε και απέκτησε πλήρη γνώση της δεύτερης προσβαλλόμενης πράξης. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, εν προκειμένω, η ως άνω παράλειψη κοινοποίησης από το ... αντιγράφου της από 14.09.2023 απόφασής του είχε ως αποτέλεσμα τη μη εκκίνηση της προθεσμίας προσβολής της (βλ. ΣτΕ 288/2020), εφόσον δε η προσφεύγουσα, επιδεικνύοντας, ως διαγωνιζόμενη, την απαιτούμενη επιμέλεια και το εύλογο ενδιαφέρον, υπέβαλε εγκαίρως αίτημα χορήγησης αντιγράφου της από 14.09.2023 απόφασης, της οποίας έλαβε γνώση την

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

25.10.2023, δεν τεκμαίρεται πλήρης γνώση της επίμαχης απόφασης σε χρόνο που θα καθιστούσε εκπρόθεσμη την άσκηση κατ' αυτής της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από το ... και τον παρεμβαίνοντα θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Άλλωστε, η από 21.09.2023 έγγραφη γνωστοποίηση της άρνησης του ... να κοινοποιήσει στην προσφεύγουσα αντίγραφο της δεύτερης προσβαλλόμενης πράξης συνεπάγεται την εκκίνηση δεκαπενθήμερης προθεσμίας προβολής της σχετικής παράλειψης, ζήτημα το οποίο όμως δεν τίθεται στην υπό εξέταση προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα δεν βάλλει κατά της παράλειψης του ... να της χορηγήσει αντίγραφο της από 14.09.2023 απόφασης, αν και επικαλείται σχετική δικονομική της βλάβη, ενώ αλυσιτελώς και προδήλως αβασίμως η προσφεύγουσα στο υπόμνημα προβάλλει ότι, λόγω της άρνησης χορήγησης αντιγράφου της δεύτερης προσβαλλόμενης πράξης, η προθεσμία προβολής της από 14.09.2023 απόφασης ταυτίζεται/ισοδυναμεί με την προβλεπόμενη δεκαπενθήμερη προθεσμία προβολής της παράλειψης κοινοποίησης της.

6. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε στην ΕΑΔΗΣΥ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, την 19.10.2023, ήτοι εμπροθέσμως ενόψει της από 10.10.2023 κοινοποίησης από το ... της προσφυγής, την παρέμβασή του επί αυτής, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει ανακηρυχθεί Προτιμητέος Επενδυτής.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στις 30.10.2024, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις του ... κοινοποιήθηκαν στις 25.10.2023, υπέβαλε στην ΕΑΔΗΣΥ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, υπόμνημα επί των απόψεων και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

8. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 30.10.2024, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις του ... κοινοποιήθηκαν στις 25.10.2023, υπέβαλε στην ΕΑΔΗΣΥ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

9. Επειδή, το ... στις 10.11.2023 υπέβαλε στην ΕΑΔΗΣΥ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, συμπληρωματικές απόψεις, οι οποίες δεν λαμβάνονται υπόψιν από το Κλιμάκιο, δοθέντος ότι δεν προβλέπεται σχετική δυνατότητα σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο. Ομοίως, για τον ίδιο λόγο δεν λαμβάνεται υπόψιν από το Κλιμάκιο αφενός μεν το από 18.10.2024 συμπληρωματικό υπόμνημα του παρεμβαίνοντος, αφετέρου το από 23.10.2024 συμπληρωματικό υπόμνημα του ...

10. Επειδή, κατά την Α΄ Φάση της Διαγωνιστικής Διαδικασίας υπεβλήθησαν φάκελοι εκδήλωσης ενδιαφέροντος από οκτώ συνολικώς οικονομικούς φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων. Με την από 30.03.2023 απόφαση του ... κρίθηκε ότι όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια προεπιλογής, προκειμένου να μετάσχουν στη Β΄ Φάση της Διαγωνιστικής Διαδικασίας. Ακολούθως, με την από 24.04.2023 Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών κλήθηκαν οι Προεπιλεγέντες Επενδυτές να μετάσχουν στη Β΄ Φάση της Διαγωνιστικής Διαδικασίας. Τελικώς, υπεβλήθησαν δεσμευτικές προσφορές από τέσσερις Προεπιλεγέντες Επενδυτές, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων. Μετά τον έλεγχο της πληρότητας και την αξιολόγηση των Φακέλων Α΄ των δεσμευτικών προσφορών, το ... με την από 14.09.2023 πρώτη προσβαλλόμενη απόφασή του έκρινε ότι προκρίνονται όλες οι προσφορές και με την από 28.09.2023 δεύτερη προσβαλλόμενη απόφασή του ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων ως Προτιμητέος Επενδυτής και η προσφεύγουσα ως Επιλαχών Προτιμητέος Επενδυτής.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του εν θέματι διαγωνισμού της οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατετάγη δεύτερη στον πίνακα πλειοδοσίας, θεμελιώνει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των προσβαλλόμενων πράξεων ως βλαπτόμενη, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Το δε ειδικότερο έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας περί προβολής των επιμέρους λόγων κατά των προσβαλλόμενων πράξεων είναι

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

εξεταστέο, εν συνεχεία, κατά την αντιμετώπιση των οικείων λόγων που προβάλλει η προσφεύγουσα.

12. Επειδή, το άρθρο 6 του ν. 4413/2016 ορίζει ότι : « ... 2.Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς επιδιώκουν τη διασφάλιση διαφάνειας στη διαδικασία ανάθεσης και στην εκτέλεση της σύμβασης, τηρώντας παράλληλα το άρθρο 27. 3.Οι διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης του παρόντος νόμου υπόκεινται επίσης στην τήρηση των αρχών της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ίσης μεταχείρισης και μη διάκρισης, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

13. Επειδή, το άρθρο 35 του ν. 4413/2026 ορίζει ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα μέτρα: α) για την καταπολέμηση της απάτης, της ευνοιοκρατίας και της διαφθοράς και 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 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`

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

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 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. [...] 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 οποιονδήποτε 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

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

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 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 εμπíπτουν 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...». Επειδή, κατά πάγια αρχή του ενωσιακού δικαίου, στο πλαίσιο ενός συστήματος διεξαγωγής των διαδικασιών δημοσίων συμβάσεων που εξασφαλίζει την ίση μεταχείριση ως προϋπόθεση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, έπεται ότι το σύνολο των μετεχόντων θα πρέπει να διαθέτουν ίσες ευκαιρίες όταν διατυπώνουν τους όρους των προσφορών τους και επομένως συνεπάγεται ότι ισχύουν οι ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζομένους (ΠΕΚ, Τ-345/03 *Ενρωπαϊκή Δυναμική v Commission (CORDIS)* σκ. 143 και Τ-86/09 *Ενρωπαϊκή Δυναμική v Commission* σκ. 61). Άρα, ένα τέτοιο σύστημα αποτελεσματικού ανταγωνισμού δύναται να διασφαλισθεί μόνο μέσω της εξασφάλισης ίσων ευκαιριών μεταξύ των οικονομικών φορέων σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, από την προετοιμασία υποβολής προσφοράς έως και την αξιολόγηση αυτής (ΔΕΕ, C-202/88 *France v Commission* σκ. 51, C-462/99 *Connect Austria* σκ.

