



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΑΡΙΘΜΟΣ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ : 124/2011

ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΤΜΗΜΑ Β΄

Συνεδρίαση της 14.3.2011

Σύνθεση:

Πρόεδρος : Βλάσιος Ασημακόπουλος, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ

Μέλη : Μιχαήλ Απέσσος, Αλέξανδρος Καραγιάννης, Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος, Γεώργιος Κανελλόπουλος, Ευγενία Βελώνη, Δημήτριος Χανής, Αφροδίτη Κουτούκη, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγήτρια : Σοφία Διαμαντοπούλου, Πάρεδρος ΝΣΚ.

Ερώτημα : Το Αρ. Πρωτ. :ΥΠΕΚΑ/ΓΡ. ΥΦ./0042/3.2.2011 έγγραφο του Υφυπουργού ΠΕΚΑ.

Περίληψη : Αν τα οικονομικά στοιχεία που αφορούν τα φυσικά Πρόσωπα-Μετόχους της εταιρείας [...] ή τα οικονομικά στοιχεία που αφορούν το μητρικό Όμιλο των Επιχειρήσεων [...], στον οποίο ανήκει η εταιρεία [...] ή τα οικονομικά στοιχεία άλλων εταιρειών του Ομίλου των Επιχειρήσεων [...], οι οποίες δεν σχετίζονται με την διαδικασία της εκμίσθωσης του Δημοσίου Λιγνιτωρυχείου της Βεύης, μπορούν να ληφθούν υπόψη για να διαπιστωθεί ότι η οικονομική επιφάνεια της Εταιρείας [...], η οποία συμμετέχει στη διαδικασία και έχει υποβάλλει τη συγκεκριμένη προσφορά, υπερβαίνει το ποσό των 20 εκατομμυρίων €».

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Β΄ Τμήμα του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους γνωμοδοτεί ομόφωνα ως ακολούθως:

I. Με την υπ' αρ. πρωτ.:Δ9/Δ/Φ6/2331/405/5.2.2010 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ με θέμα: «Εκμίσθωση του δικαιώματος έρευνας και εκμετάλλευσης του δημοσίου λιγνιτωρυχείου Βεύης του Ν. Φλώρινας» το Υπουργείο ΠΕΚΑ, προτιθέμενο να προχωρήσει σε απευθείας σύμβαση για την εκμίσθωση του δικαιώματος έρευνας και εκμετάλλευσης του άνω λιγνιτωρυχείου, σύμφωνα με το άρθρο 144 παρ. 3 του Μεταλλευτικού Κώδικα, απηύθυνε δημόσια πρόσκληση στους ενδιαφερόμενους για την μίσθωση αυτή να εκδηλώσουν το σχετικό ενδιαφέρον τους καταθέτοντας προς τούτο σχετική δήλωση στη Δ/ση Ενεργειακών Ορυκτών της Γενικής Δ/σης Φυσικού Πλούτου μέσω του Γενικού Πρωτόκολλου της ΓΓΕΚΑ του αυτού Υπουργείου.

Στη συνέχεια, για τη διενέργεια της διαδικασίας εκμίσθωσης του δικαιώματος έρευνας και εκμετάλλευσης του ανωτέρω λιγνιτωρυχείου, συγκροτήθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. Δ9/Δ/Φ6/4319/787/9.3.2010 απόφαση του Υφυπουργού ΠΕΚΑ επιτροπή, της οποίας το έργο προσδιορίστηκε συνοπτικά ότι είναι η **απευθείας** επιλογή μισθωτή, σύμφωνα με το άρθρο 144 του Μεταλλευτικού Κώδικα, από αυτούς που θα υποβάλλουν αιτήσεις στα πλαίσια της προαναφερομένης Προσκήσεως, ότι η επιλογή αυτή θα γίνει κατόπιν διαπραγμάτευσης της Επιτροπής με τους ενδιαφερόμενους και θα έχει ως κριτήριο την πλέον συμφέρουσα για το Ελληνικό Δημόσιο προσφορά, όπως αυτή θα διαμορφωθεί από τις προτάσεις των ενδιαφερομένων σχετικά με το ύψος του προσφερομένου μισθώματος, τις προτεινόμενες δαπάνες για την έρευνα, την εγγυημένη ετήσια παραγωγή λιγνίτη, την εμπειρία σε εξορυκτικά έργα και την οικονομική επιφάνεια του προτείνοντος (όπως ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών ή εκκαθαριστικά σημειώματα, στην περίπτωση φυσικών προσώπων, των τελευταίων τριών (3) οικονομικών ετών).

