

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19.09.2018, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.08.2018 (ημερομηνία υποβολής με την αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος στην Α.Ε.Π.Π.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 785/10.08.2018 της εταιρίας με την επωνυμία [...], με δ.τ. [...], η οποία εδρεύει στο [...] Αττικής, [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά όρων της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^ο στάδιο) για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)» του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.», δημοσιευθείσας στις 02.08.2018 και με αριθ.2018/S 147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της εν λόγω Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, την ακύρωση αυτής στο σύνολό της και τη ματαίωση του υπόψη διαγωνισμού, καθώς και την απόδοση του καταβληθέντος παραβόλου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της Πρόσκλησης είναι παράνομη και καταχρηστική και για το λόγο αυτόν πρέπει να ακυρωθεί, ενώ στρέφεται και κατά του άρθρου 2.2. της προσβαλλόμενης, με το οποίο τάσσεται προθεσμία για την υποβολή φακέλου εκδήλωσης ενδιαφέροντος μέχρι την 31.08.2018 κατά παράβαση του άρθρου 266 παρ. 1 περ. β' του Ν. 4412/2016, του άρθρου 4.1. όπου προσδιορίζεται η νομοθεσία που διέπει την υπόψη διαδικασία ανάθεσης κατά παράλειψη του Ν.

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

4412/2016 και της Οδηγίας 2014/25 ΕΕ, του άρθρου 14.1 κατά το οποίο καλούνται να εκδηλώσουν ενδιαφέρον εργοληπτικές επιχειρήσεις με εργοληπτικό πτυχίο Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων 5^{ης} τάξης και άνω, της πλημμέλειας περί δημοσίευσης της υπόψη πρόσκλησης στην Ε.Ε.Ε.Ε. ως ανοικτή διαδικασία και της παράλειψης χρήσης του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για τη διενέργεια της υπόψη διαδικασίας, αφού και κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας οι ανωτέρω όροι της προσβαλλόμενη Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος τίθενται κατά παράβαση της ισχύουσας ευρωπαϊκής και εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, σωρεύοντας παράλληλα και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την από 02.08.2018 και με αριθ. 2018/S 147-335687 δημοσιευθείσα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης πρόσκληση του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε. (εφεξής «Ο.Λ.Π. Α.Ε.»), καλούνται οι ενδιαφερόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις να συμμετάσχουν στο 1^ο Στάδιο (Προεπιλογή) του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)», προϋπολογισμού υποβολής προσφορών 136.283.800,00 € (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), με καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή εκδήλωσης ενδιαφέροντος την 31.08.2018 και με κριτήριο ανάθεσης τη συνολικά χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228830050958 1008 0070), το οποίο και σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α'147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

(ΦΕΚ Α'64), υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και το οποίο, κατά τις προαναφερόμενες διατάξεις, δεν δύναται να υπερβαίνει το ποσό των 15.000,00 € σε περίπτωση που η αξία αυτού σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το ως άνω ανώτατο ποσό, ως εν προκειμένω ($136.283.800,00 \times 0,5\% = 681.419,00 \geq 15.000,00$).

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, το αντικείμενο του υπό εξέταση διαγωνισμού είναι έργο, η προϋπολογισθείσα δαπάνη του είναι ύψους 136.283.800,00 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και η σχετική Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 31.07.2018, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016 και κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή εμπίπτει *rationae materiae* στο Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, στην παρ. 1 περ. (γ) έδαφ. β' του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, προβλέπεται ότι «1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (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». Εν προκειμένω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 31.07.2018 και δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθμό δημοσίευσης TED 2018/S 147-335687 και η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δηλώνει (σελ. 2, πεδίο (9)

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

περ. Δ.) ότι έλαβε γνώση στις 03.08.2018 από τις σχετικές δημοσιεύσεις στην ιστοσελίδα στο TED της Ευρωπαϊκής Ένωσης και την ιστοσελίδα της Ο.Λ.Π. Α.Ε., όπου η σχετική Πρόσκληση δημοσιεύθηκε στις 03.08.2018 και η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 10.08.2018, ήτοι και σε κάθε περίπτωση εντός της 10ήμερης νόμιμης προθεσμίας.

6. Επειδή, επί του αιτήματος αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας της εν λόγω Προσφυγής, εκδόθηκε η υπ' αριθ. Α376/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία κρίθηκε ότι αυτή στερείται αντικειμένου, δοθέντος ότι είχε εκδοθεί επί συναφούς Προδικαστικής Προσφυγής (με Γ.Α.Κ. Α.Ε.Π.Π. 789/13.08.2018) η υπ' αριθ. Α375/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας της δημοσιευθείσας από 02.08.2018 και με αριθ. 2018/S 147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^ο στάδιο) της Ο.Λ.Π. Α.Ε. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α), μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

7. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».* Περαιτέρω, στο άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2.*

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Ο.Λ.Π. Α.Ε. παρά την περί του αντιθέτου διατύπωση του άρθρου 9 παρ. 1 του Νόμου 4404/2016 (ΦΕΚ Α΄126), που κύρωσε τη Σύμβαση Παραχώρησης μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ο.Λ.Π. Α.Ε., αποτελεί «αναθέτοντα φορέα» σύμφωνα με την Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, «*σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ (L 94/243/28.03.2014)* και άρα έχουν σχετική εφαρμογή οι διατάξεις της εν λόγω Οδηγίας και του Ν. 4412/2016, με τον οποίο ενσωματώθηκαν αυτές στην ελληνική έννομη τάξη. Και τούτο διότι κατά την προσφεύγουσα η Ο.Λ.Π. Α.Ε. ασκεί δραστηριότητα που αναφέρεται στο άρθρο 232 του Ν. 4412/2016. «*Λιμένες – αερολιμένες*» βάσει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία έχει εκχωρήσει το Ελληνικό Δημόσιο και τα οποία δικαιώματα δεν έχουν εκχωρηθεί δυνάμει κάποιας από τις (α) και (β) διαδικασίες της παρ. 3 του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016 που θεμελιώνουν εξαίρεση στην έννοια των αποκλειστικών δικαιωμάτων και συνεπώς αυτή, η Ο.Λ.Π. Α.Ε., αποτελεί αναθέτοντα φορέα. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της δημοσιευθείσας από 02.08.2018 και με αριθ.2018/S 147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^ο στάδιο) της Ο.Λ.Π. Α.Ε., με τον οποίο εισάγεται λόγος αποκλεισμού/κριτήριο επιλογής των διαγωνιζομένων «*Να μην έχει επιβληθεί σε βάρος του υποψηφίου ή σε βάρος συνδεδεμένης μ' αυτόν εταιρίας ή σε βάρος εταιρίας ανήκουσας στον ίδιο όμιλο με τον υποψήφιο κύρωση για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ή να μην έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων*

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί δεσμεύσεις ή οριστική διευθέτηση της υπόθεσης ο ίδιος ή συνδεδεμένη μ' αυτόν εταιρία ή εταιρία ανήκουσα στον ίδιο όμιλο. Σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας η απαγόρευση αυτή ισχύει για όλα τα μέλη της», αιτούμενη την ακύρωση / τροποποίησή του. Τέλος, η προσφεύγουσα αιτείται να συμπληρωθεί η επίμαχη Πρόσκληση με την απαίτηση περί συμπλήρωσης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης και τη σαφή πρόνοια της εν λόγω Πρόσκλησης για την εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εφόσον διατηρηθεί τροποποιημένος ο ανωτέρω όρος.

