

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18-3-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/350/19-3-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής «Προσφεύγων»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της «Επιτροπής Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων» (εφεξής «ΕΕΕΠ» ή «Αναθέτουσα»), αρμόδιας αρχής για τη Διενέργεια του διεθνούς πλειοδοτικού διαγωνισμού για την επιλογή του παραχωρησιούχου νέας άδειας καζίνο εντός της περιοχής του Μητροπολιτικού Πόλου Ελληνικού - Αγίου Κοσμά κατά την Απόφαση Υπουργού Οικονομικών ΔΕΕΟΘ Γ 0002374 ΕΞ 2018/22.02.2018 (ΦΕΚ Β 614/22.2.2018), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την παραπάνω προδικαστική προσφυγή ο Προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αρ. 1/2019 Διακήρυξης "Διεθνούς Πλειοδοτικού Διαγωνισμού για την Παραχώρηση Άδειας Λειτουργίας Επιχείρησης Καζίνο (ΕΚΑΖ) ευρέος φάσματος δραστηριοτήτων στον Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού - Αγίου Κοσμά", που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 19-2-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-2-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 19PROC004504907.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο από τον Προσφεύγοντα, αφού αυτός επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 15.000,00, που πληρώθηκε με το από 15-3-2019 έμβασμα της

2. Επειδή, η προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης ανοικτού πλειοδοτικού διαγωνισμού επιλογής παραχωρησιούχου, με ελάχιστο αρχικό τίμημα 30.000.000 ευρώ, που μάλιστα αποτελεί μέρος μόνο (συναθροιζόμενο με το συνολικό ετήσιο τίμημα) του προσφερόμενου τιμήματος (όρος 2.3.3 διακήρυξης *«Η Οικονομική Προσφορά κάθε Διαγωνιζόμενου βαθμολογείται σύμφωνα με τα ακόλουθα κριτήρια: Α. Αρχικό Τίμημα, το οποίο δεν μπορεί να είναι μικρότερο από το ποσό των τριάντα εκατομμυρίων ευρώ (€30.000.000). Β. Συνολικό Ετήσιο Τίμημα, το οποίο υπολογίζεται ως η καθαρή παρούσα αξία των ποσών που θα συμπληρωθούν από τον Διαγωνιζόμενο στον Πίνακα Ετήσιου Τιμήματος, σύμφωνα με το Παράρτημα VIII] για κάθε ημερολογιακό έτος, από το τρίτο (3ο) μέχρι και το εικοστό πέμπτο (25ο), της συνολικής 30ετούς περιόδου παραχώρησης. Το ύψος της Οικονομικής Προσφοράς κάθε Διαγωνιζόμενου ορίζεται ως το άθροισμα του Αρχικού Τιμήματος και του Συνολικού Ετήσιου Τιμήματος».*).

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. (βλ. και όρο 3.4. της διακήρυξης), ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. σχετικά και όρο 3.4. της διακήρυξης). Επιπλέον,

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως παρίσταται καταρχήν ότι υπογράφηκε από τους πληρεξούσιους δικηγόρους που όρισε με το μετά της προσφυγής συνυποβληθέν πληρεξούσιο της 14-3-2019.

4. Επειδή ο Προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής προβάλλει ότι μη νομίμως κατά το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, επεκτείνονται δια της διακήρυξης και δη δια του συνδυασμού των όρων αυτής 2.2.1, 2.2.4.2 περ. γ' και 2.2.7, οι περιορισμοί ως προς τη χώρα εγκατάστασης των δικαιουμένων προς συμμετοχή και στους τρίτους, στους οποίους οι προσφέροντες στηρίζονται προς πλήρωση προϋποθέσεων συμμετοχής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας κατ' άρ. 39 παρ. 2 Ν. 4413/2016. Επικαλείται δε ότι δεν πληροί μόνος του τα κριτήρια επιλογής και ως εκ τούτου έχει ανάγκη προς πλήρωσή τους τη στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα εγκατεστημένου στη ... [τρίτη χώρα, η οποία δεν περιλαμβάνεται στα συνεργάσιμα κράτη κατά την έννοια του όρου 2.2.1 της διακήρυξης], την οποία στήριξη όμως ούτως εμποδίζεται να επικαλεστεί και άρα, δια των προσβαλλομένων όρων αποκλείεται από τη διαδικασία. Περαιτέρω, ο Προσφεύγων αναφέρει ότι για την περίπτωση που η Αναθέτουσα δεν επιβεβαιώσει την εξαίρεση της από τα μη συνεργάσιμα κράτη κατά την έννοια του όρου 2.2.1 της διακήρυξης, όπως αυτό παραπέμπει στο άρ. 65 ΚΦΕ και τις οικείες κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδιδόμενες Αποφάσεις Υπουργού Οικονομικών, η ΑΕΠΠ θα πρέπει να εκφέρει κρίση και περί της επέκτασης ισχύος του παραπάνω περί μη συνεργάσιμων κρατών όρου, επί των τρίτων οικονομικών φορέων που παρέχουν στήριξη προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο Προσφεύγων βάλλει κατά του όρου 2.2.2 της διακήρυξης, επικαλούμενος ότι εισάγει ανεπίτρεπτη δυνατότητα μεταβολής ταυτότητας συμμετέχοντος μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών, αιτιώμενος δε ότι ο ως άνω όρος, παρότι δεν περιορίζει ευθέως τη δυνατότητα συμμετοχής του στον

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

διαγωνισμό, δημιουργεί περιβάλλον ανασφάλειας ως προς την εξέλιξη της διαδικασίας κατά την αξιολόγηση. Έτσι, παρεμποδίζεται να λάβει απόφαση περί υποβολής προσφοράς, λόγω της ρευστότητας των κανόνων που διέπουν τη διαδικασία, ενώ παράλληλα ισχυρίζεται ότι ο όρος αυτός θα επιτρέψει την παράκαμψη της αποκλειστικής προθεσμίας υποβολής προσφορών, την απουσία ελέγχου προϋποθέσεων συμμετοχής, λόγω αποκλεισμού και ποιοτικών κριτηρίων δια της δυνατότητας αντικατάστασης των μετεχόντων από άλλους εν μέσω της διαδικασίας, τη δυνατότητα τροποποίησης προσφορών κατά την αξιολόγηση και την παραβίαση των αρχών της διαφάνειας, της τυπικότητας, της ασφάλειας δικαίου ως προς τους κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας, ως και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

5. Επειδή, η ΕΕΕΠ με τις από 26-3-2019 και με αρ. πρωτ. 4344 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλείται καταρχάς, ότι η προσφυγή ασκήθηκε απαραδέκτως λόγω εκπροθέσμου, ισχυριζόμενη ότι ήδη από 22-2-2019 ο πληρεξούσιος του Προσφεύγοντος απευθύνθηκε σε αυτήν προς παραχώρηση πρόσβασης στην Εικονική Αίθουσα Τεκμηρίωσης (VDR), αναφέροντας ότι αποστέλλει και τα απαραίτητα κατά τη διακήρυξη έγγραφα, στοιχείο εκ του οποίου, κατά την Αναθέτουσα, προκύπτει πλήρης γνώση της διακήρυξης ήδη από 22-2-2019 και όχι την 9-3-2019 οπότε και συμπληρώθηκε το κατ'άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 τεκμήριο γνώσης με τη πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 19.02.2019, δεν αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, δημοσιεύθηκε δε στην ιστοσελίδα (www.gamingcommission.gov.gr), στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ και στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22-2-2019. Αυθημερόν και δη στις 22-2-2019 ο, ενεργών ως πληρεξούσιος του Προσφεύγοντος και έχων την ιδιότητα αυτή δυνάμει Συμβολαιογραφικού Πληρεξουσίου ήδη από 07-2-2019, το οποίο και προσκομίζεται, απευθύνθηκε στην ΕΕΕΠ δι' ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το ακόλουθο μήνυμα «*Αξιότιμε Κύριε, Παρακαλώ να μου χορηγηθεί πρόσβαση στην Εικονική Αίθουσα*