Στην προαναφερθείσα πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την υποβολή, μέσα σε αποκλειστική προθεσμία τριάντα πέντε (35) ημερών από την τελευταία δημοσίευσή της, των σχετικών δηλώσεων των ενδιαφερομένων, υπέβαλαν δήλωση ενδιαφέροντος δέκα τρεις (13) επιχειρήσεις.

Περαιτέρω η Επιτροπή, όπως προκύπτει από το αριθμ. 4/21-07-2010 πρακτικό συνεδριάσεών της, μετά από διαβούλευση με όλους τους ανωτέρω ενδιαφερόμενους ως προς την ακολουθητέα διαδικασία και τα κριτήρια συμμετοχής και αξιολόγησής τους εντός των κατευθύνσεων του έργου που της είχε ανατεθεί, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα και σε αυτούς να συμμετάσχουν στη διαμόρφωση τούτων, έτσι ώστε να επιλεγεί κατ' αντικειμενικό και δίκαιο τρόπο ο μισθωτής, καθόρισε τα επιμέρους στάδια της διαδικασίας και τα κριτήρια, με βάση τα οποία θα υποβάλοντο και θα αξιολογούντο οι δεσμευτικές προτάσεις των ενδιαφερομένων, σύμφωνα με όσα διαλαμβάνει περί αυτών στο με αριθμ. 5/28-07-2010 πρακτικό συνεδρίασής της.

Σε συνέχεια των ανωτέρω, εξεδόθη η υπ' αρ. πρωτ. Δ9/Φ6/15636/2878/2.8.2010 απόφαση του Υφυπουργού ΠΕΚΑ με θέμα: « Έγκριση πρακτικών της Επιτροπής για την εκμίσθωση των δικαιωμάτων έρευνας και εκμετάλλευσης του δημόσιου λιγνιτωρυχείου στην περιοχή της Βεύης του Νομού Φλώρινας», με την οποία κατ' αποδοχή και έγκριση των μέχρι τότε πρακτικών της Επιτροπής, ορίσθηκαν μεταξύ άλλων και τα εξής:

«.....2.Καθορίζουμε, την ακολουθητέα διαδικασία και τα επί μέρους στάδια αυτής για την εκμίσθωση του λιγνιτωρυχείου της Βεύης, τα στοιχεία με βάση τα οποία θα υποβάλουν δεσμευτικές προτάσεις οι επιχειρήσεις, που έχουν εκδηλώσει σχετικό ενδιαφέρον, καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αξιολογηθούν οι προτάσεις αυτές, προκειμένου να επιλεγεί ο μισθωτής, όπως τα ανωτέρω περιλαμβάνονται στο υπ' αριθ. 5/28.7.2010 πρακτικό της ως άνω επιτροπής και έχουν ως εξής:

I. Ως προς τη διαδικασία: Αυτή θα εξελιχθεί σε τρεις φάσεις ως εξής:

I.I.. Ως προς τα απαραίτητα στοιχεία υποβολής των δεσμευτικών προτάσεων των ενδιαφερόμενων και τα κριτήρια αξιολόγησής τους γίνεται η εξής διάκριση:

A. Απαραίτητα κριτήρια (1, 2 και 3δ) η μη πλήρωση των οποίων είναι απορριπτική για την υποβληθείσα πρόταση.

B. Κριτήρια με συντελεστή βαρύτητας (3^ο, 3γ, 3στ, 5^ο, 6^ο, 8) βάσει των οποίων θα προκύψει η βαθμολόγηση των δεσμευτικών προτάσεων και

Γ. Κριτήρια για τα οποία δεν προβλέπεται συντελεστής βαρύτητας. Οι προτάσεις του μισθωτή επί των κριτηρίων αυτών θα περιληφθούν στην τελική σύμβαση

ΚΡΙΤΗΡΙΟ 1: Οικονομική επιφάνεια του προσφέροντος.