9. Επειδή, η Ο.Λ.Π. Α.Ε., με τις υπ' αριθ. 34164/22.08.2018 απόψεις της επί της υπό κρίση Προσφυγής, ισχυρίζεται ότι δεν αποτελεί «αναθέτονα φορέα» σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην κοινοτική και εθνική νομοθεσία, άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και 224 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2017. Και τούτο, διότι η παραχώρηση του αποκλειστικού δικαιώματος κατοχής, χρήσης, διαχείρισης, συντήρησης, βελτίωσης και εκμετάλλευσης των στοιχείων παραχώρησης, όπως αυτά περιγράφονται και κωδικοποιούνται στην από 24.06.2016 Σύμβαση Παραχώρησης και στον κυρωτικό αυτής Ν. 4404/2016, πραγματοποιήθηκε με την πώληση μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. σε ιδιώτη επενδυτή με επαναδιαπραγμάτευση και τροποποίηση των όρων της ισχύουσας τότε Σύμβασης Παραχώρησης του 2002 και ότι, κατ' ακολουθίαν, πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 224 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 περί διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλισθεί επαρκής δημοσιότητα και η οποία βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια και ως εκ τούτου τα δικαιώματα αυτά δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου του άρθρου αυτού. Περαιτέρω, επικαλείται τη διάταξη του άρθρου 9 του Ν. 4404/2016, περί μη υπαγωγής της Ο.Λ.Π. Α.Ε. στις τυπικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής ως απαράδεκτης λόγω αναρμοδιότητας.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 224 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπεται ότι: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας. 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης. 3. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιαστικά την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα. Τα δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και στην περίπτωση που η εκχώρηση των εν λόγω δικαιωμάτων βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου. Οι διαδικασίες αυτές περιλαμβάνουν: α) διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221), του ν. 3978/2011, τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ ή το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) β) διαδικασίες, σύμφωνα με άλλες νομοθετικές πράξεις της

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Ένωσης, που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα II του Προσαρτήματος Β', οι οποίες διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση αντικειμενικά κριτήρια».

11. Επειδή, επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 232 «Λιμένες και αερολιμένες» του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «(ο)ι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αφορούν την εκμετάλλευση μιας γεωγραφικής περιοχής με σκοπό τη διάθεση αερολιμένων, θαλάσσιων λιμένων ή εσωτερικής ναυσιπλοΐας ή άλλων τερματικών σταθμών σε φορείς που πραγματοποιούν αεροπορικές, θαλάσσιες ή εσωτερικές πλωτές μεταφορές».

12. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις εναργώς προκύπτει, ότι δεν αποτελούν «αναθέτοντες φορείς», κατά την έννοια αυτών, νομικά πρόσωπα, τα οποία ασκούν κάποια από τις δραστηριότητες των άρθρων 228 έως 234 του Ν. 4412/2016 και τα οποία λειτουργούν επί τη βάσει δικαιωμάτων, τα οποία έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας, στην οποία έχει διασφαλισθεί επαρκής δημοσιότητα και η εκχώρηση αυτή βασίσθηκε σε αντικειμενικά κριτήρια.

13. Επειδή, σύμφωνα με το Νόμο 4404/2016 (ΦΕΚ Α' 126/8.7.2016) και την κυρωθείσα με το άρθρο 1 αυτού από 24 Ιουνίου 2016 «Σύμβαση Παραχώρησης σχετικά με τη Χρήση και την Εκμετάλλευση Ορισμένων Χώρων και Περιουσιακών Στοιχείων εντός του Λιμένος Πειραιώς», από κοινού με τα προσαρτήματα αυτής, συνήφθη μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ο.Λ.Π. Α.Ε. σύμβαση, δυνάμει της οποίας το Ελληνικό Δημόσιο χορήγησε στην Ο.Λ.Π. Α.Ε. το αποκλειστικό δικαίωμα κατοχής, χρήσης, διαχείρισης, συντήρησης, βελτίωσης και εκμετάλλευσης των στοιχείων που παραχωρούνται με αυτήν, σύμφωνα με τους όρους της.

14. Επειδή, στο προοίμιο του Ν. 4404/2016 ορίζεται ότι «... (Β) Ο ΟΛΠ είναι το νομικό πρόσωπο, που έχει αναλάβει τη διοίκηση και τη λειτουργία του Λιμένα Πειραιά. Συστάθηκε ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου δυνάμει του Νόμου 4748/1930, ο οποίος αναμορφώθηκε με τον Αναγκαστικό Νόμο 1559/1950 και κυρώθηκε με τον Νόμο 1630/1951, όπως έκαστος

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε μεταγενέστερα. Το 1999, ο ΟΛΠ μετασχηματίστηκε σε μετοχική εταιρία (ανώνυμη εταιρεία). (Γ) Σύμφωνα με τις εξουσιοδοτικές διατάξεις που περιέχονται στο άρθρο τριακοστό πέμπτο (35) του Νόμου 2932/2001 (ΦΕΚ Α` 145/27.7.2001), το Ελληνικό Δημόσιο και ο ΟΛΠ συνήψαν στις 13 Φεβρουάριου 2002 σύμβαση παραχώρησης (Σύμβαση τον 2002). Με τη Σύμβαση του 2002, το Ελληνικό Δημόσιο παραχώρησε στον ΟΛΠ το αποκλειστικό δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης των γηπέδων, των κτιρίων και υποδομών που συμπεριλαμβάνονται στον Λιμένα Πειραιά, για αρχική διάρκεια σαράντα (40) ετών, υπό τους εκεί ειδικότερα διαλαμβανόμενους όρους και συμφωνίες. Ορισμένες τροποποιήσεις στη Σύμβαση του 2002, συμπεριλαμβανομένης της παράτασης της διάρκειας της παραχώρησης κατά δέκα (10) έτη, εγκρίθηκαν για λογαριασμό του Ελληνικού Δημοσίου δυνάμει κοινής υπουργικής απόφασης στις 19 Νοεμβρίου 2008 (ΦΕΚ Β' 2372/21.11.2008). Οι τροποποιήσεις που συμφωνήθηκαν περιελήφθησαν σε πρόσθετη στη Σύμβαση του 2002 πράξη, που υπογράφηκε μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και του ΟΛΠ στις 18 Νοεμβρίου 2008 (η Προσθήκη τον 2008). Στη συνέχεια, η Σύμβαση του 2002, όπως τροποποιήθηκε από την Προσθήκη του 2008 (από κοινού, η Υφιστάμενη Σύμβαση Παραχώρησης), κυρώθηκε δυνάμει των άρθρων 1 και 3 του Νόμου 3654/2008 (ΦΕΚ Α' 57/3.4.2008). (Δ) Στις 25 Νοεμβρίου 2008, ο ΟΛΠ συνήψε σύμβαση παραχώρησης (η Σύμβαση ΣΕΠ του 2008) με την εταιρεία «Σταθμός Εμπορευματοκιβωτίων Πειραιά Α.Ε.» (ΣΕΠ) ως παραχωρησιούχο και την Cosco Pacific Limited (Cosco Pacific) ως εγγυητή. Ακολούθως, η Σύμβαση ΣΕΠ του 2008 κυρώθηκε δυνάμει του άρθρου 1 του Ν. 3755/2009 (ΦΕΚ Α' 52/30.3.2009). Στις 26 Ιουλίου 2011, ο ΟΛΠ και η ΣΕΠ συμφώνησαν να προβούν σε τροποποίηση της Σύμβασης ΣΕΠ του 2008 (Τροποποίηση ΣΕΠ του 2011), η οποία επίσης κυρώθηκε στη συνέχεια δυνάμει του άρθρου 327 του Νόμου 4072/2012 (ΦΕΚ Α' 86/11.4.2012). Στις 30 Αυγούστου 2013, ο ΟΛΠ και η ΣΕΠ συμφώνησαν τον διακανονισμό ορισμένων θεμάτων για τα οποία υπήρχε αντιδικία μεταξύ του ΟΛΠ και της ΣΕΠ (ο Διακανονισμός ΣΕΠ). Ο Διακανονισμός ΣΕΠ προβλέπει, μεταξύ άλλων, την αναστολή των εγγυημένων ανταλλαγμάτων