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

Τεκμηρίωσης (VDR) για τον Διεθνή Πλειοδοτικό Διαγωνισμό για την Παραχώρηση Άδειας Λειτουργίας Επιχείρησης Καζίνο (ΕΚΑΖ) ευρέος φάσματος δραστηριοτήτων στον Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού – Αγίου Κοσμά. Αποστέλλω συνημμένα τα απαραίτητα έγγραφα σύμφωνα με τη Διακήρυξη 1/2019». Προσθέτει δε η Αναθέτουσα ότι από το σύνολο του ως άνω ηλεκτρονικού μηνύματος του πληρεξουσίου δικηγόρου του Προσφεύγοντος συνάγεται ευθέως η πλήρης και πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης ήδη από τις 22-2-2019. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας, ο Προσφεύγων άσκησε την κρινόμενη προσφυγή είκοσι πέντε (25) ημέρες αφότου έλαβε γνώση αυτής, ήτοι εκπρόθεσμα, και θα πρέπει για το λόγο αυτό αυτή να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Ως προς δε τη βασιμότητα των δύο λόγων της προσφυγής, η ΕΕΕΠ προβάλλει ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος καθώς το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο επιτρέπουν να τίθενται για τον παρέχοντα στήριξη στις ικανότητές του οι αντίστοιχοι περιορισμοί που τίθενται και για το δικαίωμα συμμετοχής και ότι ο δεύτερος λόγος της προσφυγής προβάλλεται αφενός μεν απαράδεκτως, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, αφετέρου αβασίμως καθώς, σε αντίθεση με όσα προβάλλει ο Προσφεύγων, δεν αντίκειται ούτε στο ενωσιακό ούτε στο εθνικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων.

6. Επειδή περαιτέρω με τις από 5-4-2019 Συμπληρωματικές Απόψεις της η Αναθέτουσα επικαλείται ότι ο ..., ενεργών ως πληρεξούσιος του Προσφεύγοντος επισύναψε στο ως άνω από 22-2-2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΕΕΠ, τα έγγραφα που αναφέρονται στον όρο 2.1.3 της διακήρυξης ως προς τις λεπτομέρειές τους αναφέρονται (κατά παραπομπή από τον όρο 2.1.3) στο Παράρτημα II της διακήρυξης (Όροι Χρήσης του VDR και σχετικός Πίνακας – σελ. 53 ως και 59 της διακήρυξης, έγγραφο που μονογράφεται σε κάθε σελίδα και υπογράφεται από τον ...), στο Παράρτημα VI της διακήρυξης (Δήλωση Εμπιστευτικότητας – σελ. 69 και 70 της διακήρυξης, έγγραφο που επίσης υπογράφεται από τον ...) και στο Παράρτημα XI της διακήρυξης (Δήλωση συγκατάθεσης για την επεξεργασία

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

προσωπικών δεδομένων – σελ. 81 και 82 της διακήρυξης). Τα ως άνω έγγραφα, σύμφωνα με τη διακήρυξη, συμπληρώνονται, υπογράφονται και υποβάλλονται στην ΕΕΕΠ από κάθε Ενδιαφερόμενο Μέρος. Είναι προφανές κατά την Αναθέτουσα ότι ο δεν υπέβαλε τα ως άνω έγγραφα αυτοτελώς ως φυσικό πρόσωπο – Ενδιαφερόμενο Μέρος αλλά με χρήση της διεύθυνσης ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της εργασίας του (...) ως μέλος της δικηγορικής εταιρείας «....» σύμφωνα με το περιεχόμενο του από 07.02.2019 συμβολαιογραφικού πληρεξουσίου. Προσθέτει δε η Αναθέτουσα ότι με αυτή του την ιδιότητα δηλώθηκαν και τα στοιχεία του (με τα προαναφερόμενα υποβληθέντα έγγραφα), μεταξύ άλλων, ως μέλος ομάδας για την απόκτηση πρόσβασης στο VDR. Η ως άνω διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δηλώθηκε και στην υπό κρίση προσφυγή στα «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ». Με τα ως άνω εξάλλου στοιχεία συνυποβλήθηκε (ως προσδιοριστικό της ιδιότητας υπό την οποία έκανε τις παραπάνω υποβολές ο...) και το από 07.02.2019 Συμβολαιογραφικό Πληρεξούσιο της εταιρείας ..., με το οποίο ο ... κατέστη πληρεξούσιος της ως άνω εταιρείας στο πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού. Η δε πληρεξουσιότητά του εκτείνεται, μεταξύ άλλων, και στο να αιτηθεί πρόσβαση σε πλατφόρμες ηλεκτρονικώς τηρουμένων αρχείων και στοιχείων (όρος 1.2.3 πληρεξουσίου) και στη γενική εκπροσώπηση των συμφερόντων της παρέχουσας την πληρεξουσιότητα εταιρεία στο πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού (1.2.2 πληρεξουσίου). Η Αναθέτουσα προκειμένου να θεμελιώσει τους ισχυρισμούς της ότι ο Προσφεύγων είχε λάβει γνώση της διακήρυξης δια του πληρεξουσίου του, επικαλείται ότι σε κάθε περίπτωση κατά τον Αστικό Κώδικα (άρ. 718) «Ο εντολοδόχος έχει υποχρέωση να παρέχει πληροφορίες στον εντολέα σχετικά με την υπόθεση που του ανατέθηκε και μετά το πέρας της εντολής οφείλει λογοδοσία», οπότε σχετικά με όσα πληροφορείται ο πληρεξούσιος/εντολοδόχος ενεργώντας εντός του πλαισίου της πληρεξουσιότητάς του, συντρέπει μαχητό τεκμήριο γνώσης του αντιπροσωπευομένου/παρέχοντος την πληρεξουσιότητα, άλλως, όταν πρόκειται για τη γνώση (ή την υπαίτια άγνοια) ορισμένων περιστατικών, που ασκούν επιρροή στη δικαιοπραξία, λαμβάνεται υπόψη αυτή του πρόσωπου