Η οικονομική επιφάνεια του συμμετέχοντος στη διαδικασία πρέπει να υπερβαίνει το ποσό των 20 εκατομμυρίων Ευρώ και θα προκύπτει από:

- Ισολογισμούς τελευταίας τριετίας (Μετοχικό Κεφάλαιο, Αποτελέσματα χρήσεων, Καθαρή Θέση, Τζίρος).
- Περιουσιακά στοιχεία (τραπεζικές καταθέσεις, αξίες χρεογράφων, τις αξίες ακινήτων κ.λ.π.).

Το κριτήριο αυτό αξιολογείται από την Επιτροπή, διαπιστώνεται η πλήρωσή του ή μη και δεν βαθμολογείται. Όσοι δεν πληρούν το κριτήριο αυτό απορρίπτεται άμεσα η πρότασή τους ως απαράδεκτη και δεν αξιολογείται.

.....

3. Εντέλλεται η εκτύπωση των ενοτήτων (2.1 – IV) σε τεύχη, τα οποία θα πρέπει, με ευθύνη της επιτροπής, να παραδοθούν με απόδειξη στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις μέχρι την 14.00 ώρα της Δευτέρας 9^{ης} Αυγούστου 2010, προκειμένου αυτές να υποβάλουν, το αργότερο μέχρι την 20^η Σεπτεμβρίου 2010, τις δεσμευτικές προτάσεις τους..».

Κατ' εφαρμογή των όσων διαλαμβάνονται στην απόφαση αυτή, εκτυπώθηκαν τα τεύχη της παρ. 3 και παραδόθηκαν επί αποδείξη σε εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο καθεμίας από τις επιχειρήσεις που είχαν εκδηλώσει ενδιαφέρον.

Μεταξύ των επιχειρήσεων αυτών ήταν και η ένωση των εταιρειών [...]- [...], η οποία παρέλαβε ανεπιφύλακτα με εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπό της τα ανωτέρω τεύχη και κατέθεσε εμπρόθεσμα δηλ. πριν από την 20-09-2010 και χωρίς οποιαδήποτε επιφύλαξη δεσμευτική πρόταση συμμετοχής στη διαδικασία εντός σφραγισμένου φακέλλου.

Ως προς το ΚΡΙΤΗΡΙΟ 1 για την οικονομική επιφάνεια του προσφέροντος, η οποία πρέπει επί ποινή αποκλεισμού του από την περαιτέρω διαδικασία, να υπερβαίνει τα είκοσι εκατομμύρια (20.000.000) Ευρώ, προκύπτει κατά την Επιτροπή ότι αυτό δεν πληρούται, δοθέντος ότι από τα

περιλαμβανόμενα στοιχεία στον κατατεθέντα από την ανωτέρω ένωση φάκελλο και δη από αυτά τα οποία αφορούν τις δύο εταιρείες, δεν αποδεικνύεται, σύμφωνα με το διδόμενο ιστορικό, ότι αθροιστικά τα περιουσιακά αυτά στοιχεία των αποτελούντων την εν λόγω ένωση εταιρειών καλύπτουν το ειρημένο όριο. Από τα λοιπά υπάρχοντα στον φάκελλο οικονομικά στοιχεία η Επιτροπή διαπίστωσε ότι αυτά αφορούν κυρίως σε φυσικά πρόσωπα μετόχους των εν λόγω εταιρειών ή και εταιρειών του μείζονος επιχειρηματικού ομίλου, στον οποίο αυτές ανήκουν, και όχι σε αυτά τούτα τα νομικά πρόσωπα των δύο εταιρειών, ως ίδια αυτών περιουσιακά στοιχεία. Η διαπίστωση αυτή, ενόψει και του ισχυρισμού της ένωσης, ότι μπορούν και αυτά τα στοιχεία να συνυπολογισθούν για την κάλυψη του ρηθέντος οικονομικού κριτηρίου, απετέλεσε την αιτία της υποβολής του υπό κρίση ερωτήματος, προκειμένου η Επιτροπή στη συνέχεια να οριστικοποιήσει την κρίση της σε σχέση με τη συνδρομή ή μη του ειρημένου κριτηρίου.