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

παραχώρησης που είχαν συμφωνηθεί στο πλαίσιο της Σύμβασης ΣΕΠ του 2008, όπως τροποποιήθηκε, καθώς και επέκταση των λειτουργιών του ΟΛΠ στον Λιμένα Πειραιά. Κατά τα έτη 2013 και 2014, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή διεξήγαγε ανεπίσημη έρευνα σχετικά με τη συμμόρφωση του Διακανονισμού ΣΕΠ προς τη Νομοθεσία της ΕΕ (όπως προσδιορίζεται παρακάτω στο άρθρο 2.3). Προσχέδιο σύμβασης σε σχέση με τον Διακανονισμό ΣΕΠ εγκρίθηκε (i) με την Απόφαση με αρ. 3377/2014 του ΣΤ΄ Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου και (ii) από τη Γενική Συνέλευση του ΟΛΠ της 25ης Νοεμβρίου 2014. Την ίδια ημέρα, ο ΟΛΠ και η ΣΕΠ συμφώνησαν να προβούν σε μια ακόμα τροποποίηση της Σύμβασης ΣΕΠ του 2008 (Τροποποίηση ΣΕΠ του 2014), η οποία κυρώθηκε δυνάμει του άρθρου 18 του Νόμου 4315/2014 (ΦΕΚ Α΄ 269/24 Δεκεμβρίου 2014) με ισχύ από τις 24 Δεκεμβρίου 2014. Το αντικείμενο της Σύμβασης ΣΕΠ του 2008, όπως τροποποιήθηκε από την Τροποποίηση ΣΕΠ του 2011 και την Τροποποίηση ΣΕΠ του 2014 (από κοινού, η Σύμβαση Υποπαραχώρησης ΣΕΠ), αφορά στην υποπαραχώρηση στη ΣΕΠ των προβλητών II και III του νέου σταθμού εμπορευματοκιβωτίων του Λιμένα Πειραιά (στο Ικόνιο) για αρχικό διάστημα τριάντα ετών με δύο εν δυνάμει πενταετείς παρατάσεις (η Υποπαραχώρηση ΣΕΠ). (Ε) Σύμφωνα με τον Νόμο 3986/2011 της Ελληνικής Δημοκρατίας (ΦΕΚ Α΄ 152/1.7.2011), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας Ελληνικού Δημοσίου Α.Ε. (ΤΑΙΠΕΔ) απέκτησε πλειοψηφικό μερίδιο συμμετοχής στον ΟΛΠ, που αντιστοιχεί σε συμμετοχή στο μετοχικό κεφάλαιό του κατά ποσοστό 74,14%. Δυνάμει απόφασης που ελήφθη στις 5 Μαρτίου 2014, το διοικητικό συμβούλιο του ΤΑΙΠΕΔ αποφάσισε και ενέκρινε την προτεινόμενη πώληση μετοχών του ΟΛΠ (που αντιστοιχούν συνολικώς σε ποσοστό 67% του υφιστάμενου μετοχικού κεφαλαίου του ΟΛΠ) μέσω διεθνούς διαγωνιστικής διαδικασίας, διαρθρωμένης σε δύο φάσεις (η Διαδικασία Αξιοποίησης). Στο πλαίσιο της Διαδικασίας Αξιοποίησης και βάσει των διαδικαστικών απαιτήσεων που διέπουν την επιλογή του μελλοντικού μετόχου πλειοψηφίας του ΟΛΠ, το ΤΑΙΠΕΔ όρισε την Cosco (Hong Kong) Group Limited ως προτιμώμενο επενδυτή (ο Προτιμώμενος Επενδυτής). Μετά την ικανοποιητική ολοκλήρωση του ελέγχου της

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

προσυμβατικής νομιμότητας της Διαδικασίας Αξιοποίησης από το Ελεγκτικό Συνέδριο, το Ελεγκτικό Συνέδριο εξέδωσε απόφαση, με την οποία αποφάνθηκε υπέρ της νομιμότητας και επέτρεψε στο ΤΑΙΠΕΔ τη σύναψη σύμβασης αγοραπωλησίας μετοχών (η ΣΑΜ) για την πώληση και αγορά συνολικώς 16.750.000 μετοχών εκδόσεως του ΟΛΠ, προκειμένου αυτές να μεταβιβαστούν σε δύο δόσεις στον Προτιμώμενο Επενδυτή ή σε θυγατρική του Προτιμώμενου Επενδυτή, καθώς και της Συμφωνίας Μετόχων (όπως ορίζεται στη ΣΑΜ). Ορίζεται ότι η ολοκλήρωση των συναλλαγών που προβλέπονται στη ΣΑΜ εξαρτάται, μεταξύ άλλων, από τη σύναψη της παρούσας Σύμβασης (όπως ορίζεται παρακάτω) από τα Μέρη και από την προσήκουσα κύρωσή της από τη Βουλή των Ελλήνων (η Βουλή των Ελλήνων). (ΣΤ) Στο πλαίσιο της τρέχουσας Διαδικασίας Αξιοποίησης και όπως προβλέπεται και επιτρέπεται από την Υφιστάμενη Σύμβαση Παραχώρησης (περιλαμβανομένου, ενδεικτικά, του άρθρου 15.1(iii) αυτής), το Ελληνικό Δημόσιο απέστειλε στις 25 Ιουλίου 2014 επίσημη πρόσκληση στον ΟΛΠ, προσκαλώντας τον σε διαπραγματεύσεις, προκειμένου να συνομολογηθούν κατάλληλες τροποποιήσεις της Υφιστάμενης Σύμβασης Παραχώρησης, με στόχο το περιεχόμενό της να εναρμονιστεί προς τη σκοπούμενη μεταβίβαση σε ιδιώτη επενδυτή πλειοψηφικής συμμετοχής στον ΟΛΠ. Το Ελληνικό Δημόσιο και ο ΟΛΠ προέβησαν σε καλόπιστες διαπραγματεύσεις (οι οποίες περιέλαβαν διαβουλεύσεις στο επίπεδο προπαρασκευαστικής μεικτής επιτροπής με συμμετοχή εκπροσώπων του ΟΛΠ, του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής και του Υπουργείου Οικονομικών), καθώς και επακόλουθες επαναδιαπραγματεύσεις, οι οποίες κατέληξαν στην οριστικοποίηση και σύναψη της παρούσας σύμβασης (μαζί με τα Παραρτήματά της, η Σύμβαση) ... (I) Το Ελληνικό Δημόσιο αναγνωρίζει το δικαίωμα του ΟΛΠ να λειτουργεί κατά τη διεξαγωγή των δραστηριοτήτων του ως εμπορική κερδοσκοπική εταιρεία, με την επιφύλαξη των όρων που παρατίθενται πληρέστερα στην παρούσα Σύμβαση».