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

83, ΠΕΚ, T-250/05 *Enropaïki Dynamiki* σκ. 46). Συνεπώς, οι αναθέτουσες έχουν μια σαφή υποχρέωση αποφυγής και πρόληψης συνθηκών σύγκρουσης συμφερόντων με αποτέλεσμα αν λάβει χώρα τέτοια αποκάλυψη σύγκρουσης συμφερόντων σε οιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας να υποχρεούται η αναθέτουσα να καταρτίσει και να λάβει, με όλη την απαιτούμενη επιμέλεια και βάσει όλων των δυναμένων να ασκήσουν επιρροή στοιχείων, την απόφασή της σχετικά με τη συνέχεια της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως. Η παραπάνω υποχρέωση δύναται να λάβει διαφορετική ανά περίπτωση μορφή, αναλόγως του περιεχομένου και των περιστάσεων της κάθε υπόθεσης, σε κάθε όμως περίπτωση πρέπει να προσανατολίζεται στην πρόληψη παραβιάσεων της ίσης μεταχείρισης. Περαιτέρω, η αναθέτουσα οφείλει να δρα προληπτικά, υπό την έννοια ότι πρέπει να λαμβάνει κάθε αναγκαίο και κατάλληλο μέτρο, ώστε μια αντικειμενική συνθήκη που δημιουργεί μια καταρχήν αμφιβολία, να μην τραπή σε απτή και τελεσθείσα ζημία επί του ανταγωνισμού και αληθή εύνοια υπέρ συγκεκριμένου μετέχοντος. Ωστόσο, ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζόμενου σε μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αναγκαίος, όταν δεν υπάρχει καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης του διαγωνιζομένου και της διαφάνειας (απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 12ης Μαρτίου 2008, υπόθεση T-345/03, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, σκ. 71 επ., ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-538/07, ό.π., σκ.21 και απόφαση στην υπόθεση C- 376/08, ό.π., σκ.39 & 40). Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί (βλ. ΣΤΕ 1819/2020), από την γενική αρχή της διαφάνειας, δεν απορρέει και απόλυτη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ν' αποκλείει συστηματικά τους διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση συγκρούσεως συμφερόντων, εφ' όσον ο αποκλεισμός αυτός δεν δικαιολογείται στις περιπτώσεις που δεν είναι δυνατόν ν' αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή άσκησε επιρροή στην 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 ΔΕΕ 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 επιχείρηση από την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να παρέχεται σ' αυτήν η δυνατότητα ν' αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, δεν επήλθε νόθευση του ανταγωνισμού (βλ. συναφώς σκέψεις 114 και 41-46 της αποφάσεως «Fabricom» και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 σκ. 9). Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή οφείλει α) να λάβει υπόψη της καταγγελία από άλλο οικονομικό φορέα περί συνδρομής κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο ανταγωνιστή του, εφ' όσον υφίστανται εύλογες αμφιβολίες, δηλαδή χωρίς να είναι ανάγκη να αποδειχθεί η ύπαρξη τέτοιας κατάστασης, καθώς και της υποκειμενικής συμπεριφοράς του ανταγωνιστή από τον καταγγέλλοντα, β) να προβεί στην διερεύνησή της, συλλέγοντας τα αναγκαία στοιχεία από τους εμπλεκόμενους οικονομικούς φορείς, γ) να διαμορφώσει αιτιολογημένη κρίση ως προς την ύπαρξη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, δ) να μην αποκλείσει, άνευ ετέρου, τον ανταγωνιστή, στον οποίο αφορά η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων δα) προτού να του δώσει την ευκαιρία να αποδείξει ότι η κατάσταση αυτή δεν άσκησε επιρροή στην συμπεριφορά των διαγωνιζομένων στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας και ότι δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος να εμφανισθούν πρακτικές, ικανές να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ τους και δβ) εάν υπάρχει άλλη, πέραν του αποκλεισμού, καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας.

14. Επειδή, το άρθρο 39 του ν. 4413/2016 ορίζει ότι : « ... 7. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να αποκλείει από τη συμμετοχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα εάν πληρούνται 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, ...8. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς αποκλείουν ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οικονομικό φορέα, εφόσον διαπιστωθεί ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται, λόγω πράξεων που διαπράχθηκαν ή παραλείφθηκαν είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις 4 ή 5 ή 7...».

15. Επειδή, στην από 2.11.2022 Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την απόκτηση πλειοψηφικού μεριδίου συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο του ... ορίζεται ότι : « 3.5 [...] Οι Προεπιλεγέντες Επενδυτές θα ενημερωθούν εγγράφως για την προεπιλογή τους και θα προσκληθούν να συμμετάσχουν στη Β' Φάση. Οι Ενδιαφερόμενοι που δεν θα προεπιλεγούν θα ενημερωθούν εγγράφως για τους λόγους αποκλεισμού τους. [...]4.2.2 Κριτήρια Προσωπικής Κατάστασης [...] Ενδιαφερόμενος αποκλείεται από τη Διαγωνιστική Διαδικασία εάν οποτεδήποτε κατά τη διάρκεια της Διαγωνιστικής Διαδικασίας αποδειχθεί ότι ο Ενδιαφερόμενος, ή σε περίπτωση Κοινοπραξίας, οποιοδήποτε από τα Μέλη Κοινοπραξίας βρίσκεται σε μία από τις ακόλουθες καταστάσεις: (ε) σε περίπτωση κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, κατά την έννοια του άρθρου 35 του Νόμου περί ανάθεσης και εκτέλεσης Συμβάσεων Παραχώρησης, η οποία δεν δύναται να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, [...]Ενδιαφερόμενος που εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται ανωτέρω (εξαιρουμένης της περίπτωσης που αναφέρεται στο στοιχείο (β) ανωτέρω) δύναται να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε αποδεικνύουν επαρκώς την αξιοπιστία του, παρά την ύπαρξη του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Εάν τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία κριθούν από το ... επαρκή, ο Ενδιαφερόμενος (και προς αποφυγή αμφιβολιών, σε περίπτωση Μέλους Κοινοπραξίας, η Κοινοπραξία), δεν αποκλείεται από τη Διαγωνιστική Διαδικασία...5.3 ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ Η Επιστολή Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος πρέπει να συνοδεύεται από τα δικαιολογητικά έγγραφα που παρατίθενται και προσδιορίζονται στις παραγράφους 1 και 2 του Παραρτήματος Α (τα «Δικαιολογητικά Έγγραφα»). [...]ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α – ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΗΣ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ 1. ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΡΟΣΩΠΙΚΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Μεμονωμένος Ενδιαφερόμενος που είναι Εταιρική Οντότητα πρέπει να υποβάλει τα ακόλουθα : 1.1 ΕΤΑΙΡΙΚΕΣ ΟΝΤΟΤΗΤΕΣ [...] 2. Έγγραφα που αποδεικνύουν την τρέχουσα νόμιμη εκπροσώπηση του Ενδιαφερόμενου (π.χ. Διευθύνοντες Σύμβουλοι, Εκτελεστικοί Διευθυντές, Διαχειριστές, Συνδιαχειριστές κ.λπ. ή μέλη οποιωνδήποτε σχετικών διοικητικών ή αρμόδιων εταιρικών οργάνων), εκδοθέντα εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών πριν από την Ημερομηνία Υποβολής. 1.4 ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΕΣ Σε περίπτωση Κοινοπραξίας, η Κοινοπραξία υποβάλει τα

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

Δικαιολογητικά Έγγραφα, δηλώσεις και αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στις παραγράφους 1.1, 1.2 και / ή 1.3 (όπως προσήκει) του Παραρτήματος Α για κάθε Μέλος Κοινοπραξίας...7. Ένορκη βεβαίωση εκδοθείσα εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών πριν από την Ημερομηνία Υποβολής ή, στις χώρες που δεν προβλέπεται τέτοια ένορκη βεβαίωση, υπεύθυνη δήλωση εκδοθείσα εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών πριν από την Ημερομηνία Υποβολής και πιστοποιούμενη από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή ή συμβολαιογράφο ή αρμόδιο επαγγελματικό ή εμπορικό οργανισμό σύμφωνα με το δίκαιο της χώρας σύστασης / εγκατάστασης (ανάλογα με την περίπτωση) της ... Οντότητας, υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο της ... Οντότητας, στην οποία αναφέρεται ότι έως την ημερομηνία υπογραφής της βεβαίωσης / δήλωσης, ο Ενδιαφερόμενος πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις που αναφέρονται στα στοιχεία (i) έως (iv) κατωτέρω (σύμφωνα με το Υπόδειγμα 1 του Παραρτήματος Β), και έχουν ως εξής: [...] (iii) Δεν υφίσταται κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του Άρθρου 35 του Νόμου περί ανάθεσης και εκτέλεσης Συμβάσεων Παραχώρησης, όπως ισχύει ».

16. Επειδή, στην από 24.04.2023 Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών για την απόκτηση πλειοψηφικού μεριδίου συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο του ... ορίζεται ότι : «...3.7.1 Στους Προεπιλεγέντες Επενδυτές θα διατεθεί σχέδιο ... και σχέδιο ... σε σχέση με τη Συναλλαγή και θα έχουν τη δυνατότητα να υποβάλουν τα σχόλιά τους επί των εν λόγω σχεδίων το αργότερο έως την ημερομηνία που αναφέρονται στην Ενότητα 3.1 της παρούσας, ...4.2.3 Υπενθυμίζεται ότι τα Κριτήρια Προσωπικής Κατάστασης και το Κριτήριο Χρηματοοικονομικής Ικανότητας πρέπει να πληρούνται, σωρευτικά, καθ' όλη τη διάρκεια της Διαγωνιστικής Διαδικασίας.