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

του αντιπροσώπου (πρβλ. *Ιωάννης Καράκωστας, Αστικός Κώδικας Τόμος Δεύτερος, 2005, σελ. 512 επ.*). Ως προς τη λειτουργία της συνολικής ρύθμισης των άρθρων 214-215 ΑΚ και προς επίρρωση των ισχυρισμών της, η Αναθέτουσα επικαλείται ότι οι διατάξεις αυτές «καταλογίζουν τη γνώση του αντιπροσώπου στον αντιπροσωπευόμενο» (βλ. *Απ. Γεωργιάδης – Μ. Σταθόπουλος, Αστικός Κώδικας Γενικές Αρχές Τόμος ΙΒ Έκδοση 2η, 2016, σελ. 1048, παρ. 3*) και είναι «πρόσφορες να συμβάλουν στη νομοθετική θεμελίωση του καταλογισμού της γνώσης στα νομικά πρόσωπα» (βλ. *Δ. Λιάππη, Η γνώση στα νομικά πρόσωπα, 2009, αρ. 343 επ.*). Εξάλλου κατά την Αναθέτουσα, η υποχρέωση του εντολοδόχου περί παροχής πληροφοριών είναι διαρκής και περιλαμβάνει κάθε πληροφορία σχετική τόσο με επιμέρους ζητήματα όσο και με την κατάσταση στην οποία βρίσκεται συνολικά η υπόθεση, η οποία είναι απαραίτητη στον εντολέα για ενημέρωσή του και λήψη αποφάσεων ή παροχή οδηγιών προς τον εντολοδόχο (βλ. *Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, Αστικός Κώδιξ Κατ' άρθρο Ερμηνεία, Αθήναι 1980, σελ. 747*). Το δε τεκμήριο γνώσης του εντολέως (παρέχοντος την πληρεξουσιότητα), συντρέχει σύμφωνα και με το δίκαιο της [χώρας στην οποία εδρεύει ο Προσφεύγων] (αν ήθελε θεωρηθεί ότι τούτο τυγχάνει εφαρμοστέο για την ερμηνεία της πληρεξουσιότητας που χορηγήθηκε) και με την κατά το δίκαιο τούτο υποχρέωση παροχής πληροφοριών και λογοδοσίας του πληρεξουσίου / εντολοδόχου (πρβλ. άρθρο του Αστικού Κώδικα [της χώρας στην οποία εδρεύει ο Προσφεύγων]: «*The mandatary, unless expressly exempted by the mandator, is bound to render to the latter an account of his management and of everything he has received by virtue of the mandate, even if what he has received was not due to the mandatory*», [«*Ο πληρεξούσιος, υποχρεούται να ενημερώνει τον εντολέα του για τις ενέργειές του και να του αποδίδει ό, τι έλαβε δυνάμει της εντολής/πληρεξουσιότητάς του, εκτός αν τον απαλλάξει ρητά ο εντολέας από την υποχρέωση αυτή, ακόμη και αν ό, τι έλαβε δεν οφειλόταν στον εντολέα*»]. Επομένως κατά την Αναθέτουσα, από την αποδεικνυόμενη πλήρη γνώση της διακήρυξης από τον πληρεξούσιο της εταιρείας ... τεκμαίρεται, κατά τα ανωτέρω, πλήρης γνώση της διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

και από την εταιρεία Επιπροσθέτως, και με λόγο αυτοτελώς προβαλλόμενο δε η Αναθέτουσα αναφέρει ότι ένα εκ των δηλωθέντων από τον πληρεξούσιο του Προσφεύγοντος προσώπων που αιτήθηκαν και απέκτησαν πρόσβαση στο VDR και συγκεκριμένα ο κος της εταιρείας ... έλαβε γνώση της διακήρυξης ήδη από τις 5-3-2019 δηλαδή σε χρόνο προγενέστερο της συμπλήρωσης του 15νθημέρου (9-3-2019) από τη δημοσίευση της διακήρυξης (22-2-2019), γεγονός που κατά την Αναθέτουσα αποδεικνύεται από τα υποβληθέντα από αυτήν έγγραφα (*'History of actions over files and folders_.... - initial upload* καταχώρηση υπ' αρ. 20 καθώς και *'History of actions over files and folders_... initial upload and first view*) '- καταχώρηση υπ' αρ. 24). Θα πρέπει δε να γίνει δεκτό, κατά την Αναθέτουσα, ότι η λήψη γνώσης της διακήρυξης από πρόσωπο ή πρόσωπα, που δηλώθηκαν από τον ίδιο τον πληρεξούσιο του Προσφεύγοντος ως μέλη της ομάδας που θα αποκτούσε (και απέκτησε) πρόσβαση στο VDR για λογαριασμό του Προσφεύγοντος θα πρέπει να λογίζεται ως λήψη γνώσης της διακήρυξης από τον ίδιο τον Προσφεύγοντα ιδίως δε διότι κατά τη ρητή διατύπωση της διακήρυξης, τα πρόσωπα που δηλώνει κάθε Ενδιαφερόμενος – Χρήστης θα πρέπει να είναι υπάλληλοι του Χρήστη. Τέλος, η Αναθέτουσα προσκόμισε με τις συμπληρωματικές απόψεις της έγγραφα προκύπτοντα από το αποθηκευμένο στην οικεία Εικονική Αίθουσα Τεκμηρίωσης (VDR) του διαγωνισμού, ιστορικό ενεργειών των εγγεγραμμένων σε αυτόν χρηστών από τα οποία αποδεικνύεται η ακριβής ημέρα και ώρα κατά την οποία έκαστος χρήστης του VDR εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή («view») ή μεταφόρτωσε στον υπολογιστή του («download») το αναρτημένο εκεί κείμενο της διακήρυξης καθώς και των Παραρτημάτων και σχετικών κρίσιμων εγγράφων της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή περαιτέρω με το από 22-4-2019 Υπόμνημά του, το οποίο υπεβλήθη κατόπιν συμπληρωματικών απόψεων της Αναθέτουσας των οποίων έλαβε γνώση, ο Προσφεύγων επικαλείται ότι η πλήρης γνώση από την οποία εκκινεί η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης διακρίνεται σε δύο τυπικές μορφές, την πραγματική και την τεκμαιρόμενη

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

γνώση. Λαμβανομένων υπόψη αφενός ότι μπορεί να μην είναι σαφές πότε έλαβε χώρα η πραγματική γνώση αφετέρου ότι επιβάλλεται η επίκαιρη και ταχεία επίλυση των διαφορών στα πλαίσια της δικονομικής οδηγίας (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ), το χρονικό σημείο κατά το οποίο κατά τον Προσφεύγοντα επέρχεται η τεκμαιρόμενη γνώση ορίζεται η δέκατη πέμπτη (15) ημέρα από την δημοσίευση της προκήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), στο οποίο υποχρεωτικά αναρτώνται οι πάσης φύσεως προκηρύξεις συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Ν. 4412/2016, τούτο δε συνιστά το απώτατο χρονικό όριο λήψεως πλήρους γνώσης της προκήρυξης από κάθε ενδιαφερόμενο. Επειδή περαιτέρω κατά τον Προσφεύγοντα, δεν υπάρχει ομολογία του περί του ότι έλαβε πλήρη γνώση της διακήρυξης νωρίτερα από το ως άνω απώτατο χρονικό σημείο και επειδή ως εκ τούτου δεν μπορεί να είναι σαφές, ούτε να προκύψει από την ερμηνευτική προσέγγιση των διατάξεων περί αντιπροσώπευσης και εντολής του ΑΚ που επικαλείται η ΕΕΕΠ, πότε έλαβε χώρα η πραγματική πλήρης γνώση της διακήρυξης από τον ίδιο, η προθεσμία για την άσκηση της επίδικης προδικαστικής προσφυγής εκκίνησε την δέκατη πέμπτη (15) ημέρα από την δημοσίευση της προκήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), οπότε και δυνάμει της ανωτέρω αναφερόμενης διάταξης τεκμαίρεται η πλήρης γνώση αυτής. Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας, ότι σε κάθε περίπτωση η γνώση του περιεχομένου της ένδικης διακήρυξης από τον Προσφεύγοντα έλαβε χώρα είτε μέσω του πληρεξουσίου δικηγόρου ... είτε στις 05.03.2019, όταν ένα εκ των προσώπων (δηλωθέντα και αποκτήσαντα πρόσβαση στο VDR πρόσωπα –χρήστες) ο κος ... της εταιρείας ... έλαβε γνώση της διακήρυξης ήδη από 5-3-2019 (ως προκύπτει από την καταχώρηση υπ' αριθμ. 24 στους προσκομισθέντες πίνακες), δηλαδή σε χρόνο προγενέστερο της συμπλήρωσεως του δεκαπενθημέρου (9-3-2019) από τη δημοσίευση της διακήρυξης (22-2-2019) και άρα κατά το χρόνο ασκήσεως της ενδίκου προσφυγής είχε παρέλθει η κατά νόμο δεκαήμερη προθεσμία για την άσκησή της, ο Προσφεύγων επάγεται ότι οι