15. Επειδή, στο άρθρο 1 «Αναβλητικές Αιρέσεις, ισχύς και κωδικοποίηση σε ενιαίο κείμενο» της Σύμβασης Παραχώρησης ορίζεται ότι «1.1. Η παρούσα Σύμβαση θα τεθεί σε ισχύ την ημερομηνία πλήρωσης όλων των

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

ακόλουθων αναβλητικών αιρέσεων (οι Αναβλητικές Αιρέσεις): ... (δ) της επέλευσης της Ημερομηνίας Ολοκλήρωσης Ι, όπως ορίζεται στη Σύμβαση Αγοραπωλησίας Μετοχών (ΣΑΜ)».

16. Επειδή, από το ανωτέρω Προοίμιο του Ν. 4404/2016 και τα προσκομισθέντα στο φάκελο της υπόθεσης έγγραφα, προκύπτει ότι το αποκλειστικό δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης του Λιμένος Πειραιά απονεμήθηκε στον τότε δημόσιο Ο.Λ.Π. (Ν.Π.Δ.Δ.) μέσω διάταξης νόμου (Ν. 4748/1930), ο οποίος αναμορφώθηκε με τον Αναγκαστικό Νόμο 1559/1950 και κυρώθηκε με το Νόμο 1630/1951) και υπό την έννοια αυτή ο δημόσιος Ο.Λ.Π. αποτελούσε αναθέτοντα φορέα που ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας αναφορικά με τις δημόσιες συμβάσεις στους εξαιρούμενους τομείς, αφού ήταν επιφορτισμένος με τη διαχείριση και λειτουργία του θαλάσσιου Λιμένα του Πειραιά. Εν συνεχεία, με το Ν. 2688/1999 ο Ο.Λ.Π. μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρεία και εισήχθη στο Χρηματιστήριο Αθηνών. Στις 13 Φεβρουάριου 2002 υπογράφηκε σύμβαση παραχώρησης μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ο.Λ.Π. Α.Ε. με την οποία παραχωρήθηκε στην τελευταία το αποκλειστικό δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης των γηπέδων, των κτιρίων και υποδομών που συμπεριλαμβάνονται στον Λιμένα Πειραιά, για αρχική διάρκεια σαράντα (40) ετών, υπό τους εκεί ειδικότερα διαλαμβανόμενους όρους και συμφωνίες και η οποία κυρώθηκε με το Ν. 3654/2008 (ΦΕΚ Α' 57). Το έτος 2011, το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (εφεξής «ΤΑΙΠΕΔ»), με το Ν. 3896/2011 απέκτησε πλειοψηφικό μερίδιο συμμετοχής στην Ο.Λ.Π. Α.Ε. ποσοστού 74,15% των μετοχών, του οποίου αποφασίσθηκε με την από 05.03.2014 απόφαση του Δ.Σ. του ΤΑΙΠΕΔ η πώληση ποσοστού 67% μέσω ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία και έλαβε ευρεία δημοσιότητα. Κατά την πρώτη φάση της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας συμμετείχαν έξι (6) επενδυτικά σχήματα (APM Terminals B.V., Cartesian Capital Group LLC, COSCO (Hong Kong) Group Limited, International Container Terminal Services Inc., Ports America Group Holdings και Utilico Emerging Markets Limited), τα οποία συμμετείχαν και κατά τη διαπραγμάτευση των συμβατικών κειμένων της συμφωνίας με τη διαδικασία Virtual Data Room. Περαιτέρω, το Ελληνικό

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Δημόσιο παράλληλα με την εξέλιξη της διαδικασίας αυτής, απέστειλε πρόσκληση στην Ο.Λ.Π. Α.Ε., προσκαλώντας την σε διαπραγματεύσεις, προκειμένου να συνομολογηθούν κατάλληλες τροποποιήσεις της υφιστάμενης Σύμβασης Παραχώρησης, με στόχο το περιεχόμενό της να εναρμονιστεί προς τη σκοπούμενη μεταβίβαση σε ιδιώτη επενδυτή πλειοψηφικής συμμετοχής στην Ο.Λ.Π. Α.Ε., οι οποίες και κατέληξαν στην οριστικοποίηση και σύναψη νέας Σύμβασης Παραχώρησης. Αρχικό σχέδιο (draft) της νέας Σύμβασης Παραχώρησης αυτής χορηγήθηκε στους ανωτέρω συμμετέχοντες και υποψήφιους ιδιώτες επενδυτές προς σχολιασμό και προτάσεις, ομοίως συνέβη και με το δεύτερο σχέδιο αυτής, πριν την οριστικοποίηση του τελικού κειμένου της Σύμβασης Παραχώρησης, το οποίο και αυτό χορηγήθηκε στους υποψήφιους επενδυτές προς σχολιασμό. Το τελικό κείμενο της νέας Σύμβασης Παραχώρησης αυτής μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ο.Λ.Π. Α.Ε. αποτέλεσε παράρτημα της Σύμβασης Αγοράς Μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. και η υπογραφή της αποτέλεσε αναβλητική αίρεση για τη μεταβίβαση των μετοχών, ήτοι για την ενεργοποίησή της απαιτείτο η επέλευση της Ημερομηνίας Ολοκλήρωσης Ι, όπως αυτή ορίστηκε στη Σύμβαση Αγοραπωλησίας των Μετοχών, ήτοι η χρηματιστηριακή μεταβίβαση των μετοχών από το ΤΑΙΠΕΔ στον ιδιώτη επενδυτή. Ακολούθως, το ΤΑΙΠΕΔ, βάσει της οικονομικής προσφοράς της COSCO (Hong Kong) Group Limited, ανέδειξε την εταιρεία αυτήν ως προτιμώμενο επενδυτή και με την υπ' αριθ. 54/2016 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου εγκρίθηκε η υπογραφή της Σύμβασης Αγοραπωλησίας Μετοχών από το ΤΑΙΠΕΔ, μέρος της οποίας, ως προελέχθη, αποτελούσε και η νέα Σύμβαση Παραχώρησης στη συμφωνημένη μορφή με τους υποψήφιους επενδυτές, ενώ με την υπ' αριθ. 676/2016 απόφασή της η Επιτροπή Ανταγωνισμού ενέκρινε την υπόψη συναλλαγή.

17. Επειδή, από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι για την αγοραπωλησία των μετοχών ποσοστού 67% της Ο.Λ.Π. Α.Ε. ακολουθήθηκε διαγωνιστική διαδικασία και εξασφαλίσθηκε επαρκής δημοσιότητα αυτής, αφού η εν λόγω Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την πώληση των μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του ΤΑΙΠΕΔ και έλαβε

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

ευρεία δημοσιότητα καθώς αναπαρήχθη σε πλείστες ιστοσελίδες, ενώ ως η Ο.Λ.Π. Α.Ε. αναφέρει, δημοσιεύθηκε, προσέτι, στις εφημερίδες ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ και New York Times. Επέκεινα, προκύπτει και θα πρέπει να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της Ο.Λ.Π. Α.Ε. περί του αυταπόδεικτου της επαρκούς δημοσιότητας της εν λόγω Πρόσκλησης εκ του γεγονότος της συμμετοχής έξι (6) παγκοσμίου φήμης εταιρειών. Επιπλέον, σύμφωνα και με τα όσα έγιναν δεκτά ακριβώς ανωτέρω (σκέψη 16), η εν λόγω πώληση των μετοχών βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια, ως αβιάστως συνάγεται από τον επιγενόμενο έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου και την προρρηθείσα απόφασή του περί υπογραφής της υπόψη σύμβασης, στην οποία αναφέρεται ότι τα κριτήρια προεπιλογής, ήτοι τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας, τεχνικής επάρκειας και προσωπικής κατάστασης των ενδιαφερομένων, βασίστηκαν στην από το Μάρτιο του έτους 2014 έκθεση Χρηματοοικονομικών Συμβούλων του ΤΑΙΠΕΔ και τα οποία ήταν κατάλληλα για την προσέλκυση καλόπιστων και αξιόπιστων επενδυτών, αλλά και από τη σχετική, προρρηθείσα ομοίως, απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