II. A. Το έβδομο κεφάλαιο του Μεταλλευτικού Κώδικα (Ν.Δ 210/1973, ΦΕΚ Α' 277), που περιλαμβάνει τα άρθρα 143-156, θεσπίζει ρυθμίσεις σε σχέση με τα μεταλλευτικά δικαιώματα του Ελληνικού Δημοσίου, δηλαδή τα δικαιώματά του που αναφέρονται στην αναζήτηση, έρευνα και εκμετάλλευση των διαλαμβανόμενων στο άρθρο 143 ορυκτών, μεταξύ των οποίων και των στερεών καυσίμων, ορυκτών υλών (λιγνίτου, τύρφης κλπ).

Ειδικότερα, το άρθρο 144 του εν λόγω Κώδικα που ρυθμίζει τους τρόπους άσκησης των ανωτέρω δικαιωμάτων, ορίζει στην μόν παρ. 1 ότι: *«Το υπό των διατάξεων του άρθρου 143 του παρόντος δικαίωμα του Δημοσίου ασκείται δι' αυτεπιστασίας ή δι' εκμίσθωσης κατόπιν δημοπρασίας, προκηρυσσόμενης υπό του Υπουργού Εθνικής Οικονομίας ή διά συμβάσεως κυρουμένης δι' ειδικού νόμου.»* στην δε παράγραφο 3 και όπως η πρώτη περίοδος αυτής αντικαταστάθηκε με το άρθρο 23 του Ν. 2545/1997 (ΦΕΚ Α' 254) ότι: *«Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται για λόγους δημόσιου συμφέροντος, ιδιαίτερα δε προκειμένου να επισπευσθεί η διενέργεια έρευνας και εκμετάλλευσης, η εκμίσθωση των δικαιωμάτων του Δημοσίου, που αναφέρονται στα άρθρα 143, 146 και 148 του παρόντος, με απευθείας σύμβαση σε οποιαδήποτε επιχείρηση παρέχει τα εχέγγυα για το σκοπό αυτόν.»*

Ιδίως η απευθείας εκμίσθωση των ανωτέρω δικαιωμάτων επιτρέπεται προς την τελευταία μισθώτρια επιχείρηση, αφού ληφθούν υπόψη μεταξύ άλλων και οι επενδύσεις που πραγματοποιήθηκαν, η ορθολογική εκμετάλλευση, ο βαθμός επεξεργασίας του μεταλλεύματος, καθώς και το επιχειρησιακό σχέδιο δράσης και τα απομένοντα προς εκμετάλλευση αποθέματα.»

Με τις διατάξεις αυτές του Μεταλλευτικού Κώδικα (Μ.Κ) εισάγονται ειδικές ρυθμίσεις ως προς τον τρόπο άσκησης των συγκεκριμένων μεταλλευτικών δικαιωμάτων του Δημοσίου, μεταξύ των οποίων είναι και η εκμίσθωση αυτών με υπογραφή σχετικής σύμβασης, της οποίας μπορεί να έχει προηγηθεί η διενέργεια δημοπρασίας ή, κατ' εξαίρεση, απ' ευθείας ανάθεση για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

Οι διαδικασίες αυτές εκμίσθωσης των δικαιωμάτων του Δημοσίου καίτοι καταλήγουν στην υπογραφή σχετικής σύμβασης, δεδομένου ότι αποτελούν αντικείμενο δραστηριότητας που ασκείται από τον μισθωτή έναντι μισθώματος για λογαριασμό του και για την άσκηση αυτών απαιτείται λόγω της φύσης και του περιεχομένου τους η χορήγηση διοικητικής φύσεως αδειών, όπως η έγκριση περιβαλλοντικών όρων, η έγκριση τεχνικής μελέτης εφαρμογής κλπ, είναι διάφορες των λοιπών θεσμοθετημένων διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες αφορούν στην για λογαριασμό της αναθέτουσας αρχής προμήθεια αγαθών, εκτέλεση έργων ή παροχή υπηρεσιών, και ως εκ τούτου δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της σχετικής με αυτές νομοθεσίας της Ε.Ε., τόσο της δευτερογενούς δηλαδή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων (2004/17 Ε.Κ κλπ) όσο και της πρωτογενούς (Συνθήκη Ε.Κ).

Το γεγονός αυτό συνεπάγεται τη δυνατότητα εκμίσθωσης των μεταλλευτικών δικαιωμάτων του Δημοσίου με βάση τις διαληφθείσες ειδικές ρυθμίσεις του Μ.Κ. και των κατευθύνσεών τους με διαδικασίες και κριτήρια που να εξασφαλίζουν ουσιαδώς τουλάχιστον τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ακόμη και στην περίπτωση που προκρίνεται η μη τήρηση της διαδικασίας της δημοπρασίας κατόπιν σχετικής προκήρυξης.