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

προπαρασκευαστικές ενέργειες, όπως μεταξύ άλλων το αίτημα πρόσβασης στο VDR, στις οποίες προβαίνει ο δικηγόρος ή άλλος τρίτος συνεργάτης προκειμένου να ενημερωθεί ο ίδιος για τη διακήρυξη ενός δημόσιου διαγωνισμού, να προετοιμαστεί κατάλληλα, να λάβει πλήρη γνώση του περιεχομένου της, να το κατανοήσει, να το αποκωδικοποιήσει και στη συνέχεια να ενημερώσει αναλυτικά τον πελάτη του κατά χρόνο που θα κρίνεται κατάλληλος κατά περίπτωση, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί ότι συνιστούν πλήρη και πέραν πάσης αμφιβολίας γνώση του περιεχομένου της διακήρυξης ούτε από τον ίδιο τον Δικηγόρο ή τον τρίτο συνεργάτη, ούτε πολύ περισσότερο από τον πελάτη τους. Τούτο δε διότι το πώς λειτουργεί η εσωτερική σχέση δικηγόρου/τρίτου συνεργάτη-πελάτη, ο τρόπος και το περιεχόμενο της επικοινωνίας μεταξύ τους, η ενδεχόμενη πλημμελής άσκηση καθηκόντων είναι στοιχεία που αφορούν τη σχέση δικηγόρου/τρίτου συνεργάτη-πελάτη, τη μεταξύ τους συμφωνία και τον τρόπο που αυτή υλοποιείται. Η εξάρτηση του δικαιώματος του Προσφεύγοντος να λάβει προδικαστική προστασία με τη μορφή άσκησης προδικαστικής προσφυγής, από τις ενέργειες, πράξεις ή παραλείψεις, τρίτων προσώπων, θα συνιστούσε πρωτοφανή και ανεπίτρεπτο περιορισμό του σχετικού συνταγματικού δικαιώματός της, ιδιαίτερα στις περιπτώσεις που ουδόλως αποδεικνύεται με οποιοδήποτε τρόπο πλήρης και πέραν πάσης αμφιβολίας γνώση της διακήρυξης από τον ίδιο τον Προσφεύγοντα και τους νομίμους εκπροσώπους του. Επικουρικώς, ο Προσφεύγων επικαλείται ότι το υποβαλλόμενο με το συμπληρωματικό υπόμνημα επιχείρημα της ΕΕΕΠ, με σχετική παραπομπή στην απόφαση Ε.Α. ΣτΕ 1168/2009, σύμφωνα με το οποίο πλήρης γνώση της διακήρυξης μπορεί να συναχθεί και από άλλα στοιχεία, όπως για παράδειγμα από την υποβολή σχετικής αιτήσεως εκ μέρους του ενδιαφερομένου για παροχή διευκρινίσεων, πρέπει να απορριφθεί διότι ο πληρεξούσιος δικηγόρος του Προσφεύγοντος κατέθεσε αίτημα παροχής διευκρινίσεων επί των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού στις 8 Μαρτίου 2019 και η προσφυγή κατατέθηκε στις 18 Μαρτίου 2019, δηλαδή εντός δέκα (10) ημερών, σύμφωνα και με το άρθρο 8(4) του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, στον ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται, μεταξύ άλλων, στη διάταξη του άρθρου 360, ότι «1. 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 προβλεπόμενων [...] ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων [...] κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά την διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

9. Επειδή περαιτέρω κατά τη διάταξη του αρ. 361 «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 ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. [...]».

10. Επειδή, από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τον ενδιαφερόμενο ενώπιον της ΑΕΠΠ πρέπει να ασκείται εντός της ως άνω προβλεπόμενης προθεσμίας από

την επομένη της κοινοποίησης της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης, σε περίπτωση που η πράξη κοινοποιήθηκε ή από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος έλαβε πλήρη γνώση αυτής (πραγματική ή τεκμαιρόμενη). Ειδικώς, στην περίπτωση προσβολής όρων διακήρυξης, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται εντός δέκα ημερών από την πλήρη γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, δεν μπορεί, όμως, να ασκηθεί εν πάση περιπτώσει μετά την πάροδο εικοσιπέντε ημερών από την δημοσίευση αυτής στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ., διότι μετά την πάροδο της εν λόγω δεκαπενθήμερης από την εκεί δημοσίευση προθεσμίας τεκμαίρεται πλήρης γνώση της διακήρυξης εκ μέρους των ενδιαφερομένων να μετάσχουν στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων, άρα τούτο συνιστά το απώτατο σημείο από το οποίο άρχεται η προβλεπόμενη στην ως άνω διάταξη δεκαήμερη από την πλήρη πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση, προθεσμία.

11. Επειδή εξάλλου, η πλήρης πραγματική γνώση δεν υποκαθίσταται ούτε καταργείται από την τεκμαιρόμενη, η οποία προβλέπεται ως ασφαλιστική δικλείδα για την παράταση της προθεσμίας άσκησης προσφυγής, μόνο κατά την περίπτωση που η πλήρης πραγματική γνώση δεν προκύπτει ή δεν αποδεικνύεται. Υπό αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, δεν θα υπήρχε λόγος ύπαρξης σημείου εκκίνησης προθεσμίας από την πλήρη πραγματική γνώση του βλαπτικού γεγονότος και η έναρξης της προθεσμίας θα ήταν ενιαία και δη η τεκμαιρόμενη για όλους τους διοικούμενους ανεξαρτήτως του χρονικού σημείου κατά το οποίο έλαβαν γνώση, εκδοχή που όμως αντιβαίνει στο ίδιο το γράμμα του νόμου. Το νομικό αυτό ζήτημα έχει αντιμετωπιστεί νομολογιακά υπό το προγενέστερο καθεστώς του ν. 4412/2016 και δη αυτό του ν. 3886/2010, οπότε και κρίθηκε (ΣΤΕ 1043/2009, ΔΕφ Αθ 679/2011) ότι πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης θα προέκυπτε μόνο αν από τα στοιχεία του φακέλου μπορούσε με βεβαιότητα να συναχθεί το χρονικό σημείο κατά το οποίο η διακήρυξη περιήλθε σε γνώση του Προσφεύγοντος, γεγονός που επιρρωνύει την ως άνω κρίση ότι δηλαδή υφίστανται δύο αυτοτελή είδη γνώσης και δη η πλήρης πραγματική και η τεκμαιρόμενη, εφόσον δε αποδεικνύεται από τα στοιχεία του φακέλου η πρώτη, δεν πληρούνται οι

προϋποθέσεις εφαρμογής της δεύτερης.

12. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργείται με υποβολή προσφορών σε φυσική μορφή κατά τον όρο 2.4.2.1 της διακήρυξης, ενώ κατά τον όρο 2.1.3 οι *«Οι Ενδιαφερόμενοι θα έχουν τη δυνατότητα να λάβουν πληροφορίες αναφορικά με το Διαγωνισμό μέσω πρόσβασης στο VDR, όπου θα είναι διαθέσιμα σε ψηφιακή μορφή τα Έγγραφα της Σύμβασης Παραχώρησης και λοιπά πληροφορικά στοιχεία»*, δια του VDR («Εικονική Αίθουσα Τεκμηρίωσης») υποβάλλονται δε διευκρινιστικά ερωτήματα και αιτήματα επιτόπιας επίσκεψης, πέραν των άλλων κατά τον όρο 2.1.4 και τον όρο 2.1.5 αντίστοιχα, δια του οποίου εξάλλου υποβάλλονται σχόλια επί του Σχεδίου Παραχώρησης, εκεί δε αναρτάται και το τελικό σχέδιο της Σύμβασης Παραχώρησης κατά τους όρους 2.1.6.1, 2.1.6.2, τα αντίστοιχα δε ισχύουν και για τη Σύμβαση Ακινήτου κατά τον όρο 2.1.7. Και το υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς κατά τον όρο 2.4.5 αναρτάται στο VDR, ενώ δι' αυτού οι ενδιαφερόμενοι ανακτούν τις σχετικές πληροφορίες από τη δημόσια διαβούλευση επί ενιαίας μελέτης περιβαλλοντικών επιπτώσεων σύμφωνα με τη διαδικασία του ν. 4014/2011, κατά τον όρο 1.7 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ I της διακήρυξης (*«Κατά το χρόνο αυτό θα αναρτηθεί στο VDR ο υπερ-σύνδεσμος του σχετικού ιστότοπου, προκειμένου οι Ενδιαφερόμενοι να μπορούν να αναζητήσουν και να ανακτήσουν τις σχετικές πληροφορίες.»*). Το ως άνω VDR είναι, κατά τον όρο 1.1 του ειδικού για αυτό ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II της διακήρυξης *«ο διαδικτυακός χώρος αποθήκευσης δεδομένων, στον οποίο θα βρίσκονται συγκεντρωμένα σε ψηφιακή μορφή τα Έγγραφα της Σύμβασης Παραχώρησης και λοιπά πληροφορικά στοιχεία που θα διατεθούν στους Ενδιαφερομένους από την ΕΕΕΠ σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον όρο 2.1.3 της Διακήρυξης και στο παρόν.»*. Η δε πρόσβαση σε αυτόν διέπεται από τους όρους χρήσης της Εικονικής Αίθουσας Τεκμηρίωσης (VDR), κατά τον όρο 1.2 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II, που *«ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες κάθε Χρήστης, αφού λάβει ηλεκτρονικό κωδικό πρόσβασης, δύναται να επισκέπτεται, να έχει πρόσβαση και να χρησιμοποιεί το VDR. Οι Όροι*

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση πρόσβασης στο VDR από οποιονδήποτε Χρήστη και κάθε Χρήστης υποχρεούται να αποδέχεται και συμμορφώνεται με αυτούς. Με τη χρήση του VDR εκ μέρους ενός Χρήστη, τεκμαίρεται η εκ μέρους του αποδοχή των όρων πρόσβασης και λειτουργίας του, που παρατίθενται στο παρόν Παράρτημα.», κατά τον όρο 2.1 του ίδιου ως άνω Παραρτήματος II, ενώ κατά τον όρο 1.4 αυτού ως «χρήστης» ορίζεται «το πρόσωπο που απέκτησε πρόσβαση στο VDR, υπογράφοντας τη Δήλωση Εμπιστευτικότητας (Παράρτημα VI) και τη Δήλωση Συγκατάθεσης για την Επεξεργασία Προσωπικών Δεδομένων (Παράρτημα XI) και εν συνεχεία, λαμβάνοντας ηλεκτρονικό κωδικό πρόσβασης, δύναται να επισκέπτεται , να έχει πρόσβαση και να χρησιμοποιεί το VDR.». Άρα, η υποβολή των ως άνω δύο δηλώσεων, εμπιστευτικότητας και συγκατάθεσης για επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, των Παραρτημάτων II, VI και XI της διακήρυξης αντίστοιχα, συνιστά την προϋπόθεση για την απόκτηση πρόσβασης στον ως άνω εικονικό χώρο των ενδιαφερομένων προς συμμετοχή στη διαδικασία οικονομικών φορέων δια των φυσικών προσώπων που τα εκπροσωπούν. Εν προκειμένω δε, στο ως άνω VDR αναρτήθηκαν ήδη από 25-2-2019 τα έγγραφα της διαδικασίας και συγκεκριμένα η ίδια η δημοσιευθείσα από 22-2-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξη ("Call for Tenders"), το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς ("Financial Offer"), το αρχικό σχέδιο της σύμβασης παραχώρησης που αποτελεί και το αντικείμενο της όλης επίδικης διαδικασίας ("Concession Agreement") και το αρχικό σχέδιο της Σύμβασης Ακινήτου ("Land Agreement").

13. Επειδή, με το από 7-2-2019 πληρεξούσιο του Προσφεύγοντος προς τον πληρεξούσιο δικηγόρο του ..., βάσει της υποβολής εξάλλου του οποίου το ως άνω φυσικό πρόσωπο ζήτησε και έλαβε πρόσβαση στην Εικονική Αίθουσα Τεκμηρίωσης (VDR) του διαγωνισμού, βλ. ανωτέρω σκ. 5, ως εκπρόσωπος του Προσφεύγοντος, διενεργώντας εφεξής κάθε οικεία διαδικαστική ενέργεια, όπως υποβολή ερωτημάτων για διευκρινίσεις μέσω της ως άνω Εικονικής Αίθουσας, ορίζονται τα εξής «*This revocable power of attorney is made on 7th February 2019 by ... a company duly existing and*

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

incorporated in accordance with the laws of the (the "Grantor"). 1. Appointment and Powers. 1.1. The Grantor hereby appoints (a)... , Attorney at Law [...] and (b)... , Attorney at Law [...] jointly and severally as its attorneys (the "Attorneys") and in the Grantors name or otherwise acting on its behalf and strictly in accordance with its instructions to: 1.2.1 provide legal representation to the Grantor in its participation in the international tender process initiated by the Hellenic Gaming Commission (HGC) licensing of an Integrated Resort Casino of the Hellinikon site, Athens, Greece (the "Hellinikon Tender"); 1.2.2 represent the interests of the Grantor in the Hellinikon Tender before the HGC and all other relevant governmental, judicial, regulatory and administrative authorities, entities and bodies and persons howsoever constituted (the "Relevant Authorities") within the territory and jurisdiction of Greece (the "Territory"); 1.2.3. apply for and receive on behalf of the Grantor copies of all documentation, notifications, responses, publications and access permissions issued by the HGC, the Hellinikon Site Owners and any other Relevant Authorities from time to time relating to the Hellinikon Tender including but not limited to any official tender documentation, proposals, land agreements, consultation papers or authorized access to electronically hosted documentation portals; 1.2.4. submit all relevant requests, consultation responses, notifications and communication to any Relevant Authorities or third parties and to formulate any necessary actions, appeals and undertakings on behalf of the Grantor as may be deemed necessary in order to (i) enable the Grantor to participate in the Hellinikon Tender process (including satisfying any pre-requisites for participation) [...]» (μετάφραση στην ελληνική «Το παρόν ανακλητό πληρεξούσιο συντάσσεται στις 7 Φεβρουαρίου 2019 από την.... , μια εταιρεία που και έχει συσταθεί και λειτουργεί σύμφωνα με τους νόμους της [...] (ο «Εξουσιοδοτών»). 1. Διορισμός και Εξουσίες. 1.1. Ο Εξουσιοδοτών διορίζει (α) τον..., Δικηγόρο [...] και β) τον κ....., Δικηγόρο [...] από κοινού και τον καθένα από μόνο του ως δικηγόρους του («Δικηγόροι») προκειμένου στο όνομα του Εξουσιοδοτούντος ή ενεργώντας για λογαριασμό του και αυστηρά