18. Επειδή, περαιτέρω, εναργώς προκύπτει από τα ανωτέρω ότι η παραχώρηση του αποκλειστικού δικαιώματος χρήσης και εκμετάλλευσης του Λιμένα Πειραιά από το Ελληνικό Δημόσιο στην Ο.Λ.Π. Α.Ε. έλαβε χώρα με την υπογραφή δύο συμβάσεων, ήτοι α) της νέας Σύμβασης Παραχώρησης της 24^{ης} Ιουνίου 2016 μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ο.Λ.Π. Α.Ε. και β) της σύμβασης αγοραπωλησίας των μετοχών ποσοστού 67% της Ο.Λ.Π. Α.Ε. μεταξύ της Ο.Λ.Π. Α.Ε. και του οικονομικού φορέα που αναδείχθηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία που έλαβε χώρα για το λόγο αυτόν, αφού η διαδικασία των διαπραγματεύσεων για την υπογραφή της νέας Σύμβασης Παραχώρησης εξελισσόταν παράλληλα με τη διαδικασία της πώλησης των μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. στον ιδιώτη επενδυτή, υπόψη του οποίου τίθεντο τα σχετικά κείμενα της νέας Σύμβασης Παραχώρησης για την υποβολή παρατηρήσεων και προτάσεων, η δε υπογραφή της τέθηκε ως αναβλητική αίρεση στη Σύμβαση Αγοραπωλησίας των Μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. Ως εκ τούτου, δε δύναται παραδεκτά να γίνει λόγος για ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα, κατά την έννοια

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

του πρώτου εδαφίου της παρ. 3 του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016, αφού πληρούνται οι προϋποθέσεις εξαίρεσης του δεύτερου εδαφίου της διάταξης αυτής, περί διαδικασίας εκχώρησης στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και η οποία βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια και, συνεκδοχικώς, στην υπό εξέταση περίπτωση τα εν λόγω δικαιώματα δε συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα. Για το λόγο αυτόν, στο Προοίμιο του Ν. 4404/2016 (βλ. σκέψη 14 της παρούσας) αναγνωρίστηκε στην Ο.Λ.Π. Α.Ε. *expressis verbis* από το Ελληνικό Δημόσιο το δικαίωμα αυτής να λειτουργεί κατά τη διεξαγωγή των δραστηριοτήτων της ως εμπορική κερδοσκοπική εταιρεία, με την επιφύλαξη, βεβαίως, των όρων της Σύμβασης Παραχώρησης.

19. Επειδή, προς επίρρωση τούτου, ήτοι ότι με την υπόψη διαγωνιστική διαδικασία της παραχώρησης του 67% των μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. προς ιδιώτη επενδυτή, εξαγοράσθηκε από αυτόν και το αποκλειστικό δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης του Λιμένος Πειραιά και δεν πρόκειται για μια απλή χρηματιστηριακή εξαγορά των μετοχών της υπόψη εταιρείας, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, δεικνύεται η αιτιολογική σκέψη 20 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ σύμφωνα με την οποία *«Η έννοια των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων αποτελεί κεντρικό στοιχείο στον ορισμό του πεδίου εφαρμογής της παρούσας οδηγίας, καθώς οι φορείς που δεν είναι ούτε αναθέτουσες αρχές ούτε δημόσιες επιχειρήσεις κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας υπόκεινται στις διατάξεις της μόνο στον βαθμό που ασκούν μία από τις δραστηριότητες που καλύπτονται βάσει τέτοιου είδους δικαιωμάτων. Είναι συνεπώς σκόπιμο να διευκρινιστεί ότι δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας που βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια, ιδίως σύμφωνα με τη νομοθεσία της Ένωσης, και για την οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα, δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας. ... Θα πρέπει επίσης να διευκρινιστεί ότι ο ανωτέρω κατάλογος νομοθεσίας δεν είναι εξαντλητικός και ότι δικαιώματα οιασδήποτε μορφής που παρέχονται, μεταξύ άλλων με πράξεις εκχώρησης, μέσω διαδικασίας που βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια και για την οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα για τους σκοπούς*

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

του καθορισμού του προσωπικού πεδίου εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ...». Με άλλα λόγια, από την αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας αυτής δύναται με ασφάλεια να συναχθεί το συμπέρασμα, ότι οιαδήποτε διαδικασία εκχώρησης δικαιωμάτων εκμετάλλευσης, η οποία καλύπτει τις οριζόμενες προϋποθέσεις περί επαρκούς δημοσιότητας και αντικειμενικών κριτηρίων, συνιστά διαδικασία που αποκλείει το χαρακτηρισμό των δικαιωμάτων αυτών ως ειδικών ή αποκλειστικών, ως εν προκειμένω όπου με την υπόψη ακολουθούμενη διαδικασία της πώλησης του πλειοψηφικού πακέτου των μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. στον ιδιώτη επενδυτή, παράλληλα εξελισσόταν η διαδικασία των διαπραγματεύσεων για την υπογραφή της νέας Σύμβασης Παραχώρησης μεταξύ της Ο.Λ.Π. Α.Ε. και του Ελληνικού Δημοσίου, τα δε σχετικά κείμενα της νέας Σύμβασης Παραχώρησης τίθεντο υπόψη των διαγωνιζομένων για την αγορά των μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. για την υποβολή παρατηρήσεων και προτάσεων, η δε ισχύς της Σύμβασης Παραχώρησης αυτής τέθηκε υπό την αναβλητική αίρεση της Σύμβασης Αγοραπωλησίας των Μετοχών της Ο.Λ.Π. Α.Ε. Συνεπώς, παραδεκτά μπορεί να γίνει λόγος για μία «εκ πλαγίου» διαδικασία εκχώρησης των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης του Λιμένος Πειραιά, η οποία σε κάθε περίπτωση διενεργήθηκε πληρούσα τις προϋποθέσεις του δεύτερου εδαφίου της παρ. 3 του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016.

20. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 13 «*Ενιαία φύση παραχώρησης, εταιρικά ζητήματα και χρηματοδότηση*», της Σύμβασης Παραχώρησης ορίζεται ότι «13.1 Κατά τη Διάρκεια Παραχώρησης, ο ΟΛΠ θα λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα ... ώστε, (α) όσον αφορά στον ΟΛΠ, να μην πραγματοποιηθεί ούτε να συμφωνηθεί η πραγματοποίηση εταιρικού μετασχηματισμού, συνένωσης, διάσπασης, συγχώνευσης ή εταιρικής ανασυγκρότησης οπουδήποτε είδους· (β) να μην συναφθεί ούτε να συμφωνηθεί η σύσταση κοινοπραξίας ή παρόμοιας σύμβασης αναφορικά με δραστηριότητες ή λειτουργίες που υπόκεινται στην παρούσα Σύμβαση· και (γ) να μη μεταβιβαστεί, ούτε να χορηγηθεί αμέσως ή εμμέσως, κανένα δικαίωμα ή / και υποχρέωση βάσει της παρούσας Σύμβασης, σε οποιονδήποτε εργολάβο, πάροχο υπηρεσιών ή άλλο τρίτο μέρος, είτε συνδεδεμένο με τον ΟΛΠ είτε όχι, με άλλον τρόπο πλην Υπεργολαβίας ή

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Υποπαραχώρησης που συνάπτεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας Σύμβασης».