ΕΝΟΤΗΤΑ 6. ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΚΑΙ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ Το μοναδικό κριτήριο για την αξιολόγηση των Προσφορών είναι οι οικονομικά ευνοϊκότεροι όροι. Το ... θα θεωρήσει το υψηλότερο Τίμημα που προσφέρεται από Προεπιλεγέντα Επενδυτή στο πλαίσιο της Οικονομικής Προσφοράς του (συμπεριλαμβανομένης, προς αποφυγή αμφιβολιών, οποιασδήποτε Βελτιωμένης Οικονομικής Προσφοράς), σύμφωνα με τις διατάξεις που προβλέπονται στην παρούσα, ως την οικονομικά ευνοϊκότερη Προσφορά και θα καθορίσει τον Προτιμητέο Επενδυτή επί αυτής της βάσης. Προς αποφυγή

αμφιβολιών και σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον όρο 8.9 της παρούσας, αναφέρεται ρητά ότι το ... δε θα υποχρεούται να προβεί στη Συναλλαγή εάν καμία από τις Προσφορές δεν προσφέρει Τίμημα που να θεωρείται ικανοποιητικό από το ... κατά την απόλυτη κρίση του. [...] 6.1.5 Κατόπιν του ελέγχου των πληροφοριών που περιέχονται στον Φάκελο Α κάθε υποβληθείσας Προσφοράς και/ή οποιωνδήποτε διευκρινίσεων ή συμπληρωματικών πληροφοριών ή εγγράφων όπως ζητήθηκαν από το ... σύμφωνα με την Ενότητα 6.1.4 ανωτέρω, το διοικητικό συμβούλιο του ... θα αποφασίσει ποια(-ες) Προσφορά(-ές) προκρίνεται(-ονται) στο δεύτερο στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης (οι «Προκριθέντες Επενδυτές») και όλοι Προεπιλεγέντες Επενδυτές θα ενημερωθούν εγγράφως για το εάν έχουν προκριθεί στο δεύτερο στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης, σύμφωνα με το άρθρο 44 του Νόμου περί ανάθεσης και εκτέλεσης Συμβάσεων Παραχώρησης. [...] 6.2.3 Κατόπιν του ελέγχου των πληροφοριών που περιέχονται στη Φάκελο Β, το ... θα καταρτίσει πίνακα στον οποίο θα αναφέρεται η κατάταξη των αντίστοιχων Προκριθέντων Επενδυτών, κατά αντίστροφη σειρά ανά προσφερόμενο Τίμημα (ώστε το υψηλότερο Τίμημα θα κατατάσσεται πρώτο και το χαμηλότερο Τίμημα θα κατατάσσεται τελευταίο). 6.2.4 Το ... δύναται να προσκαλέσει όλους ή μέρος των Προκριθέντων Επενδυτών (ή τον Προκριθέντα Επενδυτή) να συμμετάσχει σε κλειστή διαδικασία, προκειμένου να βελτιώσουν τις Οικονομικές Προσφορές τους (η «Διαδικασία Υποβολής Βελτιωμένων Οικονομικών Προσφορών») με σκοπό να μεγιστοποιηθεί το ύψος του Τιμήματος. [...] 6.2.7 Προτιμητέος Επενδυτής 6.2.7.1 Μετά τον έλεγχο των πληροφοριών που περιέχονται στον Φάκελο Β και την ολοκλήρωση της Διαδικασίας Υποβολής Βελτιωμένων Οικονομικών Προσφορών, εφόσον εφαρμόζεται, το διοικητικό συμβούλιο του ... θα καταρτίσει τον τελικό πίνακα, στον οποίο θα αναφέρεται η κατάταξη των αντίστοιχων Προκριθέντων Επενδυτών, κατά αντίστροφη σειρά ανά προσφερόμενο Τίμημα (ώστε το υψηλότερο Τίμημα θα κατατάσσεται πρώτο και το χαμηλότερο Τίμημα θα κατατάσσεται τελευταίο) και εν συνεχεία θα ανακηρύξει τον Προκριθέντα Επενδυτή με την καλύτερη κατάταξη ως τον προτιμητέο επενδυτή στο πλαίσιο της Συναλλαγής (ο «Προτιμητέος Επενδυτής») και, με την επιφύλαξη της Ενότητας 6.2.8 κατωτέρω, τους Προκριθέντες Επενδυτές με τη δεύτερη και τρίτη καλύτερη κατάταξη ως

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

Επιλαχόντα Προτιμητέο Επενδυτή και Δεύτερο Επιλαχόντα Προτιμητέο Επενδυτή αντίστοιχα. Όλοι οι Προκριθέντες Επενδυτές θα ενημερωθούν εγγράφως σε σχέση με τον τελικό πίνακα κατάταξης και την ανακήρυξη του Προτιμητέου Επενδυτή και των Επιλαχόντων Προτιμητέων Επενδυτών, εάν υπάρχουν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 44 του Νόμου περί ανάθεσης και εκτέλεσης Συμβάσεων Παραχώρησης».

17. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχουν εμφιλοχωρήσει στη διαγωνιστική διαδικασία παρατυπίες, οι οποίες παραβιάζουν ευθέως τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, προκαλώντας στρέβλωση του ανταγωνισμού. Και τούτο διότι, συνέτρεχε στο πρόσωπο του ..., εκτελεστικού μέλους του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 35 ν. 4413/2016, καθώς το εν λόγω πρόσωπο μετείχε συγχρόνως και στο Διοικητικό Συμβούλιο του παρεμβαίνοντος, η δε θεραπεία των ανωτέρω επιβάλλει -αν όχι τον αποκλεισμό, πάντως- τον ενδελεχή εκ μέρους του ... έλεγχο του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, κατά την διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ουδέποτε γνωστοποιήθηκε στους λοιπούς συμμετέχοντες του διαγωνισμού τόσο το γεγονός της συνδρομής κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, όσο και η ύπαρξη αιτιολογημένης κρίσης περί αποκλεισμού ή μη του εμπλεκόμενου και συμμετέχοντος στην διαγωνιστική διαδικασία οικονομικού φορέα ή των επανορθωτικών μέτρων προς άρση της σύγκρουσης αυτής, παρά το γεγονός ότι η τοποθέτηση του προσώπου που μετέχει στην διοίκηση τόσο του ... όσο και του παρεμβαίνοντος χρονικά συμπίπτει με την παράταση της προθεσμίας ολοκλήρωσης της Α' Φάσης της Διαδικασίας Αξιοποίησης. Επίσης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν έχει προηγηθεί κάποια γνωστοποίηση προς την ΕΑΔΗΣΥ και δεν διενεργήθηκε οποιοσδήποτε έλεγχος της υπόθεσης από το ... για το γεγονός ότι το ίδιο φυσικό πρόσωπο που μετέχει ως εκτελεστικό μέλος στο Διοικητικό Συμβούλιο του ... ορίσθηκε κατά την διάρκεια του διαγωνισμού και μέλος της διοίκησης του παρεμβαίνοντος. Τούτο είχε ως αποτέλεσμα η ανακήρυξη Προτιμητέου Επενδυτή από το ..., χωρίς να έχει προηγουμένως ελεγχθεί η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, στην οποία έχει περιέλθει κατά την διάρκεια του διαγωνισμού ο παρεμβαίνων να συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, άλλως απόφαση

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

πλημμελώς αιτιολογημένη, και πάντως αντίθετη στις διατάξεις των άρθρων 35 και 39 του ν. 4413/2016.

18. Επειδή, με την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επιδιώκεται η εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφ' ενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφ' ετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας, σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια προβολής των λόγων, ήτοι, λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 65/2012, 245/2011, 305/2011).