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

σύμφωνα με τις οδηγίες του όπως: 1.2.1 Παρέχουν νομική εκπροσώπηση στον Εξουσιοδοτούντα κατά τη συμμετοχή του στη διαδικασία διεθνούς διαγωνισμού που έχει εκκινήσει από την Επιτροπή Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων (ΕΕΕΠ) που αφορά στην αδειοδότηση ενός Ολοκληρωμένου Τουριστικού Συγκροτήματος - Καζίνο στο Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού, στην Αθήνα, Ελλάδα ("Διαγωνιστική διαδικασία Ελληνικού"). 1.2.2 Εκπροσωπούν τα συμφέροντα του Εξουσιοδοτούντος στη Διαγωνιστική διαδικασία Ελληνικού ενώπιον της Επιτροπής Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων και κάθε άλλης σχετικής κυβερνητικής, δικαστικής, ρυθμιστικής και διοικητικής αρχής, φορέα, οργάνου και προσώπου όπως έχουν συσταθεί («οι Αρμόδιες Αρχές») στην Ελληνική επικράτεια και δικαιοδοσία (η "Επικράτεια"). 1.2.3. Αιτηθεί και παραλάβει για λογαριασμό του Εξουσιοδοτούντος αντίγραφα όλων των εγγράφων, κοινοποιήσεων, απαντήσεων, δημοσιεύσεων και των αδειών πρόσβασης που έχουν εκδοθεί από την Επιτροπή Εποπτείας και Ελέγχου Παιγνίων, τους ιδιοκτήτες του ακινήτου στο Μητροπολιτικό Πόλο Ελληνικού και από οιοσδήποτε Αρμόδιες Αρχές οποτεδήποτε σχετιζόμενες με τη Διαγωνιστική διαδικασία Ελληνικού συμπεριλαμβανομένων μη περιοριστικά αναφερομένων, οιοσδήποτε επίσημων εγγράφων του διαγωνισμού, προτάσεων, εμπραγμάτων συμφωνητικών, εγγράφων διαβούλευσης ή εγγράφων σχετικών με εξουσιοδοτημένη πρόσβασης σε ηλεκτρονικές πύλες τεκμηρίωσης. 1.2.4. Υποβάλει όλες τις σχετικές αιτήσεις, απαντήσεις, κοινοποιήσεις και επικοινωνίες με τις Αρμόδιες Αρχές ή τρίτους και να προβεί στη σύνταξη κάθε αναγκαίου διαδικαστικού εγγράφου, προσφυγής και δέσμευσης για λογαριασμό του Εξουσιοδοτούντος, όπως τυχόν κριθεί απαραίτητο, προκειμένου να (i) καταστεί δυνατή η συμμετοχή του Εξουσιοδοτούντος στη Διαγωνιστική διαδικασία Ελληνικού (συμπεριλαμβανομένης της ικανοποίησης τυχόν προαπαιτούμενων συμμετοχής) [...].» [βλ. ομοίως άρθρο 4 του π.δ. 39/2017 (Α' 64) «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών»].). Επομένως, εκ των ως άνω είναι σαφές ότι το παραπάνω φυσικό πρόσωπο, που είναι εξάλλου και το ίδιο πρόσωπο που

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

εξαρχής και καθ' όλη τη διαδρομή της διαδικασίας έως σήμερα, υποβάλλει για λογαριασμό και στο όνομα του Προσφεύγοντος ερωτήματα και αιτήματα κάθε είδους μέσω του VDR και προς την Αναθέτουσα, αλλά και υπογράφει την προκειμένη προδικαστική προσφυγή ως και το οικείο από 22-4-2019 υπόμνημα ενώπιον της ΑΕΠΠ, είχε ήδη από 7-2-2019 (χρόνο του πληρεξουσίου) και σε κάθε περίπτωση κατά την 22-2-2019 (χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ) και την 25-2-2019 (χρόνο ανάρτησης όλων των εγγράφων του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων και η διακήρυξη στο VDR), έως και σήμερα αδιάκοπα (δεδομένου εξάλλου ότι ουδόλως ο Προσφεύγων επικαλείται οιαδήποτε διακοπή ή ανάκληση των ως άνω εξουσιών έως και την υποβολή του τελικού υπομνήματός του ενώπιον της ΑΕΠΠ), ιδιότητα πληρεξουσίου του Προσφεύγοντος και μάλιστα, όχι απλά βάσει της ιδιότητας του ως δικηγόρου και της σχέσης δικηγόρου-εντολέα μετά κάθε εν γένει έννομης σχετικής συνέπειας ως προς την εκ μέρους του εντολέα γνώση βάσει των ενεργειών του δικηγόρου, αλλά και βάσει νομίμως συνταχθέντος πληρεξουσίου, το οποίο, μεταξύ άλλων, ειδικώς προβλέπει ότι ο πληρεξούσιος παραλαμβάνει έγγραφα κάθε είδους σχετικά με τον διαγωνισμό, επομένως και προεχόντως τα κάθε είδους έγγραφα της σύμβασης, και άρα λαμβάνει και γνώση περί αυτών και για λογαριασμό του εντολέα του, τον οποίο εν γένει εκπροσωπεί και ασκεί για λογαριασμό του κάθε είδους πράξη και ενέργεια, στο πλαίσιο της προκειμένης διαδικασίας.

14. Επειδή, από το αποθηκευμένο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (VDR) ιστορικό ενεργειών των εγγεγραμμένων σε αυτόν χρηστών, που κατά τα ανωτέρω προσκόμισε η Αναθέτουσα, αποδεικνύεται η ακριβής ημέρα και ώρα κατά την οποία έκαστος χρήστης του VDR εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή («*view*») ή μεταφόρτωσε στον υπολογιστή του («*download*») το αναρτημένο εκεί κείμενο της διακήρυξης καθώς και των Παραρτημάτων και σχετικών κρίσιμων εγγράφων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα η Αναθέτουσα προσκόμισε πίνακες από τους οποίους προκύπτει, μεταξύ άλλων, ότι ο ... ως προς το κείμενο της κρίσιμης διακήρυξης ("*Call for Tenders*") στα ελληνικά και σε μορφή pdf έκανε

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

χρήση της λειτουργίας “view”, ήτοι το εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του στις 25-2-2019 και ώρα 17:25 και εκ νέου στις 5-3-2019 και ώρα 15:04. Επίσης, ο ... ως προς το κείμενο της Σύμβασης Παραχώρησης (“*Concession Agreement*”) στα ελληνικά και σε μορφή pdf έκανε χρήση της λειτουργίας “view”, ήτοι το εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του στις 25-2-2019 και ώρα 16:50, ενώ στις 16:37 είχε κάνει χρήση της λειτουργίας “download” ήτοι το μεταφόρτωσε και στον υπολογιστή του. Περαιτέρω ο ... ως προς το κείμενο της Σύμβασης Παραχώρησης στα ελληνικά και σε μορφή word έκανε χρήση της λειτουργίας “view”, ήτοι το εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του στις 25-2-2019 και ώρα 16:38, ενώ στις 16:37 είχε κάνει χρήση της λειτουργίας “download” ήτοι το μεταφόρτωσε και στον υπολογιστή του. Επιπροσθέτως, ο ίδιος ως προς το κείμενο της Σύμβασης Παραχώρησης στα αγγλικά έκανε χρήση της λειτουργίας “view”, ήτοι το εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του στις 25-2-2019 και ώρα 16:35, ενώ στις 16:36 είχε κάνει χρήση της λειτουργίας “download” ήτοι το μεταφόρτωσε και στον υπολογιστή του. Προσκομίστηκε επίσης πίνακας ενεργειών από τον οποίο προκύπτει ότι ο ... ως προς το κείμενο του υποδείγματος της Οικονομικής Προσφοράς (“*Financial Offer*”) έκανε χρήση της λειτουργίας “view”, ήτοι το εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του και της λειτουργίας “download” ήτοι το μεταφόρτωσε και στον υπολογιστή του στις 25-2-2019 και ώρα 16:44. Τέλος, ο ... ως προς το κείμενο της Σύμβασης Ακινήτου (“*Land Agreement*”) έκανε χρήση της λειτουργίας “view”, ήτοι το εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του στις 25-2-2019 και ώρα 17:08. Εξάλλου προσκομίστηκε περαιτέρω πίνακας από τον οποίο προκύπτει ότι ο..., υπάλληλος της εταιρείας ..., ο οποίος έλαβε δικαιώματα πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ως μέλος της ομάδας ..., ως προς το κείμενο της διακήρυξης στα ελληνικά και στα αγγλικά έκανε χρήση της λειτουργίας “download” ήτοι τα μεταφόρτωσε στον υπολογιστή του στις 5-3-2019 και ώρα 14:03. Ο ίδιος ως προς το κείμενο του υποδείγματος της Οικονομικής Προσφοράς (“*Financial Offer*”) έκανε την ίδια ημέρα και ώρα