21. Επειδή, από την ανωτέρω διάταξη και την τελολογική ερμηνεία αυτής, προκύπτει ότι ο νομοθέτης απέβλεψε με τη Σύμβαση Παραχώρησης στη διατήρηση του δικαιώματος κατοχής, χρήσης, διαχείρισης, συντήρησης, βελτίωσης και εκμετάλλευσης των στοιχείων του Λιμένος Πειραιά που παραχωρούνται με αυτήν, αποκλειστικά στην Ο.Λ.Π. Α.Ε., της οποίας ταυτόχρονα το Ελληνικό Δημόσιο μέσω του ΤΑΙΠΕΔ αποφάσισε την πώληση του πλειοψηφικού πακέτου των μετοχών της με διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι με την πώληση αυτών «ουσιαστικά παραχώρησε» (Μ.Π.Α. 5481/2002 αδημ.) και το δικαίωμα κατοχής, χρήσης, διαχείρισης, συντήρησης, βελτίωσης και εκμετάλλευσης των στοιχείων του Λιμένος Πειραιά.

22. Επειδή, επέκεινα, τα ανωτέρω στοιχούν και με το άρθρο 5 «Αξιοποίηση περιουσιακών στοιχείων» του Ν. 3986/2011 «Επείγοντα Μέτρα Εφαρμογής Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2012 - 2015» (ΦΕΚ Α'152) με το οποίο ορίζεται ότι «1. Η αξιοποίηση των περιουσιακών στοιχείων του Ταμείου διενεργείται με κάθε πρόσφορο μέσο και κατά προτίμηση με: ... (ζ) εισφορά σε ανώνυμες εταιρείες και στη συνέχεια πώληση των μετοχών που προκύπτουν». Εν προκειμένω, προκύπτει ότι, επελέγη από το Ελληνικό Δημόσιο προς αξιοποίηση της περιουσίας της Ο.Λ.Π. Α.Ε. η διαδικασία της πώλησης του πλειοψηφικού πακέτου των μετοχών της, της οποίας σημαντικό μέρος αποτελεί το δικαίωμα εκμετάλλευσης του Λιμένος Πειραιά και του οποίου διασφαλίσθηκε με τη νέα Σύμβαση Παραχώρησης η παραχώρησή του προς τον ιδιώτη επενδυτή με τη διαδικασία της πώλησης των μετοχών και ο οποίος ουσιαστικά λάμβανε μέρος στη διαδικασία διαπραγματεύσεων για την υπογραφή της Σύμβασης Παραχώρησης αυτής, με τη θέση υπόψη του των σχεδίων (drafts) κειμένων για τις παρατηρήσεις του, ως προελέχθη. Ειδικότερα, παραδεκτώς υποστηρίζεται από την καθ' ου η Προσφυγή, Ο.Λ.Π. Α.Ε., ότι η μεταγενέστερη νέα Σύμβαση Παραχώρησης της 24^{ης} Ιουνίου 2016 έλαβε χώρα κατόπιν διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

διαδικασίας πώλησης των μετοχών αυτής προς αξιοποίηση της υπόψη περιουσίας της. Τα ανωτέρω στοιχούν και με τις αποφάσεις του ΣΤΕ (506, 507 508/2016, Δ΄ Τμήμα) επί του κύρους της Πρόσκλησης του ΤΑΙΠΕΔ προς ενδιαφερόμενους επενδυτές για την αγορά του πλειοψηφικού πακέτου της Ο.Λ.Π. Α.Ε.. Στις αποφάσεις αυτές κρίθηκε ότι *«έχοντας το ως άνω περιεχόμενο η προσβαλλόμενη Πρόσκληση του ΤΑΙΠΕΔ δεν αφορά σύσταση ιδιαιτέρων δικαιωμάτων, επί κοινοχρήστων πραγμάτων, όπως αβασίμως προβάλλεται, αλλά πώληση σε επενδυτή μετοχών της ανώνυμης εταιρείας «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.», οι οποίες μεταβιβάσθηκαν στο ΤΑΙΠΕΔ, ως στοιχείο ιδιωτικής περιουσίας του Ελληνικού Δημοσίου, με τις ως άνω αποφάσεις 195/27.10.2011 και 206/25.04.2012 της Διυπουργικής Επιτροπής Αναδιρθρώσεων και Αποκρατικοποιήσεων»*, από τις οποίες συνάγεται, ότι κρίθηκε από το ανώτατο ακυρωτικό Δικαστήριο, ότι με την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την παραχώρηση των μετοχών από το ΤΑΙΠΕΔ, δε συστήθηκαν ειδικά δικαιώματα και δεν κρίθηκε το γεγονός αν αντικείμενο της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας αποτελεί η εκχώρηση ειδικών αποκλειστικών δικαιωμάτων στον ιδιώτη επενδυτή κατά την έννοια του άρθρου 224 του Ν.4412/2016, ο οποίος νόμος, άλλωστε, δεν υφίστατο κατά τη δημοσίευση των αποφάσεων αυτών.

23. Επειδή, τούτων ούτως εχόντων, προκύπτει ότι η Ο.Λ.Π. Α.Ε. δεν εμπίπτει στην έννοια του αναθέτοντος φορέα σύμφωνα με το άρθρο 224 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), αφού νομίμως εξαιρείται *ratione personae* του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ *«Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρώην εξαιρούμενων τομέων (Οδηγία 2014/25/ΕΕ)»* του νόμου αυτού και κατ' ακολουθίαν δε διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV *«Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων»* του νόμου αυτού. Συνεπώς, παραδεκτώς δύναται να γίνει λόγος για νόμιμη εξαίρεση της Ο.Λ.Π. Α.Ε. από τους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ευρωπαϊκών και εθνικών, συνεπεία της παρ. 3 εδ. β΄ του άρθρου 224 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και κατ' επέκταση για εξαίρεση και από το πεδίο εφαρμογής των καλούμενων δικονομικών Οδηγιών (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

92/13/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ και ισχύουν), όπως αυτές ενσωματώνονται σε επίπεδο εθνικού δικαίου με τις διατάξεις των άρθρων 345 – 374 του βιβλίου IV του ν. 4412/2016).

24. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 8 «Σύναψη συμβάσεων» του Ν. 4404/2016 ορίζεται ότι «1. Η «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» δύναται να συνάπτει συμβάσεις για την εκτέλεση έργων και για την παροχή υπηρεσιών, στο πλαίσιο της άσκησης των δικαιωμάτων και της εκπλήρωσης των υποχρεώσεων της από τη Σύμβαση Παραχώρησης, καθώς επίσης και να υποπαραχωρεί σε τρίτους δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης τμημάτων της Λιμενικής Ζώνης, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 9.3 και 12 της Σύμβασης Παραχώρησης. 2. Κατά τη διαδικασία επιλογής των αντισυμβαλλομένων για τους σκοπούς της προηγούμενης παραγράφου, η «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» υποχρεούται να τηρεί τις αρχές της διαφάνειας, της δημοσιότητας, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης. Οι υποχρεώσεις της παρούσας παραγράφου δεν επηρεάζονται και δεν περιορίζονται από όποιους τυχόν σχετικούς εσωτερικούς κανονισμούς ήθελε υιοθετηθούν από την «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» ούτε και σε περίπτωση μη συμμόρφωσης της «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» με τις υποχρεώσεις της που απορρέουν από τη Σύμβαση Παραχώρησης. 3. Οι διαφορές που αναφύονται μεταξύ της «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» και των αντισυμβαλλομένων της σχετικά με τη σύναψη, την ερμηνεία των όρων, την εκτέλεση και την καταγγελία Υποπαραχωρήσεων Ήσσονος Σημασίας (όπως ορίζονται στο άρθρο 9.3 της Σύμβασης Παραχώρησης), θα εκδικάζονται από το Μονομελές Πρωτοδικείο Πειραιά, σύμφωνα με τη ειδική διαδικασία των άρθρων 615 – 620 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, εκτός εάν τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν υπαγάγει τις εν λόγω διαφορές σε διαιτησία. 4. Οι διαφορές που αναφύονται μεταξύ της «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» και των αντισυμβαλλομένων της σχετικά με τη σύναψη, την ερμηνεία των όρων, την εκτέλεση και την καταγγελία των συμβάσεων που προβλέπονται στο άρθρο 12 της Σύμβασης Παραχώρησης, θα εκδικάζονται από τα Δικαστήρια του Πειραιά κατά την τακτική διαδικασία, εκτός εάν τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν υπαγάγει