Β. Εν προκειμένω για την εκμίσθωση του δικαιώματος εκμετάλλευσης του δημόσιου λιγνιτωρυχείου της Βεύης και στο πλαίσιο της ευχέρειας της απ'

ευθείας εκμίσθωσης, προκρίθηκε, προκειμένου αφενός μεν να τηρηθούν οι ανωτέρω αρχές νομιμότητας για να δοθεί η δυνατότητα συμμετοχής στη διαδικασία των πλέον εύρωστων και έμπειρων επιχειρήσεων και αφετέρου για να επιτευχθούν οι πλέον συμφέροντες για το δημόσιο όροι εκμίσθωσης, μια σύνθετη διαδικασία που εξελίσσεται σε επιμέρους στάδια ως εξής:

Το πρώτο στάδιο αφορά: α) Στη διαδικασία εκδήλωσης ενδιαφέροντος με βάση την προς τούτο εκδοθείσα με αριθμ. πρωτ.: Δ9/Δ/Φ6/2331/405/5-2-2010 απόφαση του Υφυπουργού Περιβάλλοντος Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής με την οποία και στο πλαίσιο των κατευθύνσεων επιλογής μισθωτή που αυτή έθετε, εζητείτο η υποβολή σχετικής δήλωσης από κάθε πρόσωπο που τυχόν ενδιαφέρετο για τη μίσθωση και β) Στη συγκρότηση Επιτροπής με την υπ' αριθμ. πρωτ.: Δ9/Δ/Φ6/4319/787/9-3-2010 απόφαση του ίδιου Υφυπουργού, για τη διενέργεια της διαδικασίας.

Το δεύτερο στάδιο αφορά στη θέσπιση επιμέρους διαδικασιών και κριτηρίων μετά από εισήγηση της Επιτροπής, σε συνέχεια σχετικής διαβούλευσης με όσους είχαν υποβάλει δήλωση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, προκειμένου αυτοί να συμμετάσχουν στην κυρίως διαδικασία και ν' αξιολογηθούν κατ' αυτήν, έτσι ώστε να καταστεί δυνατόν να επιλεγούν οι πέντε επικρατέστεροι. Για τη θέσπιση δε των επιμέρους αυτών διαδικασιών και κριτηρίων εκδόθηκε η με αριθμ. πρωτ.: Δ9/Φ6/15636/2878/2-8-2010 απόφαση του ως άνω Υφυπουργού, κατ' αποδοχήν των πρακτικών των συνεδριάσεων της Επιτροπής, το περιεχόμενο της οποίας, τυπωθέν σε τεύχη, παρελήφθη επί αποδείξει από όλους τους ανωτέρω ενδιαφερόμενους ανεπιφύλακτα.

Το τρίτο στάδιο αφορά στην κατάθεση δεσμευτικών προτάσεων από τους εκδηλώσαντες ενδιαφέρον εντός της τεθείσης τακτής προθεσμίας (μέχρι 20-9-2010), σύμφωνα με το περιεχόμενο της ως άνω υπουργικής απόφασης και στη σύμφωνα με αυτό αξιολόγηση των συμμετεχόντων και επιλογή των πέντε επικρατέστερων κατά φθίνουσα σειρά προτεραιότητας.

Το τέταρτο τέλος στάδιο αφορά στις διαπραγματεύσεις της Επιτροπής με κάθε ένα των ανωτέρω πέντε επικρατέστερων προκειμένου ν' αναδειχθεί περαιτέρω η πλέον συμφέρουσα για το Δημόσιο πρόταση.