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

χρήση της λειτουργίας “download” ήτοι το μεταφόρτωσε στον υπολογιστή του. Σημειώνεται δε ότι προσκομίστηκε από την Αναθέτουσα έγγραφο σύμφωνα με το οποίο ο ..., ήταν ανάμεσα στα άτομα για τα οποία ζητήθηκε πρόσβαση στο VDR για λογαριασμό του Προσφεύγοντος, ως μέλος της ομάδας των προσώπων του τελευταίου που έχουν πρόσβαση στην οικεία πληροφόρηση περί της προκειμένης διαδικασίας, αναφερόμενος εκεί ως εξωτερικός σύμβουλος της εν λόγω εταιρείας.

15. Επειδή, εξ όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι ο πληρεξούσιος δικηγόρος του Προσφεύγοντος, και δη ακριβώς το πρόσωπο που ειδικώς εξουσιοδοτήθηκε με το ως άνω από 7-2-2019 πληρεξούσιο προκειμένου να εκπροσωπεί τον Προσφεύγοντα για κάθε σχετικό με τη διαδικασία ζήτημα, αλλά και να λαμβάνει γνώση των εγγράφων αυτής, είχε ήδη από 25-2-2019 και μάλιστα αυθημερόν κατά την ανάρτηση των οικείων εγγράφων στο VDR, λάβει γνώση όχι μόνο της ίδιας της προσβαλλομένης διακήρυξης, αλλά και των συνοδευτικών εγγράφων της διαδικασίας. Τούτο προκύπτει ευθέως από την αποδεικνυόμενη χρήση της λειτουργίας “view” του VDR, δια της οποίας οι χρήστες εμφανίζουν ολόκληρο και πλήρες το περιεχόμενο του οικείου εγγράφου στον υπολογιστή τους, προς τον σκοπό της ανάγνωσης. Και τούτο διότι, κατά την εν λόγω ημερομηνία, ο πληρεξούσιος δικηγόρος του Προσφεύγοντος και ειδικά εξουσιοδοτημένος μεταξύ άλλων να λαμβάνει γνώση των εγγράφων του διαγωνισμού, ανακτώντας στην οθόνη του υπολογιστή του, το πλήρες περιεχόμενο της διακήρυξης από τον ηλεκτρονικό τόπο, όπου αυτή ήταν ήδη αναρτημένη σε πλήρες κείμενο, απέκτησε συγχρόνως κατά λογική αναγκαιότητα, πλήρη πρόσβαση στο συνολικό περιεχόμενό της (βλ. ΕΑ 859/2011 και 110/2007, όπου η πλήρης γνώση της διακήρυξης συνήχθη από το γεγονός της παραλαβής της). Το γεγονός αυτό, σε συνδυασμό α) με την εκ μέρους του Προσφεύγοντος - πολλώ δε μάλλον του πληρεξουσίου δικηγόρου του- γνώση του συντόμου της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής (προκειμένου να μην παρακωλύεται η πρόοδος του διαγωνισμού για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, πρβλ. ΣτΕ 438/2005), και β) του ευλόγου ενδιαφέροντός του

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

Προσφεύγοντος και του πληρεξουσίου δικηγόρου του για την συμμετοχή του στον διαγωνισμό, το οποίο ενισχύεται, εν προκειμένω, και από την εκ μέρους του πληρεξουσίου δικηγόρου του Προσφεύγοντος υποβολή αιτήματος πρόσβασης στο VDR ήδη από τις 22-2-2019 (ημέρα ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ) (γεγονός που αποδεικνύει το επιτεταμένο ενδιαφέρον για πρόσβαση σε όλα τα έγγραφα του διαγωνισμού), στοιχειοθετούν πλήρη πραγματική γνώση της διακήρυξης (αλλά και των συνοδευτικών αυτής εγγράφων) εκ μέρους του Προσφεύγοντος τουλάχιστον από την ανωτέρω ημερομηνία, ήτοι την 25-2-2019 (*ad hoc* ΣτΕ ΕΑ 109/2019). Η δε από 22-2-2019 αίτησή του πληρεξουσίου δικηγόρου του Προσφεύγοντος για πρόσβαση στο VDR και δη με ρητή αναφορά του ίδιου «*Αποστέλλω συνημμένα τα απαραίτητα έγγραφα σύμφωνα με τη Διακήρυξη 1/2019.*», συνιστά παραδοχή ότι έχει γνώση ήδη από εκείνη την ημέρα, δηλαδή την 22-2-2019, ήτοι την ίδια ημέρα που δημοσιεύθηκε η διακήρυξη στο ΚΗΜΔΗΣ, του περιεχομένου της ανωτέρω διακήρυξης, άλλως εξάλλου δεν θα ήταν δυνατόν να γνωρίζει τα ανωτέρω κατά το Παράρτημα II της διακήρυξης και δη σε συνδυασμό με τα Παραρτήματα VI και XI (τμήμα της διακήρυξης), τα οποία αποτελούσαν έντυπα που ήταν υποχρεωτικώς υποβλητέα για την παραχώρηση της πρόσβασης στο VDR. Επιπλέον και σε κάθε περίπτωση, τα ίδια τα έντυπα που ο Προσφεύγων υπέβαλε (Παράρτημα II, VI και XI της διακήρυξης) την 22-2-2019 ως απαραίτητα κατά τα ως άνω συνοδευτικά της παραπάνω αίτησής του, συνιστούν αφενός αυτούσια τμήματα από το περιεχόμενο της διακήρυξης, αφετέρου υπεγράφησαν από τον πληρεξούσιο δικηγόρο του την 22-2-2019. Είναι δε πρόδηλο ότι δεν είναι δυνατόν να υποστηριχθεί ότι ο Προσφεύγων δια του πληρεξουσίου δικηγόρου του είχε λάβει πλήρη γνώση τμήματος του ενιαίου (σε ένα και μόνο μάλιστα δημοσιευθέν στο ΚΗΜΔΗΣ αρχείο) περιεχομένου της διακήρυξης (των συμπληρωθέντων, υπογεγραμμένων και υποβληθέντων Παραρτημάτων II, VI και XI της διακήρυξης), που αφορά την αίτησή του για πρόσβαση στο VDR και όχι του υπολοίπου. Επομένως, ο Προσφεύγων τελούσε σε αποδεδειγμένη πραγματική πλήρη γνώση της διακήρυξης ήδη από την 22-2-2019. Τα