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

τις εν λόγω διαφορές σε διαιτησία». Επιπλέον, στο άρθρο 9 «Λιμενικά έργα» ορίζεται ότι «1. Η «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» δύναται να προκηρύττει διαγωνισμούς και να αναθέτει συμβάσεις έργων ως ιδιωτικές συμβάσεις, υπό την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος άρθρου, χωρίς να υποχρεούται προς τούτο να ακολουθήσει τυπικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. 2. Η «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» υποχρεούται να διασφαλίζει ότι το σύνολο των εργασιών που έχει αναθέσει και οι οποίες διενεργούνται εντός του Λιμένα Πειραιά, πληρούν όλα ανεξαιρέτως τα εφαρμοστέα τεχνικά πρότυπα, καθώς και τις προδιαγραφές και τις εγγυήσεις τάξης, ασφάλειας και περιβαλλοντικής μέριμνας, όπως εκάστοτε ορίζονται από την νομοθεσία που ισχύει για την εκτέλεση δημόσιων λιμενικών έργων στην Ελλάδα. 3. Οι οριστικές μελέτες σχετικά με έργα που αναλαμβάνονται από την «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» ή για λογαριασμό της λαμβάνουν τη διοικητική έγκριση της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών της Περιφέρειας Αττικής ...».

25. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 12 «Χορήγηση δικαιωμάτων και ανάθεση υποχρεώσεων από τον ΟΛΠ» ορίζεται ότι «12.1 Ο ΟΛΠ μπορεί να χρησιμοποιεί εργολάβους, παρόχους υπηρεσιών ή άλλα τρίτα πρόσωπα, είτε συνδέονται με τον ΟΛΠ είτε όχι (οι Υπεργολάβοι), προκειμένου να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του βάσει της παρούσας Σύμβασης, καθώς και για την ανάληψη οποιωνδήποτε εργασιών στον Χώρο του Λιμένα. Με την επιφύλαξη του άρθρου 12.14, οποιαδήποτε σύμβαση με Υπεργολάβο (η Υπεργολαβία) θα συνάπτεται, ανανεώνεται, επεκτείνεται ή τροποποιείται μόνο υπό εύλογους όρους αγοράς. 12.2 Εντός διαστήματος όχι μεγαλύτερου των ενενήντα (90) ημερών από την Ημερομηνία Έναρξης Ισχύος, ο ΟΛΠ θα υιοθετήσει με απόφαση του αρμόδιου διοικητικού οργάνου του και θα δημοσιεύσει σειρά δεσμευτικών εταιρικών κανονισμών (οι Κανονισμοί Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων), που θα ισχύουν για τις Υπεργολαβίες, τους Υπεργολάβους, τις Υποπαραχωρήσεις (πλην των Υποπαραχωρήσεων Ησσονος Σημασίας) και τους Υποπαραχωρησιούχους του ΟΛΠ, ενώ θα δύναται κατά καιρούς να ενημερώνει, τροποποιεί ή να συμπληρώνει τους Κανονισμούς Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων. Οι Κανονισμοί Ανάθεσης

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων θα περιλαμβάνουν τις ισχύουσες διαδικασίες για τη δημοπράτηση Υπεργολαβιών και Υποπαραχωρήσεων, την επιλογή Υπεργολάβων και Υποπαραχωρησιούχων καθώς και οποιαδήποτε συναφή ζητήματα. Ο ΟΛΠ θα διασφαλίζει ότι οι Κανονισμοί Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων: (α) παραθέτουν διαφανείς και εύληπτους κανόνες και διαδικασίες, που συνάδουν με τις αρχές της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της μη διάκρισης και της ίσης μεταχείρισης· (β) παραθέτουν εύλογα και βασισμένα στην αγορά όρους και κριτήρια για τη διάκριση μεταξύ διαφορετικών διαδικασιών δημοπράτησης και επιλογής, καθώς και για τον καθορισμό των διαδικασιών που αναμένεται να ισχύουν για έναν συγκεκριμένο τύπο Υπεργολαβίας ή Υποπαραχώρησης· (γ) δημοσιεύονται χωρίς υπαίτια καθυστέρηση στην τρέχουσα εκδοχή τους και παραμένουν διαθέσιμοι μετά από τη δημοσίευση για επισκόπηση από τρέχοντες και εν δυνάμει Υπεργολάβους (η δημοσίευση στην εταιρική ιστοσελίδα του ΟΛΠ, σε περίοπτη, ευχερώς αναγνωρίσιμη και προσβάσιμη θέση θα θεωρείται ότι εκπληρώνει τον εν λόγω σκοπό)· και (δ) εφαρμόζονται με συνέπεια. 12.3 Με την επιφύλαξη της τήρησης των αρχών της ελεύθερης και χωρίς διακρίσεις πρόσβασης, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 9 ή όπως απαιτείται από το εφαρμοστέο δίκαιο, ο ΟΛΠ μπορεί να παραχωρήσει το σύνολο ή μέρος των δικαιωμάτων του στο πλαίσιο της παρούσας Σύμβασης, συνάπτοντας υποπαραχωρήσεις με εργολάβους, παρόχους υπηρεσιών ή άλλα τρίτα μέρη, συνδεδεμένα ή μη με τον ΟΛΠ (οι Υποπαραχωρήσεις και κάθε τρίτο μέρος, ο Υποπαραχωρησιούχος). Με την επιφύλαξη όσων προβλέπονται στο άρθρο 9 και με την επιφύλαξη του άρθρου 12.14, οποιαδήποτε εν λόγω Υποπαραχώρηση θα συνάπτεται, θα ανανεώνεται, θα παρατείνεται ή θα τροποποιείται μόνο με εύλογους όρους αγοράς και σύμφωνα με τις διαδικασίες που παρατίθενται στους Κανονισμούς Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων. ... 12.6 Χωρίς να θίγονται οι διατάξεις των άρθρων 12.2 και 12.3, ο ΟΛΠ μπορεί να συνάπτει Υποπαραχωρήσεις και συμβάσεις με Υπεργολάβους μόνο επί τη βάσει ανοικτών, διαφανών, ανταγωνιστικών και αμερόληπτων διαδικασιών ...».

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

26. Επειδή, στο άρθρο 377 παρ. 2 περ. 11) του Ν.4412/2106 προβλέπεται ότι από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού καταργείται η απόφαση του Δ.Σ. της ΟΛΠ Α.Ε. 4900/2008 (Β' 513) *«Κανονισμός σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων προμήθειας, υπηρεσιών, έργων, παραχωρήσεων και εκποιήσεων της εταιρίας ΟΛΠ Α.Ε.»*, όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση 258/2008 του ίδιου οργάνου (Β' 2647), πλην των διατάξεων που αφορούν σε παραχώρηση γης (άρθρα 55-74) και εκποιήσεων (άρθρα 75-80), ενώ σύμφωνα με τη γενική διάταξη του άρθρου 377 παρ. 3 ορίζεται ότι *«Καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη που είναι αντίθετη με τις διατάξεις του παρόντος ή ρυθμίζει τα θέματα αυτά με άλλον τρόπο»*.