19. Επειδή, εν προκειμένω, η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία διαρθρώθηκε σε δυο φάσεις, ήτοι την Α' Φάση, η οποία διεξήχθη σύμφωνα με τα οριζόμενα στην από 2.11.2022 Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος και τη Β' Φάση, η οποία διενεργήθηκε ως περιγράφεται στην από 24.04.2023 Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών. Κατά την Α' Φάση ζητήθηκε από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς η υποβολή διαφόρων δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως έγγραφα περί της νόμιμης εκπροσώπησής τους, προκειμένου να ελεγχθεί η προσωπική τους κατάσταση καθώς και η τεχνική ικανότητα και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Ειδικότερα, το άρθρο 4.2.2(ε) της από 2.11.2022 Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος ορίζει ότι ο συμμετέχων αποκλείεται εάν οποτεδήποτε κατά τη διάρκεια της διαγωνισμού αποδειχθεί ότι βρίσκεται σε περίπτωση κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, κατά την έννοια του άρθρου 35 του ν. 4413/2016, η οποία δεν δύναται να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα. Επισημαίνεται ότι, ως προβλέπεται στο ίδιο άρθρο, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος εμπίπτει στην ανωτέρω κατάσταση δεν επέρχεται αυτόματα ο αποκλεισμός του αλλά δύναται να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε αποδεικνύουν την αξιοπιστία του, οπότε το ... οφείλει να διατυπώσει

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

αιτιολογημένη κρίση περί της επάρκειας ή μη των υποβληθέντων στοιχείων. Η Α΄ Φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας περατώνεται, κατά τον όρο 3.5 της από 2.11.2022 Πρόσκλησης, με την έκδοση απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... περί αξιολόγησης των υποβληθέντων Εκδηλώσεων Ενδιαφέροντος, για την οποία ενημερώνονται όλοι οι ενδιαφερόμενοι, προεπιλεγέντες ή μη. Ακολουθώντας, στη Β΄ Φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι προεπιλεγέντες, καταρχάς, λαμβάνουν γνώση όλων των εγγράφων και πληροφοριών του διαγωνισμού, δια της πρόσβασης στην ... (...) καθώς και των αρχικών σχεδίων της Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών και της Συμφωνίας Μετόχων, εν συνεχεία, συμμετέχουν στη διαδικασία σχολιασμού αυτών αλλά και της υφιστάμενης Σύμβασης Παραχώρησης, ενώ, μετά τη διάθεση των τελικών σχεδίων Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών, Συμφωνίας Μετόχων και Σύμβασης Παραχώρησης, υποβάλλουν προσφορά, η οποία αποτελείται από τους Φακέλους Α΄ και Β΄, όπου στο μεν Φάκελο Α΄ υποβάλλονται τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την πλήρωση των τυπικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων συμμετοχής στην διαγωνιστική διαδικασία (Κριτήρια Προσωπικής Κατάστασης, Κριτήρια Τεχνικής Ικανότητας, Εγγυητική Επιστολή κτλ), στο δε Φάκελο Β΄ προσκομίζεται η οικονομική προσφορά καθώς και τα έγγραφα περιγραφής της χρηματοδότησης. Δοθέντος άλλωστε ότι, κατά τον όρο 4.2.3 της από 24.04.2023 Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, τα Κριτήρια Προσωπικής Κατάστασης του άρθρου 4.2.2 της από 2.11.2022 Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος πρέπει να πληρούνται σωρευτικώς καθ΄ όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ισχύουν αδιαλείπτως και στη Β΄ Φάση του διαγωνισμού οι υποχρεώσεις αφενός μεν του προεπιλεγέντος συμμετέχοντος να ενημερώσει το ... για τυχόν κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, αφετέρου του ... να ελέγξει τυχόν συνδρομή ή μη σχετικού γεγονότος και να αποφασίσει αιτιολογημένα για την όποια αντιμετώπισή του. Κατόπιν δε αξιολόγησης των Φακέλων Α΄ των δεσμευτικών προσφορών, το Διοικητικό Συμβούλιο του ... εκδίδει απόφαση για τους προκριθέντες στο επόμενο στάδιο, για την οποία ενημερώνονται όλοι οι προεπιλεγέντες, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 6.1.5 της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, ως, επίσης, λαμβάνουν γνώση οι προκριθέντες οικονομικοί φορείς και της απόφασης του Διοικητικού

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

Συμβουλίου του ... περί ανακήρυξης του Προτιμητέου Επενδυτή και επιλαχόντων Προτιμητέων Επενδυτών, σύμφωνα με το άρθρο 6.2.7 της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών

20. Επειδή, περαιτέρω, από τις διατάξεις του άρθρου 35 του ν. 4413/2016, που δεσμεύουν το ... και εφαρμόζονται στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, ως κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 1019/2024 αναπεμπτική απόφαση του ΣΤΕ, απορρέει, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, η υποχρέωση του ... να διενεργεί καθ' όλη της διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας έλεγχο τυχόν ύπαρξης κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων και να αποφανθεί αιτιολογημένα, λαμβάνοντας τα κατάλληλα μέτρα προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας. Ωστόσο, ουδόλως επιβάλλεται εκ του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου υποχρέωση του ... να προβεί σε αυτοτελή γνωστοποίηση στους συμμετέχοντες είτε τυχόν συνδρομής κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων είτε της αιτιολογημένης κρίσης του περί αποκλεισμού ή μη συμμετέχοντος στην διαγωνιστική διαδικασία είτε των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε προς άρση της σύγκρουσης αυτής, αλλά αρκεί τα ανωτέρω στοιχεία να εμπεριέχονται ως μέρος της αιτιολογίας της απόφασης του ... περί περάτωσης του σταδίου εκείνου της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπου ανέκυψε το ζήτημα, για την οποία απόφαση ενημερώνονται οι συμμετέχοντες, ως προβλέπεται στην από 2.11.2022 Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος και την από 24.04.2023 Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών.

21. Επειδή, εξάλλου, δυνάμει των υπ' αριθμ. 195/27.10.2011 (ΦΕΚ Β2501/2011) και 206/25.04.2012 (ΦΕΚ Β1363/2012) αποφάσεων της ... (...) μεταβιβάστηκε στο ... συνολικό ποσοστό 74,27% του μετοχικού κεφαλαίου της ... Στις 14.04.2014 το ... ξεκίνησε την διαδικασία πώλησης πλειοψηφικού ποσοστού συμμετοχής ανερχόμενου στο 67% του μετοχικού κεφαλαίου της ... δημοσιεύοντας σχετική Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, η οποία ολοκληρώθηκε επιτυχώς την 24.04.2017, η δε υπογραφή της σύμβασης αγοραπωλησίας μετοχών και της συμφωνίας μετόχων μεταξύ του ... και της αγοράστριας έλαβε χώρα στις 21.12.2017 και η σύμβαση παραχώρησης κυρώθηκε από τη Βουλή στις 22.02.2018 με το ν. 4522/2018. Ως εκ τούτου, από το έτος 2018 και εφεξής το ... διαθέτει μειοψηφικό ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο του παρεμβαίνοντος και δύναται, δυνάμει του άρθρου

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

79 του ν. 4548/2018, να διορίζει, βάσει σχετικής καταστατικής πρόβλεψης, μέλος στο Διοικητικό Συμβούλιο του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, με την από 15.06.2021 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης (πρακτικό υπ' αριθ. 32) των μετόχων του ... η οποία καταχωρήθηκε στο ΓΕΜΗ με αριθμό ... ορίσθηκε νέο Διοικητικό Συμβούλιο, το οποίο συγκροτήθηκε σε σώμα με το από 16.06.2021 πρακτικό του, καταχωρηθέν στο ΓΕΜΗ με αριθμό ... στο οποίο μετέχει ως εκτελεστικό μέλος και Εντεταλμένος Σύμβουλος ο ..., με θητεία μέχρι την 15.06.2024. Επίσης, κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4548/2018 και του άρθρου 7 παρ. 6 του καταστατικού του παρεμβαίνοντος, το ... είχε αρχικώς ορίσει τον ... ως μη εκτελεστικό μέλος στο Διοικητικό Συμβούλιο του παρεμβαίνοντος και, εν συνεχεία, κατόπιν παραίτησης του ..., με την υπ' αριθμ. ... /12.01.2023 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, που καταχωρήθηκε και δημοσιεύτηκε στο διαδικτυακό τόπο του ... με αριθμό πρωτοκόλλου .../16.01.2023 ορίσθηκε ο ... ως μη εκτελεστικό μέλος μέχρι την 12.07.2026. Σημειωτέον ότι, πέραν της δημοσιότητας του ΓΕΜΗ στην οποία υπόκειται το ... και ο παρεμβαίνων, ως ... εταιρείες, με αποτέλεσμα οι ως άνω ιδιότητες του ... να έχουν καταστεί δημόσια πληροφορία, από μια απλή αναζήτηση στο διαδίκτυο προκύπτει ευχερώς ότι ο ορισμός του ... αφενός ως εκτελεστικό μέλος και Εντεταλμένος Σύμβουλος του ... αφετέρου ως μη εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου του παρεμβαίνοντος έλαβε ευρύτατη δημοσιότητα και σε ιστοσελίδες ειδησεογραφικού και οικονομικού περιεχομένου.