Γ. Το όλο πλαίσιο της διαδικασίας εκμίσθωσης του ειρημένου λιγνιτωρυχείου, όπως αυτό θεσπίστηκε με τις προεκτεθείσες υπουργικές αποφάσεις και εν περιλήψει ως άνω περιγράφεται, αποτελεί το νομικό πλαίσιο διενέργειας αυτής και ως εκ τούτου είναι δεσμευτικό, τόσο για τη Διοίκηση, όσο και για εκείνους που υπέβαλαν δήλωση εκδήλωσης ενδιαφέροντος και περαιτέρω για εκείνους από αυτούς, που υπέβαλαν μέχρι την καταληκτική ημερομηνία της 20-09-2010 τη δεσμευτική πρότασή τους. Ειρήσθω ότι η νομιμότητα του πλαισίου αυτού ουδέποτε αμφισβητήθηκε ενεργά, τόσο από αυτούς που εκδήλωσαν αρχικώς ενδιαφέρον, όσο και από εκείνους εξ αυτών που κατέθεσαν δεσμευτική προσφορά στη συνέχεια ούτε και με την υποβολή απλής σχετικής επιφύλαξης και επομένως η αμφισβήτηση της νομιμότητας του το πρώτον σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας δεν είναι επιτρεπτή (Σ.Τ.Ε 74/2010, 579/2009).

Ενόψει λοιπόν της απολύτου αυτής δεσμευτικότητας του ως άνω νομικού πλαισίου, ιδιαίτερα δε εκείνου του δεύτερου των διαληφθέντων σταδίων, και των έννομων συνεπειών που επιφέρει σε όλους τους συμμετέχοντες και τη Διοίκηση, λαμβανομένου υπόψη και του επιδιωκόμενου σκοπού που συνίσταται στην ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας για το δημόσιο συμφέρον πρότασης, προκύπτει ο χαρακτήρας του πλαισίου αυτού ως αυστηρά τυπικού, προκειμένου να εξασφαλισθεί ότι η επιλογή αυτή θα γίνει, τηρουμένης της νόμιμης αρχής του «ενιαίου μέτρου κρίσης» των συμμετεχόντων, δηλαδή αξιολόγηση και επιλογή με βάση ενιαία για όλους αντικειμενικά κριτήρια, και η οποία αρχή αποτελεί ειδικότερη έκφραση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Στο πλαίσιο δε εφαρμογής όμοιας αυστηρότητας τυπικών διαδικασιών και δη κατά το στάδιο ελέγχου των κριτηρίων που έχουν νομίμως τεθεί, για την κατ' αρχήν παραδεκτή ή μη συμμετοχή σ' αυτές των ενδιαφερομένων και για την απόδειξη της συνδρομής των οποίων στο πρόσωπο των συμμετεχόντων απαιτείται ως αναγκαίο περιεχόμενο του φακέλλου συμμετοχής η υποβολή ορισμένου δικαιολογητικού, έχει κριθεί νομολογιακά ότι δεν επιτρέπεται εκ των υστέρων η αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών ή στοιχείων (ΣΤΕ 1620/2008, 1621/2008, 1622/2008 και 1178/2008) και περαιτέρω ότι η εκ των υστέρων

συμπλήρωση ή διευκρίνιση επιτρέπεται μόνον για νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά και ακόμη ότι η υποβολή το πρώτον ή η αναπλήρωση υποβληθέντων μη νομίμων κατά περιεχόμενο δικαιολογητικών ή η προσκόμιση ελλειπόντων στοιχείων δεν επιτρέπεται (ΣΤΕ 1450/2007, 867/2009), ως δε μη νόμιμα δικαιολογητικά ή στοιχεία είναι οπωσδήποτε και εκείνα, τα οποία δεν αφορούν στο πρόσωπο του υποβαλόντα αυτά συμμετέχοντα, είτε αυτός είναι φυσικό, είτε νομικό πρόσωπο αλλά σε τρίτο, χωρίς να ενδιαφέρει από άποψη νομικών συνεπειών η οποιαδήποτε μεταξύ τους έννομη σχέση.

Τουτ' αυτό ισχύει και στην περίπτωση, κατά την οποία η δηλώσασα εμπρόθεσμα συμμετοχή επιχείρηση με υποβολή δεσμευτικής προσφοράς μετασηματίσθηκε σε άλλης νομικής μορφής επιχείρηση ή απορροφήθηκε ή συγχωνεύθηκε με άλλη, καθόσον τα ελλείποντα από τον φάκελλο δικαιολογητικά ή τα εντός αυτού μη νόμιμα στοιχεία δεν μπορούν ν' αναπληρωθούν μετά την λήξη της προθεσμίας υποβολής από δικαιολογητικά που αφορούν στην προελθούσα μεταγενέστερα από τον μετασηματισμό επιχείρηση (Σ.τ.Ε 579/2009).