27. Επειδή, σύμφωνα με τις εξουσιοδοτικές διατάξεις των άρθρων 8 και 9 παρ. 1 του Ν. 4404/2016 ενεκρίθη στην υπ' αριθ. 18/27-10-2016 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Ο.Λ.Π., ήτοι σε ύστερο στάδιο της εφαρμογής ισχύος του ν. 4412/2016, ο Κανονισμός Ανάθεσης Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς, στο προοίμιο του οποίου αναφέρεται ότι *«Το Α' Κεφάλαιο εφαρμόζεται κατά την ανάθεση εκτέλεσης όλων των έργων του προγράμματος Έργων και Επενδύσεων καθώς και κατά την εκτέλεση κάθε σχετικής με τα έργα αυτά σύμβασης. Το Β' Κεφάλαιο τυγχάνει εφαρμογής κατά την ανάθεση παροχής υπηρεσιών σχετικών με τη λειτουργία της Εταιρίας ή της προμήθειας των απαραίτητων προμηθειών. Το Γ' Κεφάλαιο περιλαμβάνει τελικές διατάξεις που τυγχάνουν εφαρμογής σε όλες τις συμβάσεις των δύο ανωτέρω κεφαλαίων»*.

28. Επειδή, εντεύθεν παρέπεται, ότι η προκήρυξη διαγωνισμών και η ανάθεση και σύναψη συμβάσεων από την Ο.Λ.Π. Α.Ε., γίνεται σύμφωνα με τα άρθρα 8, 9 και 12 του Ν. 4404/2016, χωρίς την υποχρέωση τήρησης τυπικών διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, αλλά με την σε κάθε περίπτωση υποχρέωση τήρησης των αρχών της διαφάνειας, της δημοσιότητας, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων και σύμφωνα με τον, κατ' εξουσιοδότηση των προρρηθισών διατάξεων, εκδοθέντα Κανονισμό Ανάθεσης Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς της υπ'

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

αριθ. 18/27-10-2016 συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της Ο.Λ.Π. Α.Ε., η δε διευθέτηση διαφορών που τυχόν αναφύονται μεταξύ της «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» και των αντισυμβαλλομένων της, σχετικά με τη σύναψη, την ερμηνεία των όρων, την εκτέλεση και την καταγγελία των συμβάσεων που ανατίθενται με βάση τα άρθρα αυτά του Ν. 4404/2016, άγεται προς επίλυση ενώπιον των Δικαστηρίων του Πειραιά κατά την τακτική διαδικασία, εκτός εάν τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν υπαγάγει τις εν λόγω διαφορές σε διαιτησία. Σημειώνεται, μάλιστα, ότι σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4404/2016, στο άρθρο 9 του Ν. 4404/2016, στο οποίο γίνεται ρητή μνεία περί της δυνατότητας της Ο.Λ.Π. Α.Ε. να προκηρύττει διαγωνισμούς και να αναθέτει συμβάσεις έργων ως ιδιωτικές συμβάσεις, χωρίς να υποχρεούται προς τούτο να ακολουθεί τυπικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, αναφέρεται ότι *«(μ)ε το άρθρο 9 εισάγονται ειδικές ρυθμίσεις αναφορικά με την ανάθεση συμβάσεων λιμενικών έργων από την αντισυμβαλλόμενη εταιρεία»* (σελ. 512 της Αιτιολογικής Έκθεσης). Ωσαύτως, σημειώνεται (σελ. 501 της Αιτιολογικής Έκθεσης περ. ζ'), ότι ο κυρωτικός νόμος της Σύμβασης Παραχώρησης ρυθμίζει ζητήματα ανάθεσης συμβάσεων εκ μέρους της Ο.Λ.Π. Α.Ε. και εκτέλεσης λιμενικών έργων, σε συνδυασμό με διατάξεις δικονομικού ενδιαφέροντος για την παροχή σαφούς πλαισίου έννομης προστασίας σε τρίτους που έχουν έννομο συμφέρον. Από τις ανωτέρω αναφορές της Αιτιολογικής Έκθεσης του Ν. 4404/2016, με ασφάλεια συνάγεται η *ratio legis* των διατάξεων των άρθρων 8, 9 και 12, ώστε αυτές να αποτελούν ειδικότερες ρυθμίσεις αναφορικά με τις διαγωνιστικές διαδικασίες και τον τρόπο ανάθεσης των συμβάσεων της Ο.Λ.Π. Α.Ε. Οίκοθεν προκύπτει ότι κατισχύουν των γενικών διατάξεων του Ν. 4412/2016 περί δημοσίων συμβάσεων, έργων προμηθειών και υπηρεσιών.

29. Επειδή, περαιτέρω, δεν δύναται παραδεκτά να γίνει λόγος για συνομολόγηση της Ο.Λ.Π. Α.Ε. της ιδιότητάς της ως «αναθέτονα φορέα» κατά τις διατάξεις του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016, εκ του γεγονότος και μόνο της δημοσίευσης της επίμαχης Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις (υπ' αριθ. 2018/S 147-335687), στην οποία

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

αυτοπροσδιορίζεται ως «αναθέτουσα αρχή» και στο είδος αυτής ως «Άλλο είδος: Νομικό Πρόσωπο». Και τούτο διότι, ως η καθ'ης η Προσφυγή βάσιμα υποστηρίζει, η δημοσίευση αυτή έγινε πράγματι, για λόγους κατά το δυνατόν ευρύτερης δυνατής δημοσιότητας. Σε κάθε δε περίπτωση το γεγονός αυτό και μόνο δεν είναι ικανό να στηρίξει αντίθετη κρίση, πολύ, δε, περισσότερο να οδηγήσει στη συναγωγή συμπεράσματος περί συνομολόγησης της Ο.Λ.Π. Α.Ε., ως φέρουσας την ιδιότητα του «αναθέτοντος φορέα» κατά το ευρωπαϊκό και εθνικό κανονιστικό πλαίσιο.

30. Επειδή, σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, προκύπτει ότι στην υπό κρίση περίπτωση η εταιρεία «Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» δεν εμπίπτει στην έννοια του αναθέτοντος φορέα σύμφωνα με το άρθρο 224 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), δεν διέπεται από τις διατάξεις του νόμου αυτού και, συνεπώς, λόγω αναρμοδιότητας απαραδέκτως προσβάλλεται η υπόψη Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

31. Επειδή, εξάλλου, η προκήρυξη διαγωνισμών και η ανάθεση και σύναψη συμβάσεων από την Ο.Λ.Π. Α.Ε. γίνεται σύμφωνα με τα άρθρα 8, 9 και 12 του Ν. 4404/2016 χωρίς την υποχρέωση τήρησης τυπικών διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, αλλά σύμφωνα με τον κατ' εξουσιοδότηση των διατάξεων αυτών εκδοθέντα Κανονισμό Ανάθεσης Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς της υπ' αριθ. 18/27-10-2016 συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της Ο.Λ.Π. Α.Ε.

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

33. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228830050958 1008 0070), πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 2 / 2018

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού δέκα πέντε χιλιάδων (15.000,00) Ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228830050958 1008 0070).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Σεπτεμβρίου 2018, και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 9 Οκτωβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Η Γραμματέας

Φιλία Ι. Κοντραφούρη