22. Επειδή, ενόψει των προεκτεθέντων, οι λόγοι της προσφυγής περί παράβασης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας ως προς τον έλεγχο σύγκρουσης συμφερόντων προβάλλονται ανεπικαίρως και, άρα, απαραδέκτως, κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα, ως επιμελής και ευλόγως ενημερωμένος υποψήφιος που εντάσσεται σε ένα περιορισμένο κύκλο οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται και στη διαχείριση ..., την 30.03.2023, οπότε ενημερώθηκε για την απόφαση του ... σχετικά με την προεπιλογή στη Β' Φάση του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, και του παρεμβαίνοντος, γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει τις ιδιότητες του ... ως Εντεταλμένου Συμβούλου του ... και, εκ του νόμου, μη εκτελεστικού μέλους του παρεμβαίνοντος, οι οποίες

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

προυπήρχαν ήδη από 12.01.2023. Εξάλλου, ουδόλως αναφέρεται στην προσφυγή το χρονικό σημείο που η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της κατάστασης που επικαλείται ως προς το πρόσωπο του ..., πολλώ δε μάλλον που η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ότι έλαβε γνώση των στοιχείων που επικαλείται για τη θεμελίωση των προβαλλόμενων λόγων το πρώτον μετά ή δια της κοινοποίησης των προσβαλλόμενων πράξεων. Ακόμη όμως και αν ήθελε θεωρηθεί ότι μέχρι την 30.03.2023 η προσφεύγουσα αγνοούσε ειδικώς τις επίμαχες ιδιότητες του ..., ωστόσο, προδήλως γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει, την επί πλείονα έτη δημόσια πληροφορία, ότι το ... αποτελεί μέτοχο μειοψηφίας του παρεμβαίνοντος, που διαθέτει, εκ του νόμου, δικαίωμα διορισμού μέλους στο Διοικητικό Συμβούλιο του παρεμβαίνοντος, γεγονός που, ως η ίδια συνομολογεί άλλωστε στην παρ. 22 του υπομνήματός της, θέτει εξ ορισμού ζήτημα σύγκρουσης συμφερόντων, με αποτέλεσμα, λόγω της ως άνω παραδεδεγμένης γνώσης της, η προσφεύγουσα όφειλε να αιτηθεί πρόσβαση στο περιεχόμενο του φακέλου της Α΄ φάσης του παρεμβαίνοντος, στον οποίο απαιτείται, κατά την από 2.11.2022 Πρόσκληση, να έχουν υποβληθεί, τα έγγραφα της νόμιμης εκπροσώπησης του παρεμβαίνοντος, προκειμένου να ελέγξει, άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας, τυχόν συνδρομή κατάστασης που ενδέχεται να προκαλεί σύγκρουση συμφερόντων και εν συνεχεία να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της από 30.03.2023 απόφασης του ... Εντούτοις, η προσφεύγουσα ουδόλως αιτήθηκε πρόσβαση στους φακέλους της Α΄ Φάσης του διαγωνισμού, απορριπτομένου ως αβάσιμου και απαράδεκτου του ισχυρισμού που περιλαμβάνεται το πρώτον στο υπόμνημα περί μη χορήγησης σχετικής πρόσβασης, λαμβανομένης υπόψιν και της πρόβλεψης της από 2.11.2022 Πρόσκλησης περί ενημέρωσης των ενδιαφερομένων για την απόφαση του ... περί προεπιλογής, ενόψει δε τούτου αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται τα μεταγενέστερα από 21.09.2023 και 4.10.2023 αιτήματά της περί κοινοποίησης των προσβαλλόμενων αποφάσεων του ... Ομοίως για τον ίδιο λόγο, αλλά και ενόψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη στοιχείων, αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει στο υπόμνημα ότι είναι αδύνατο ο διαγωνιζόμενος να ελέγξει τα στοιχεία κάθε συμμετέχοντος. Επιπροσθέτως, και πέραν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα, αν και έλαβε γνώση των αρχικών και τελικών σχεδίων της Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών, της Συμφωνίας

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

Μετόχων και της Σύμβασης Παραχώρησης, τα οποία προδήλως γνώριζε ότι εγκρίνονται από το Διοικητικό Συμβούλιο του ... ουδέποτε αιτήθηκε να της κοινοποιηθούν οι αντίστοιχες από 10.04.2023 και 6.10.2023 αποφάσεις του ... ώστε να ελέγξει αν προκύπτει τυχόν ζήτημα δια της όποιας συμμετοχής στις εν λόγω αποφάσεις προσώπου που είναι και μέλος της διοίκησης του παρεμβαίνοντος. Επισημαίνεται ότι οι από 30.03.2023, 10.04.2023 και 6.07.2023 αποφάσεις του ... αποτελούν εκτελεστές πράξεις, δεκτικές προδικαστικής προσφυγής, καθώς περατώνουν αντίστοιχα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι οποίες δεν έχουν απωλέσει την αυτοτέλειά τους, ούτε έχουν ενσωματωθεί στις προσβαλλόμενες από 14.09.2023 και 28.09.2023 αποφάσεις του ... με αποτέλεσμα να μη θεωρούνται συμπροσβαλλόμενες και, εφόσον δεν έχουν αμφισβητηθεί επικαίρως, να έχουν καταστεί πλέον απρόσβλητες. Το δε γεγονός ότι ο εκ μέρους του ... εν γένει έλεγχος ,περί μη ύπαρξης κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων και σχετικού λόγου αποκλεισμού προεπιλεγέντος, διενεργείται σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν συνεπάγεται ότι το ..., εφόσον έχει αποφανθεί οριστικά επί του ζητήματος σε προηγούμενο στάδιο και δεν έχουν μεταβληθεί τα πραγματικά και νομικά δεδομένα που έλαβε υπόψιν του, υποχρεούται σε κάθε μεταγενέστερη απόφαση να διατυπώνει σχετική ρητή κρίση. Ούτε, άλλωστε, δύναται η προσφεύγουσα να προβάλλει σχετικό λόγο επικαίρως το πρώτον με την απόφαση ανακήρυξης προτιμητέου επενδυτή, εφόσον η πλημμέλεια που αποδίδει επί της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν ερείδεται είτε επί εγγράφων που υποβλήθηκαν με τη δεσμευτική προσφορά του παρεμβαίνοντος στη Β΄ Φάση του διαγωνισμού είτε επί δεδομένων/στοιχείων που ανέκυψαν το πρώτον με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις, αλλά επί γεγονότων που προϋπήρχαν και ήταν ευρέως γνωστά, ως άλλωστε επιρρωνύεται τούτο και από τους προβαλλόμενους με το υπόμνημα ισχυρισμούς που αφορούν πρωτίστως τις από 30.03.2023, 10.04.2023 και 6.07.2023 αποφάσεις του ...

23. Επειδή, όλως επικουρικός, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι λόγοι της προσφυγής περί παράβασης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας ως προς τον έλεγχο σύγκρουσης συμφερόντων προβάλλονται επικαίρως και παραδέκτως επ' ευκαιρία έκδοσης των προσβαλλόμενων πράξεων, θα

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

πρέπει να επισημανθεί ότι, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψη 13, καταρχάς, η υποχρέωση προστασίας των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι εύλογο και θεμιτό να ιδρύει συγκεκριμένους περιορισμούς στην επιχειρηματική ελευθερία των οικονομικών φορέων, όταν τυχόν διακυβεύεται το ίδιο το επίπεδο ανταγωνισμού, καθώς και τα εν γένει συμφέροντα των άλλων μετεχόντων, ως και του ... Ουδόλως όμως οι ισχύουσες νομοθετικές προβλέψεις δεν επάγονται έναν εξαρχής και άνευ ετέρου αποκλεισμό οικονομικού φορέα, απλώς και μόνο διότι δύναται να συντρέχει μια «αντικειμενική» συνθήκη ικανή να προκαλέσει σύγκρουση συμφερόντων. Τουναντίον, σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, καταρχάς, το ... οφείλει να λαμβάνει τα λιγότερο μεταξύ περισσότερων ισοδυνάμων και καταλλήλων, παρεμβατικά μέτρα, αφ' ης διαπιστώσει κατάσταση που δύναται να εμπίπτει σε σύγκρουση συμφερόντων, κατά την έννοια του άρθρου 35 του ν. 4413/2016 και να προβεί σε όποια τυχόν διορθωτική ενέργεια κρίνει ως επαρκή για τη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης και την αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού και μόνον αν αυτή είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον κατάλληλο τρόπο, τότε ο σχετιζόμενος με τη σύγκρουση συμμετέχων είναι αποκλειστέος. Επομένως, ο αποκλεισμός συμμετέχοντος καθιερώνεται ως η έσχατη λύση, ελλείψει οιασδήποτε άλλης λιγότερο επαχθούς πλην κατάλληλης και κρίνεται in concreto καθώς εξαρτάται από το πραγματικό της υπόθεσης