Επομένως με βάση τις παραδοχές αυτές, οι οποίες ισχύουν για την ταυτότητα του νομικού λόγου και στην υπό εξέταση διαδικασία, σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις δεν καταλείπεται ευχέρεια στη Διοίκηση να καλέσει τον συμμετέχοντα να συμπληρώσει εκ των υστέρων το μη υποβληθέν νόμιμο δικαιολογητικό ή ν' αντικαταστήσει το υποβληθέν μη νόμιμο, έστω και αν εκ παραδρομής έλαβε χώρα το γεγονός αυτό (Σ.τ.Ε 70/2010), αλλά, αντιθέτως, έχει υποχρέωση λόγω του γεγονότος αυτού να προβεί σε αποκλεισμό τούτου από την περαιτέρω διαδικασία (Σ.τ.Ε 70/2010, 392/2010, 668/2009, 738/2009, 579/2009).

Δ. Εξ άλλου παρατηρείται, επίσης, ότι από τις διατάξεις των άρθρων 8, 8β και επόμενα του νόμου 2190/1920 περί ανώνυμων εταιρειών, όπως ισχύει, με τα οποία ρυθμίζονται τα θέματα του μετοχικού κεφαλαίου των ΑΕ, όπως ο τρόπος καταβολής του, η διαίρεσή του σε μετοχές, η δυνατότητα μεταβίβασης αυτών κλπ., προκύπτει, μεταξύ των άλλων, ότι η μεν εταιρική περιουσία, στην οποία περιλαμβάνονται, όχι μόνο κινητά και ακίνητα περιουσιακά στοιχεία, αλλά και πάσης φύσεως δικαιώματα και υποχρεώσεις, ανήκει στο νομικό

πρόσωπο της εταιρείας το δε εταιρικό κεφάλαιο που είναι διαφορετικό από αυτήν ανήκει στους εκάστοτε εταίρους, που είναι κύριοι ή κάτοχοι των μετοχών κατά περίπτωση, στις οποίες αυτό διαιρείται.

Επίσης, προκύπτει η βασική αρχή σύμφωνα με την οποία, η μεταβίβαση των μετοχών μιας ΑΕ είναι κατά κανόνα ελεύθερη, είτε με πράξη εν ζωή (π.χ σύμβαση), είτε αιτία θανάτου (π.χ. διαθήκη) και ότι οι μετοχές και τα δικαιώματα επ' αυτών, εφόσον δεν ταυτίζονται με τα περιουσιακά στοιχεία της εταιρείας, δεν ασκούν έννομη επιρροή σε δικαιώματα και υποχρεώσεις που απορρέουν από συμβατικές δεσμεύσεις του νομικού προσώπου της εταιρείας κατά την άσκηση της επιχειρηματικής δραστηριότητάς της.

Τα ανωτέρω είναι συνέπειες της «αρχής του χωρισμού» που διέπει τις ανώνυμες εταιρείες, η οποία συνίσταται στην αυτοτέλεια του νομικού προσώπου της εταιρείας έναντι της αυτοτέλειας των προσώπων των μετόχων αυτής, ως ανεξάρτητων υποκειμένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και γενικώς εννόμων σχέσεων.

Ειδικότερα ως προς τα εν λόγω θέματα η νομολογία έχει δεχθεί ότι: α) στην ανώνυμη εταιρεία το δικαίωμα εξασφαλίζει αυθύπαρκτη οντότητα με την απόκτηση νομικής προσωπικότητας και διακρίνει απολύτως αυτήν από τα νομικά ή φυσικά πρόσωπα που την αποτελούν, β) η βασική έννομη συνέπεια της νομικής προσωπικότητας της εταιρείας είναι η ικανότητα δικαίου, δηλαδή, η ικανότητα να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, γ) η οικονομική αυτοτέλεια και ευθύνη της εταιρείας έχει ως συνέπεια ότι υπέγγυος στους εταιρικούς δανειστές είναι μόνο η περιουσία του νομικού προσώπου και όχι η περιουσία των μετόχων του και δ) στην ανώνυμη εταιρεία, η οποία αποτελεί κατ' εξοχήν κεφαλαιουχική ένωση, στηριζόμενη όχι επί της προσωπικής, αλλά επί της περιουσιακής συμβολής των εταίρων, τα πρόσωπα τούτων (των εταίρων) είναι αδιάφορα προς αυτήν, ο δε εταιρικός δεσμός εκφράζεται μόνον δια της μετοχής (ιδ. ενδεικτ. σε πρόσφατη νομολογία, σκέψεις στις με αριθμούς: Α.Π. 330/2010, Α.Π. 905/2010, ΕφΠειρ 131/2010, ΕφΘεσσ 577/2010, ΕφΑθ 5423/2006).