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

παραπάνω δε ασχέτως του γεγονότος ότι εκ των ως άνω προκύπτει πως πλην του πληρεξουσίου δικηγόρου, και έτερο πρόσωπο (...) που περιλαμβάνεται στη δηλωθείσα για τον Προσφεύγοντα ομάδα πρόσβασης στο VDR είχε λάβει αποδεδειγμένα πλήρη πραγματική γνώση της διακήρυξης και των συνοδευτικών εγγράφων ήδη από τις 5-3-2019, ήτοι σε χρόνο μεγαλύτερο των 10 ημερών από την εν τέλει άσκηση της προσφυγής, την 18-3-2019 (και δη αν η προθεσμία για την προσβολή της διακήρυξης, εκκινούσε ακόμη και από την 5-3-2019, θα είχε ήδη λήξει την 15-3-2019, ημέρα εργάσιμη). Επομένως, υπό οιαδήποτε εκδοχή, ο Προσφεύγων είχε πλήρη πραγματική γνώση της διακήρυξης πριν την 9-3-2019, ήτοι τον χρόνο που δηλώνει ως αυτόν της εκ μέρους του γνώση της και πριν την 8-3-2019 ήτοι το απώτατο σημείο κατά το οποίο η εκ μέρους του γνώση θα καθιστούσε την 18-3-2019 καταληκτική ημερομηνία της προθεσμίας προς άσκηση της. Απορριπτέος δε τυγχάνει ο ισχυρισμός του Προσφεύγοντος περί του ότι το αίτημα πρόσβασης στο VDR δεν δύναται να θεωρηθεί σημείο πλήρους γνώσης, λόγω του ότι συνιστά προπαρασκευαστική ενέργεια, αφού εν προκειμένω, το αίτημα της πρόσβασης προϋπέθετε και εν τέλει αποτέλεσε απόδειξη πλήρους πραγματικής γνώσης του περιεχομένου της διακήρυξης και τούτο επιπλέον του γεγονότος, πως και μετά την πρόσβαση και ακριβώς δι' αυτής, ο Προσφεύγων εκ νέου ανέκτησε το περιεχόμενο της διακήρυξης. Περαιτέρω, αορίστως και αλυσιτελώς προβάλλει ο Προσφεύγων ότι η γνώση του πληρεξουσίου του δεν συνιστά γνώση του ιδίου του Προσφεύγοντος, αφού ουδόλως επικαλείται ότι ο δικηγόρος παρέλειψε να ενημερώσει έγκαιρα τον εντολέα του, ήτοι τον Προσφεύγοντα και τούτο, ανεξαρτήτως ότι σε καμία περίπτωση δεν αποδεικνύεται τέτοια παράλειψη ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Επιπλέον, οι παραπάνω ισχυρισμοί του Προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι, καθόσον υπολαμβάνεται ότι προϋπόθεση της πλήρους γνώσεως είναι το (υποκειμενικό άλλωστε) στοιχείο της «εμβάθυνσης» στο περιεχόμενο της τυχόν βλαπτικής πράξεως (*ad hoc* ΣΤΕ ΕΑ 109/2019). Εξάλλου, σε αντίθεση με τα εκ του Προσφεύγοντος αναφερόμενα, η συναγωγή γνώσης εκ μέρους του Προσφεύγοντος από τη

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

γνώση της προσβαλλομένης δια του πληρεξουσίου του δικηγόρου του, δεν αντιβαίνει στην κατοχυρωμένη στο άρθρο 25 του Συντάγματος αρχή της αναλογικότητας ούτε περιορίζει το δικαίωμα προδικαστικής προστασίας, δεδομένου και του σκοπού της ταχείας διεκπεραίωσης των διαφορών στο στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και δη κατά την άσκηση του δικαιώματος προδικαστικής προσφυγής (βλ. Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016, Βιβλίο IV), αλλά και ενόψει της εκ του επαγγέλματος του δικηγόρου απορρέουσας υποχρεώσεως τούτου προς σχετική ειδοποίηση εκείνου ως πελάτη του, στοιχεία που καθιστούν σύμφωνη με το άρ. 25 και το άρ. 20 παρ. 2 Συντ. και ούτως, ουδόλως υπέρμετρα και δυσανάλογα περιοριστική, την κρίση περί εκκίνησης προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής, από τη γνώση της προσβαλλομένης εκ μέρους του δικηγόρου και δη του ορισθέντος ειδικώς προς λήψη γνώση των οικείων εγγράφων δια πληρεξουσίου (πρβλ. ΑΠ 1376/2006). Αντίθετη δε ερμηνευτική εκδοχή των διατάξεων περί πληρεξουσιότητας, εντολής και αντιπροσώπευσης θα ήταν αφενός αντίθετη στο γράμμα του νόμου, αφετέρου θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των θεμελιωδών αρχών της ισότητας και της τυπικότητας δεδομένου ότι θα επιφύλασσόταν στον Προσφεύγοντα ευνοϊκότερη μεταχείριση αφού θα περεχόταν σε αυτόν μεγαλύτερη της εκ του νόμου προβλεπόμενης προθεσμίας, το σημείο εκκίνησης της οποίας διαφέρει -όπως προαναφέρθηκε- ανάλογα με το χρονικό σημείο αποδεδειγμένης πλήρους γνώσης του βλαπτικού γεγονότος, το οποίο εν προκειμένω δεν αμφισβητείται, ιδίως δε διότι ήδη από τις 22-2-2019 τμήμα της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπεγράφη και υπεβλήθη στην Αναθέτουσα από τον Προσφεύγοντα διά του πληρεξουσίου δικηγόρου του, πέραν του γεγονότος ότι στις 25-2-2019 ο ίδιος ο πληρεξούσιος δικηγόρος εμφάνισε προς ανάγνωση στην οθόνη του υπολογιστή του το κείμενο της διακήρυξης. Πρέπει δε να γίνει δεκτό ότι αφού -όπως ο ίδιος ο Προσφεύγων συνομολογεί- το εκ μέρους του Προσφεύγοντος απλό αίτημα διευκρινίσεων συνιστά ομολογία πλήρους πραγματικής γνώσης της διακήρυξης, ομοίως -και πολλώ δε μάλλον- η κατά τους όρους της διακήρυξης υπογραφή και υποβολή εγγράφων που αποτελούν τμήματα της

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

διακήρυξης ισοδυναμεί με απόδειξη πλήρους πραγματικής γνώσης αυτής. Επιπλέον, ο ισχυρισμός του Προσφεύγοντος ότι δεν αποδεικνυόταν πέραν πάσης αμφιβολίας η γνώση της προσβαλλομένης από τους εκπροσώπους του, είναι επιπλέον απορριπτέος και για τον λόγο ότι ο εκπρόσωπός του στην προκείμενη διαδικασία ήταν ο ίδιος ο ειδικώς προς εκπροσώπηση του Προσφεύγοντος στη διαδικασία αυτή και προς γνώση των οικείων περί αυτής εγγράφων, ως άνω πληρεξούσιος δικηγόρος του, ο οποίος μάλιστα είναι και ο ίδιος ο οποίος υπογράφει την υπό κρίση προσφυγή.

16. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι ο Προσφεύγων δια του πληρεξουσίου δικηγόρου του, ο οποίος είχε ειδική προς τούτο εξουσιοδότηση, είχε λάβει πραγματική γνώση του πλήρους περιεχομένου της διακήρυξης ήδη από την 22-2-2019, σε κάθε περίπτωση δε από την 25-2-2019 οπότε έλαβε γνώση και όλων των υπόλοιπων σχετικών με τη διαγωνιστική διαδικασία εγγράφων και σε κάθε περίπτωση από την 5-3-2019 οπότε έλαβε γνώση και έτερο άτομο (...) της ομάδας προσώπων που είχαν πρόσβαση στα έγγραφα του διαγωνισμού για λογαριασμό του Προσφεύγοντος. Άρα, η προθεσμία προς άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είχε ήδη παρέλθει από την 4-3-2019, άλλως από την 7-3-2019, άλλως από την 15-3-2019, πάντως σε κάθε περίπτωση πριν την 18-3-2019, οπότε και ασκήθηκε η προσφυγή, η οποία τυγχάνει εκπρόθεσμη.

17. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη και δη ως εκπροθέσμως ασκηθείσα κατά το αιτιολογικό.

18. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να ορισθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 15.000 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός Απόφασης: 507/2019

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 15.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23-4-2019 και εκδόθηκε την 10-5-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