23. Επειδή, εν προκειμένω, ο ... που αποτελεί τον Εντεταλμένο Σύμβουλο και εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου του ... από το έτος 2021, κατόπιν της ιδιωτικοποίησης της ... από το ... και κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4548/2018 και του άρθρου 7 παρ. 6 του καταστατικού του παρεμβαίνοντος, ορίστηκε την 12.01.2023 ως μη εκτελεστικό μέλος στο Διοικητικό Συμβούλιο του παρεμβαίνοντος και, άρα, υπό την ανωτέρω ιδιότητα, ο ... εκ του νόμου (άρθρο 7 Ν. 4706/2020) δεν συμμετέχει στην άσκηση διοίκησης του παρεμβαίνοντος και έχει τοποθετηθεί προς εξυπηρέτηση των συμφερόντων του Ελληνικού Δημοσίου, το οποίο και εκπροσωπεί το Ο δε διορισμός του ... στο Δ.Σ. του παρεμβαίνοντος έλαβε χώρα μετά τη δημοσίευση της από 2.11.2022 Πρόσκλησης της Α΄ Φάσης και εκκρεμούσης της προθεσμίας υποβολής εκδήλωσης

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

ενδιαφέροντος, η οποία αρχικώς είχε οριστεί την 20.01.2023 και παρατάθηκε λόγω αιτημάτων ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, ως προκύπτει σαφώς από το από 18.01.2023 δελτίο τύπου του ... που η ίδια η προσφεύγουσα επικαλείται προς θεμελίωση των προδήλως αβάσιμων ισχυρισμών της περί της νομιμότητας της παράτασης, οι οποίοι, άλλωστε, θα πρέπει να απορριφθούν και ως απαράδεκτοι, καθώς προβάλλονται το πρώτον στο παρόν στάδιο, χωρίς όμως η προσφεύγουσα να έχει αμφισβητήσει επικαίρως την από 2.11.2022 Πρόσκληση και την παράταση αυτής. Περαιτέρω, στη με αριθμ. πρωτ. .../3.02.2023 Εκδήλωση Ενδιαφέροντος του παρεμβαίνοντος υποβλήθηκαν, μεταξύ άλλων, το με αριθμ. πρωτ. ... αναλυτικό πιστοποιητικό εκπροσώπησης από το ... , στο οποίο αναφέρεται ο ... ως μη εκτελεστικό μέλος και το υπ' αριθμ. .../16.01.2023 απόσπασμα πρακτικού της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του παρεμβαίνοντος, στην οποία δεν ήταν παρών ο ... και αναφέρεται ότι «Πριν τη συζήτηση του 5ου θέματος, ο κ. ... , Εκτελεστικός Πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου και Διευθύνων Σύμβουλος της ... ανέφερε ότι το μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου κ. ... τον εξουσιοδότησε να ψηφίσει για όλα τα θέματα της ημερήσιας διάταξης πλην του 5ου θέματος, στο οποίο θα απέχει, δεδομένου ότι υπάρχει σύγκρουση συμφερόντων, καθώς είναι μέλος που έχει οριστεί από το ... κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 Ν. 4548/2018 και του άρθρου 7 παρ. 6 του καταστατικού της εταιρίας». Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων ενημέρωσε από την αρχή και εγκαίρως το ... για πιθανό ζήτημα σύγκρουσης συμφερόντων που αφορά τον ορισμό του ..., ως μη εκτελεστικό μέλος του Δ.Σ. του, καθώς και ότι το συγκεκριμένο πρόσωπο απείχε από τη λήψη απόφασης περί της συμμετοχής του παρεμβαίνοντος στη υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, ως προληπτικό μέτρο για τη διασφάλιση της νομιμότητας της συμμετοχής του. Επίσης, το ... εγκαίρως, με την από 30.03.2023 απόφασή του περί προεπιλογής υποψηφίων για τη Β΄ Φάση του διαγωνισμού, εξέτασε το ζήτημα που ανέκυψε στο πρόσωπο του ... και αποφάσισε αιτιολογημένα ότι δεν συντρέχει θέμα αποκλεισμού της συμμετοχής του παρεμβαίνοντος, βάσει των διατάξεων του άρθρου 35 του ν. 4413/2016. Ειδικότερα, ως προκύπτει από το περιεχόμενο της από 30.03.2023 συνεδρίασης του Δ.Σ του ... στην οποία ήταν παρών ο ... αλλά απείχε από τη συζήτηση του τρίτου θέματος αναφορικά με το διαγωνισμό της

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

... η απόφαση του ... ερείδεται και εγκρίνει την από 28.03.2023 κοινή εισήγηση των χρηματοοικονομικών και νομικού συμβούλου στην οποία αναφέρεται ότι «...Λαμβάνοντας υπόψη ότι κ. ... τυγχάνει εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου του ... και παράλληλα μη εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου του ... και υπό την προϋπόθεση ότι τα ανωτέρω ειλημμένα από τον ... μέτρα θα συνεχίσουν να ισχύουν καθ' όσο χρόνο συντρέχει η παραπάνω διπλή ιδιότητα και ότι θα γνωστοποιηθούν αρμοδίως, όπως προβλέπεται, και στον βαθμό που απαιτείται, από την κείμενη νομοθεσία, ο Νομικός Σύμβουλος προτείνει το εν λόγω πρόσωπο, υπό την ιδιότητά του ως εκτελεστικό μέλος του ..., να εξαιρεθεί από οποιαδήποτε περαιτέρω συμμετοχή στην Διαγωνιστική Διαδικασία, υπό την έννοια αφενός αποχής από όλες τις διαδικασίες, συζητήσεις και αποφάσεις που σχετίζονται με αυτή και αφετέρου μη πρόσβασης σε πληροφορίες που αφορούν στην εξέλιξη αυτής και που δεν καθίστανται γνωστές στους υποψηφίους. Το εν λόγω μέτρο εκτιμάται ως κατάλληλο, μέχρι την οριστική απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου επί του εν λόγω ζητήματος για λόγους διασφάλισης της διαδικασίας του υπό εξέλιξη διαγωνισμού και υπό το πρίσμα της αμεροληψίας και ανεξαρτησίας των οργάνων διοίκησης του ... και των αρχών της διαφάνειας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των Ενδιαφερομένων. Με τα ως άνω δεδομένα, ο Νομικός Σύμβουλος είναι της άποψής ότι δεν συντρέχει ο κατ' άρθρο 35 του Ν. 4413/2016 λόγος αποκλεισμού ως προς τον Ενδιαφερόμενο και συνεπώς βρίσκεται σε συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της παραγράφου 4.2.2 της Πρόσκλησης». Ως εκ τούτου, το ..., ευθύς μόλις έλαβε γνώση της Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος από τον παρεμβαίνοντα, προέβη στις οφειλόμενες ενέργειες που απορρέουν από το άρθρο 35 του ν. 4413/2016 και έλαβε αμελλητί, διττά προληπτικά μέτρα, ήτοι την εξαίρεση του ... από οποιαδήποτε περαιτέρω συμμετοχή του στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία δια της αποχής από όλες τις διαδικασίες, συζητήσεις και αποφάσεις που σχετίζονται με αυτή, αλλά και τη μη παροχή πρόσβασης στον ..., στο πλαίσιο των συνεδριάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου του ... σε πληροφορίες που αφορούν την εξέλιξη της διαγωνισμού. Οι δε αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί μη γνωστοποίησης στους συμμετέχοντες της συνδρομής κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, πέραν από ανεπιταίρως και απαραδέκτως προβαλλόμενες, ως έχει ήδη