Με βάση τα ανωτέρω γίνεται φανερό, ότι σε περίπτωση διενέργειας διαδικασιών που διέπονται από τις αρχές νομιμότητας που προεκτέθηκαν, και στις οποίες έχουν τεθεί κριτήρια για την κατ' αρχήν παραδεκτή συμμετοχή σε

αυτές των ενδιαφερομένων και περαιτέρω κριτήρια για την στην συνέχεια αξιολόγησή τους, η συνδρομή των κριτηρίων αυτών για κάθε συμμετέχοντα κρίνεται εξατομικευμένα στο πρόσωπο καθενός εξ αυτών, με χρονική αναφορά το πρό της λήξεως της προθεσμίας χρονικό διάστημα, η οποία έχει τεθεί για την υποβολή των δικαιολογητικών που την αποδεικνύουν.

III. Στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με το ιστορικό του υποκρίση ερωτήματος οι εταιρείες [...] και [...] κατέθεσαν ως ένωση εταιρειών κοινό φάκελλο συμμετοχής χωρίς οποιαδήποτε επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα της άλλης διαδικασίας.

Από τα εντός του φακέλλου δικαιολογητικά, για την απόδειξη της οικονομικής κατάστασης κάθε εταιρείας, αυτά που αφορούσαν αποκλειστικά το νομικό πρόσωπο κάθε μιας δεν υπερβαίνουν αθροιστικά το όριο των είκοσι εκατομμυρίων (20.000.000) Ευρώ που έχει τεθεί ως κατώτερο όριο επί ποινή αποκλεισμού από την περαιτέρω διαδικασία. Τα λοιπά κατατεθέντα με τον ίδιο φάκελλο οικονομικά στοιχεία, τα οποία η ένωση ισχυρίζεται, ότι πρέπει να συνυπολογισθούν για την κάλυψη του ως άνω ορίου, προκύπτει κατά την Επιτροπή, ότι αυτά δεν είναι οικονομικά στοιχεία αυτών τούτων των νομικών προσώπων των εταιρειών της ένωσης αλλά τρίτων προσώπων, φυσικών η νομικών, μετόχων των εν λόγω εταιρειών ή άλλων εταιρειών του ευρύτερου επιχειρηματικού ομίλου, στον οποίο όλες ανήκουν.

IV. Ενόψει των ως άνω πραγματικών περιστατικών σε συνδυασμό και σε συνέχεια του ιστορικού της παραγράφου I, το Ν.Σ.Κ. (Β' Τμήμα) κατ' εφαρμογή των διατάξεων του ρυθμιστικού πλαισίου της διαδικασίας εκμίσθωσης του λιγνιτωρυχείου της Βεύης, που τέθηκε με τις προδιαληφθείσες Υπουργικές Αποφάσεις και των διατάξεων του Μ.Κ., στις οποίες αυτές στηρίζονται, αποφαινεται ομόφωνα, με βάση τις ερμηνευτικές παραδοχές της παραγράφου II, ότι για την διαπίστωση εκ μέρους της Επιτροπής, αν η ένωση των εταιρειών [...] – [...] καλύπτει το οικονομικό κριτήριο των είκοσι εκατομμυρίων (20.000.000) ευρώ δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη όσα από τα κατατεθέντα με τον φάκελλο συμμετοχής οικονομικά

στοιχεία δεν αφορούν αποκλειστικά και μόνο τα νομικά πρόσωπα των εν λόγω δύο εταιρειών.

Η Εισηγήτρια



Σοφία Διαμαντοπούλου

Πάρεδρος ΝΣΚ

Θεωρήθηκε

Αθήνα, 14 -4-2011

Ο Πρόεδρος του Τμήματος



Βλάσιος Ασημακόπουλος

Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.