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

εκτεθεί, πολλώ μάλλον εφόσον η προσφεύγουσα δεν αιτήθηκε να λάβει γνώση των Φακέλων Α΄ της διαδικασίας και της αιτιολογίας της από 30.03.2023 απόφασης του ... θα πρέπει να απορριφθούν και ως ερειδόμενες επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, κατά τα αναφερόμενα υπό σκέψη 20. Ομοίως, τυγχάνουν απορριπτέοι ως ανεπίκαιροι αλλά και παντελώς αναπόδεικτοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί των διευκρινίσεων που χορηγήθηκαν κατά την Α΄ Φάση από τον παρεμβαίνοντα και συνδρομής λόγου αποκλεισμού του άρθρου 4.1.A της από 2.11.2022 Πρόσκλησης. Επίσης, ανεπικαίρως, άνευ βλάβης και δη εκ συμφέροντος τρίτου η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το ... δεν προέβη σε γνωστοποίηση του ζητήματος στην ΕΑΔΗΣΥ. Ωστόσο, αβασίμως και αλυσιτελώς το ... υποστηρίζει ότι δεν υπέχει υποχρέωση κοινοποίησης στους συμμετέχοντες των αποσπασμάτων των πρακτικών του Διοικητικού Συμβουλίου του παρά μόνο υποχρέωση έγγραφης ενημέρωσης των συμμετεχόντων (βλ. ΔΕφαΘ 2210/2023). Εξάλλου, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τα προληπτικά μέτρα που ελήφθησαν με την από 30.03.2023 απόφαση του ... τηρήθηκαν καθ όλη τη διάρκεια της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας, ως επιβεβαιώνεται και από το από 24.10.2023 έγγραφο του Υπεύθυνου Κανονιστικής Συμμόρφωσης του ... Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τα πρακτικά των προσβαλλόμενων πράξεων, ο ... όχι μόνον απείχε από τη συζήτηση και λήψη απόφασης περί της πρόκρισης των υποψηφίων, αποσφράγισης αποτίμησης, οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης Προτιμητέου Επενδυτή, αλλά δεν παρίστατο καν κατά τις συνεδριάσεις του Δ.Σ του ... που έλαβαν χώρα στις 14.09.2023 και 28.09.2023 και, άρα, προδήλως, ως απών, δεν δύναται να έλαβε γνώση οιασδήποτε κρίσιμης/ευαίσθητης πληροφορίας/εγγράφου που συζητήθηκαν και χορηγήθηκαν κατά τις εν λόγω συνεδριάσεις, ιδίως δε το επιδιωκόμενο οικονομικό τίμημα, για το οποίο το πρώτον ενημερώθηκε το ... αυθημερόν την 28.09.2023 και πριν την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των προκριθέντων υποψηφίων. Επιπροσθέτως, ο ... απείχε από τις συζητήσεις που αφορούν τις 10.04.2023 και 6.07.2023 αποφάσεις του ... σχετικά με την έγκριση των αρχικών και τελικών σχεδίων Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών, Συμφωνίας Μετόχων και Σύμβασης Παραχώρησης. Αντιστοίχως και ο παρεμβαίνων διατήρησε την εξαίρεση του ... από την απόφαση σχετικά με τη συμμετοχή στη Β΄ Φάση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας και τη

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς, ως προκύπτει από το υποβληθέν με το Φάκελο Α΄ της δεσμευτικής του προσφοράς υπ' αριθ. .../17.08.2023 απόσπασμα πρακτικού της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού του Συμβουλίου, όπου αναφέρεται ότι «...Πριν τη συζήτηση του θέματος, ο κ. ... Εκτελεστικός Πρόεδρος Δ.Σ. και Διευθύνων Σύμβουλος της ... ανέφερε ότι ο κ ... τον εξουσιοδότησε να ψηφίσει θετικά σε όλα τα θέματα της ημερήσιας διάταξης πλην του θέματος αυτού στο οποίο απέχει, δεδομένου ότι υπάρχει σύγκρουση συμφερόντων, καθώς είναι μέλος που έχει ορισθεί από το ... Το ύψος της προσφοράς που θα υποβάλλει η Εταιρία στο πλαίσιο της Διαγωνιστικής Διαδικασίας θα καθορισθεί με ομόφωνη απόφαση των κάτωθι, οι οποίοι ρητά εξουσιοδοτούνται προς τούτου : του κ. ... και του κ. ... ». Ανεπιτικάίρως, ως έχει ήδη εκτεθεί, η προσφεύγουσα προβάλλει αναφορικά με τις από 30.03.2023, 10.04.2023 και 6.07.2023 αποφάσεις του ... ότι λόγω της παρουσίας του ..., έχοντας διπλή ιδιότητα, όπου παρουσιάστηκαν σημαντικά στοιχεία του διαγωνισμού μη προσβάσιμα στους διαγωνιζόμενους, ο παρεμβαίνων απέκτησε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των λοιπών υποψηφίων αλλά και αβασίμως, δεδομένου ότι, η απλή παρουσία του ... στο Δ.Σ. του ... άνευ οιασδήποτε συμμετοχής του στις κρίσιμες συζητήσεις, ως αναφέρεται ρητώς στο Πρακτικά και άνευ χορήγησης σε αυτόν οιαδήποτε εγγράφου/πληροφορίας, δεν δύναται βασίμως να θεωρηθεί ότι προσέδωσε οιαδήποτε όφελος/προβάδισμα στον παρεμβαίνοντα, στις αποφάσεις του οποίου αναφορικά με τον υπό κρίση διαγωνισμό. Σημειωτέον ότι, αν η προσφεύγουσα θεωρούσε ότι υπήρξε πράγματι οιαδήποτε «συμμετοχή» του ... στις από 10.04.2023 και 6.07.2023 αποφάσεις του ... τούτο συνεπάγεται αυτομάτως ότι ο ... «συμμετείχε» και στη διαμόρφωση/έγκριση των αρχικών και τελικών σχεδίων Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών, Συμφωνίας Μετόχων και Σύμβασης Παραχώρησης που αποτέλεσε το κατεξοχήν αντικείμενο των εν λόγω συνεδριάσεων και άρα, η προσφεύγουσα όφειλε να αιτηθεί τη ματαίωση του διαγωνισμού, λόγω εμφιλοχώρησης, κατά την κρίση της, πλημμέλειας μη δυνάμενης να διορθωθεί με έτερο τρόπο. Εντούτοις, η προσφεύγουσα ουδέν σχετικό αιτείται, παρά μόνον τεχνηέντως διαχωρίζει την όποια, μη αποδεικνυόμενη, προγενέστερη «γνώση» των εγγράφων του διαγωνισμού από τον ..., προκειμένου να θεμελιώσει ανεπιτυχώς δήθεν στρέβλωση του ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, η Β΄ Φάση της

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

διαγωνιστικής διαδικασίας διαμορφώθηκε και διεξήχθη κατά τρόπο που δεν δύναται ο παρεμβαίνων και κάθε προεπιλεγείς να έχει αποκτήσει οιοδήποτε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα από την οποία παρουσία/συμμετοχή Μέλους ΔΣ του ... στις κρίσιμες αποφάσεις. Και τούτο διότι α) η από 24.04.2023 Πρόσκληση δημοσιεύτηκε λίγες μέρες μετά την από 10.04.2023 απόφαση του ... περί έγκρισης της καθώς και των αρχικών σχεδίων Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών, Συμφωνίας Μετόχων και Σύμβασης Παραχώρησης, τα οποία επίσης άμεσα διατέθηκαν στους προεπιλεγέντες, απορριπτομένων ως αβάσιμων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί πολύ ενωρίτερης γνώσης αυτών, β) οι προεπιλεγέντες συμμετείχαν σε εκτενή διαδικασία σχολιασμού των αρχικών σχεδίων Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών, Συμφωνίας Μετόχων και Σύμβασης Παραχώρησης, τον τρόπο και χρόνο διεξαγωγής της οποίας δεν αμφισβήτησε η προσφεύγουσα, η δε τελική μορφή των ως άνω σχεδίων, ως εγκρίθηκαν με την 6.07.2023 απόφαση του ... ήταν αποτέλεσμα του εν λόγω «διαλόγου» μεταξύ ... και υποψηφίων, γ) οι προεπιλεγέντες είχαν εύλογο και επαρκή χρόνο προετοιμασίας των δεσμευτικών προσφορών τους, γεγονός που δεν αμφισβητήθηκε επικαίρως από την προσφεύγουσα και δ) κατ' εφαρμογήν της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 6 του Ν. 3986/2011, το ... προσέλαβε ως ανεξάρτητο εκτιμητή την εταιρεία «...», η οποία προέβη στη σύνταξη ανεξάρτητης εκτίμησης του ... και της συναλλαγής πώλησης μετοχών που αντιστοιχούν σε ποσοστό συμμετοχής 67% στο μετοχικό του κεφάλαιο, το δε περιεχόμενο και πόρισμα της ως άνω εκτίμησης κατέστησαν γνωστά στο Διοικητικό Συμβούλιο του ... για πρώτη φορά μόλις την 28.10.2023 και πριν από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, με αποτέλεσμα να αποκλείεται οποιαδήποτε προγενέστερη καθοδήγηση προεπιλεγέντος ως προς το τίμημα. Επισημαίνεται, τέλος, ότι το προσφερόμενο από τον παρεμβαίνοντα τίμημα ανέρχεται σε 51.000.000,00€ και είναι σχεδόν διπλάσιο από το τίμημα των 25.570.818,00€ που προσέφερε η προσφεύγουσα, γεγονός που καταδεικνύει ότι η ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως Προτιμητέου Επενδυτή έλαβε χώρα με αντικειμενικά κριτήρια και δεν εδύνατο, εκ των πραγμάτων, να επηρεαστεί από οιαδήποτε τυχόν καθοδήγηση από μέλος του ΔΣ του ... Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία διαπιστώνεται ότι δεν έχουν εμφιλοχωρήσει πλημμέλειες οι οποίες αποτελούν παραβίαση

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, λόγω της διπλής ιδιότητας του ..., ούτε το ... έχει παραλείψει οφειλόμενη νόμιμη ενέργεια ως προς το εν λόγω ζήτημα, καθώς προέβη σε ενδελεχή έλεγχο τυχόν ύπαρξης κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, και απεφάνθη αιτιολογημένα λαμβάνοντας τα προσήκοντα και επαρκή προληπτικά μέτρα. Ως εκ τούτου οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής πρέπει να απορριφθούν, διότι πέραν του ότι προβάλλονται απαραδέκτως είναι και αβάσιμοι.

24. Επειδή, επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως Προτιμητέου Επενδυτή από το ..., χωρίς να έχει προηγουμένως ελεγχθεί η προσφορά του ως ασυνήθιστα συμφέρουσα, συνιστά υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας του ... διότι η παράλειψη αυτή θέτει ζήτημα αφενός παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, και αφετέρου θέτει ζήτημα παραβίασης του Κανονισμού 2022/2560 σχετικά με τις ξένες επιδοτήσεις που στρεβλώνουν την εσωτερική αγορά. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων προσέφερε τίμημα 51.000.000,00€, διπλάσιο σε σχέση με το δικό της και το οποίο, επίσης, υπερβαίνει κατά τουλάχιστον 50% τον μέσο όρο των λοιπών προσφορών που υπεβλήθησαν και κατά 5.000.00,00€ την αποτίμηση της αξίας του συνόλου του Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, δοθέντος ότι η παραχώρηση θα έχει διάρκεια 39 ετών και ο υπό παραχώρηση ... παρουσιάζει σύμφωνα με τις τελευταίες οικονομικές καταστάσεις καθαρά κέρδη προ φόρων για το έτος 2022 το ποσό των 716.474,37€, για το έτος 2021 το ποσό των 522.419,00€ και για το 2020 το ποσό των 711.543,03€, μπορεί κανείς να εκτιμήσει ότι μέχρι το 2062 η κερδοφορία του ... θα ανέλθει στο συνολικό ποσό των 27.300.000€, με αποτέλεσμα οποιαδήποτε προσφορά άνω του ποσού αυτού θα έπρεπε να ελέγχεται ως ασυνήθιστα συμφέρουσα από το ... αφού όχι μόνο προσεγγίζει το μηδενικό κέρδος, αλλά εμφανίζεται ως αποκλίνουσα σε ποσοστό άνω του 10% σε σχέση με τον μέσο όρο των υποβληθεισών προσφορών.

25. Επειδή, ως έχει κριθεί (βλ ΣΤΕ 1722/2020), το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 δεν τυγχάνει, εν προκειμένω, εφαρμογής καθώς η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία αφενός μεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4413/2016, ο οποίος δεν περιλαμβάνει διάταξη περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, αφετέρου διέπεται από τους όρους των από 2.11.2022 και

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

24.04.2023 Προσκλήσεων, οι οποίες, δεν περιλαμβάνουν διάταξη αντίστοιχη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 και δεν αμφισβητήθηκαν επικαίρως δια προδικαστικής προσφυγής από την προσφεύγουσα. Ούτε βέβαια είναι δυνατόν να γίνει νομικώς δεκτή η δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 σε σύμβαση παραχώρησης. Επομένως, καταρχάς, ο ως άνω λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης και ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, καθώς επιχειρεί η προσφεύγουσα εμμέσως να αμφισβητήσει τους όρους των ως άνω Προσκλήσεων. Επίσης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παραβίασης του Κανονισμού 2022/2560 σχετικά με τις ξένες επιδοτήσεις που στρεβλώνουν την εσωτερική αγορά θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος και αναπόδεικτος, σε κάθε περίπτωση τα επικαλούμενα άρθρα 2 και 27 του Κανονισμού αφορούν υπερβολικά συμφέρουσες προσφορές από οικονομικό φορέα που επωφελήθηκε από ξένες επιδοτήσεις, περίπτωση που δεν συντρέχει, εν προκειμένω, ούτε η προσφεύγουσα προβάλλει πολλώ μάλλον αποδεικνύει σχετικό ισχυρισμό. Ομοίως γενική, αόριστη και αναπόδεικτη η επίκληση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προς θεμελίωση δήθεν υποχρέωσης ελέγχου της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος ως ασυνήθιστα χαμηλής. Εξάλλου, απαραδέκτως το πρώτον με το υπόμνημα αλλά και αορίστως η προσφεύγουσα επικαλείται προς υποστήριξη του λόγου της προσφυγής τα άρθρα 69 παρ. 2 περ. στ' και 69 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24, με τα οποία επιβάλλεται στις αναθέτουσες αρχές η υποχρέωση ελέγχου των ασυνήθιστα συμφερούσων προσφορών και υπό το πρίσμα της κρατικής ενίσχυσης. Επιπροσθέτως, οι προβαλλόμενοι με την προσφυγή υπολογισμοί για το λειτουργικό κέρδος του ... είναι παντελώς αόριστοι και αναπόδεικτοι καθώς ουδέν έγγραφο προσκομίζεται προς θεμελίωση τους, αλλά ως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί, οι αιτιάσεις της ερείδονται σε σενάρια, ενώ ούτε αρκεί βέβαια η γενική επίκληση περί των οικονομικών καταστάσεων του ... προκειμένου να καταστεί ο σχετικός ισχυρισμός ορισμένος, η δε παραχώρηση του ... αποτελεί μια πολυσύνθετη οικονομική δραστηριότητα, το λειτουργικό κέρδος της οποίας προδήλως δεν προκύπτει από απλοϊκούς και αναπόδεικτους υπολογισμούς, ως αυτούς που παρατίθενται στην προσφυγή. Πέραν των ανωτέρω θα πρέπει να επισημανθεί ότι ο υπό κρίση διαγωνισμός

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

είναι πλειοδοτικός, σύμφωνα δε με το άρθρο 1.8 της από 2.11.2022 Πρόσκλησης «*Κύριος στόχος του ... είναι η μεγιστοποίηση του οικονομικού ανταλλάγματος που θα καταβληθεί στο ... μέσω της Συναλλαγής. Το ... επιδιώκει επίσης να επιτύχει και να εξασφαλίσει ένα συνδυασμό υψηλής ποιότητας λειτουργίας, συντήρησης και αξιοποίησης του ... προς όφελος της ελληνικής οικονομίας*». Ως εκ τούτου, το μοναδικό κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών είναι το ύψος του οικονομικού τιμήματος, το δε ... επιδιώκει και αποσκοπεί στη μεγιστοποίηση του ύψους του τιμήματος, ως προκύπτει και από τη διαδικασία υποβολής βελτιωμένων οικονομικών προσφορών που περιγράφεται στην από 24.04.2023 Πρόσκληση. Περαιτέρω, στο άρθρο 6 της εν λόγω Πρόσκλησης αναφέρεται ρητώς ότι το ... δεν υποχρεούται να ολοκληρώσει τη Συναλλαγή εάν το προσφερόμενο τίμημα δεν θεωρείται ικανοποιητικό κατά την απόλυτη κρίση του. Τούτου δοθέντος, η από 28.09.2023 απόφαση του ... περί ανακήρυξης Προτιμητέου Επενδυτή, άνευ ετέρου, εμπεριέχει και την κρίση ότι το προσφερόμενο από τον παρεμβαίνοντα τίμημα αξιολογήθηκε ως ικανοποιητικό από το ..., χωρίς να απαιτείται πανηγυρική προς τούτο διατύπωση στην απόφαση, λαμβανομένης υπόψιν και της εκ του νόμου υποχρέωσης υποβολής έκθεσης ανεξάρτητου εκτιμητή επί της συναλλαγής αλλά και των όρων των Προσκλήσεων περί οικονομικών εχέγγυων που απαιτείται να πληροί ο Προτιμητέος Επενδυτής για την ομαλή εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης, οι οποίοι έχουν τεθεί προς τον σκοπό ελέγχου της σοβαρότητα της υποβληθείσας προσφοράς από οικονομική άποψη. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ουδεμία παράλειψη του ... έλαβε χώρα ως προς τον έλεγχο της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, πολλώ δε μάλλον το ... δεν υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής του ευχέρειας ως προς την απόφαση ανακήρυξης του παρεμβαίνοντος ως Προτιμητέου Επενδυτή και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: Σ1536 / 2024

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Οκτωβρίου 2024 και εκδόθηκε αυθημερόν στην Αθήνα.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ
α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**