ΣτΕ Ολ 3470/2011 (απόσπασμα)

Περίληψη: Δημόσιες συμβάσεις και ασυμβίβαστα κατά το ν. 3021/2002. Κατά το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος, μόνη η συνδρομή μιας εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων δεν μπορεί να οδηγήσει στην απαγόρευση αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, αν δεν αποδεικνύεται, περαιτέρω, ότι κατά τη διαδικασία της αναθέσεως, το πρόσωπο αυτό προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια, προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί η σύμβαση. Αντιθέτως ερμηνευόμενη η επίμαχη διάταξη θα ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας, αρχή του ελληνικού και του κοινοτικού δικαίου. Το όλο πλέγμα των διατάξεων του ν. 3021/2002, ο οποίος στηρίζεται σε αντίθετη ερμηνεία των συνταγματικών διατάξεων, αντίκειται στο Σύνταγμα. Ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση του ΕΣΡ που εξεδόθη κατ` εφαρμογή αντισυνταγματικών διατάξεων. Η υπόθεση εισάγεται εκ νέου προς συζήτηση στην Ολομέλεια, μετά την απόφαση του ΔΕΕ.

Αριθμός 3470/2011

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 11 Μαρτίου 2011 [...]

Για να δικάσει την από 24 Δεκεμβρίου 2002 αίτηση [...]

Με την αίτηση αυτή η αιτούσα ανώνυμη εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθεί το υπ’ αριθμ. 8117/30.10.2002 πιστοποιητικό του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης και κάθε άλλη σχετική πράξη ή παράλειψη της Διοικήσεως.

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο Ν ό μ ο

[...]

2. Επειδή, η υπόθεση εισάγεται εκ νέου προς συζήτηση στην Ολομέλεια, μετά την απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ήδη Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης - ΔΕΕ) της 16.12.2008, C-213/07, Mηχανική κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεοράσεως, με την οποία το εν λόγω Δικαστήριο απήντησε επί των προδικαστικών ερωτημάτων, τα οποία είχαν διατυπωθεί σε σχέση με την υπό κρίση υπόθεση, με την υπ` αριθμ. 3670/2006 απόφαση της Ολομελείας του ΣτΕ. [...]

5. Επειδή, η Ολομέλεια με την προαναφερθείσα υπ` αριθμ. 3670/2006 απόφασή της, αφού έκρινε α) ότι μετ` εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση αίτηση, β) ότι παραδεκτώς παρεμβαίνει στην παρούσα δίκη υπέρ του κύρους της προσβαλλομένης πράξεως η εταιρεία “......................”) και γ) απέρριψε ως απαράδεκτη την παρέμβαση του σωματείου με την επωνυμία «..........................», ασχολήθηκε ακολούθως με το ζήτημα κατά πόσον οι διατάξεις του εθνικού δικαίου που διέπουν την υπό κρίση υπόθεση (άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος και των άρθρων 2 και 3 του ν. 3021/2002) είναι συμβατές με το κοινοτικό δίκαιο. [...]

6. Επειδή, επί των προδικαστικών αυτών ερωτημάτων το ΔΕΚ απήντησε με την προαναφερθείσα από 16.12.2008 απόφασή του. Αφού δε έκρινε ότι είναι λυσιτελή για την επίλυση της υποθέσεως τα εν λόγω προδικαστικά ερωτήματα, απήντησε ειδικότερα ως ακολούθως. Σε σχέση με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα τα ακόλουθα: “Το άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τις αιτίες που μπορούν να δικαιολογήσουν αποκλεισμό ενός εργολήπτη από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Κατά συνέπεια, το άρθρο αυτό εμποδίζει τα κράτη μέλη ή τις αναθέτουσες αρχές να συμπληρώνουν τον κατάλογο τον οποίο περιέχει με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα (βλ., κατ’ αναλογία, προμνησθείσα απόφαση La Cascina κ.λπ., σκέψη 22). Η εξαντλητική απαρίθμηση του άρθρου 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 δεν αποκλείει, ωστόσο, την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν ουσιαστικούς κανόνες αποσκοπούντες, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας, τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας τέτοιας σύμβασης (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, προμνησθείσα απόφαση ARGE, σκέψη 24, και απόφαση της 16ης Οκτωβρίου 2003, C-421/01, Traunfellner, Συλλογή 2003, σ. I-11941, σκέψη 29). Πράγματι, οι εν λόγω αρχές, οι οποίες σημαίνουν, ιδίως, ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψη 34, και της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I- 14527, σκέψη 47), αποτελούν τη βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, προμνησθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 91, και απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψη 73), το δε καθήκον των αναθετουσών αρχών να τηρούν τις αρχές αυτές αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών αυτών (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C- 513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψη 81, και της 3ης Μαρτίου 2005, C- 21/03 και C-34/03, Συλλογή 2005, σ. I-1559, σκέψη 26). Το άρθρο 6, παράγραφος 6, της οδηγίας 93/37 διευκρινίζει, εξάλλου, ότι οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν ώστε να μη δημιουργούνται διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων εργοληπτών. Επομένως, ένα κράτος μέλος έχει δικαίωμα να προβλέψει, επιπλέον των λόγων αποκλεισμού που στηρίζονται σε αντικειμενικές σκέψεις απτόμενες της επαγγελματικής ιδιότητας, οι οποίοι απαριθμούνται περιοριστικώς στο άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37, μέτρα αποκλεισμού αποσκοπούντα στη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των υποβαλλόντων προσφορά, καθώς και της αρχής της διαφάνειας, στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-210/03, Swedish Match, Συλλογή 2004, σ. I- 11893, σκέψη 47), τα μέτρα αυτά δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του στόχου αυτού μέτρου (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, προμνησθείσα απόφαση Fabricom, σκέψη 34). Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, στο πρώτο ερώτημα προσήκει η απάντηση ότι το άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 έχει την έννοια ότι απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τους στηριζόμενους σε αντικειμενικές σκέψεις απτόμενες της επαγγελματικής ιδιότητας λόγους που μπορούν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό εργολήπτη από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης δημοσίων έργων. Ωστόσο, η οδηγία αυτή δεν κωλύει ένα κράτος μέλος να προβλέψει άλλα μέτρα αποκλεισμού αποσκοπούντα στη διασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας, υπό τον όρον ότι τα μέτρα αυτά δεν βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του στόχου αυτού μέτρου (σκ. 37-49)”. Περαιτέρω, επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος το ΔΕΚ απεφάνθη ως ακολούθως: “...Όπως υπομνήσθηκε στη σκέψη 39 πρωταρχικός σκοπός της οδηγίας 93/37 είναι η διασφάλιση του σε κοινοτική κλίμακα ανταγωνισμού στις συμβάσεις δημοσίων έργων. Η οδηγία αυτή αποσκοπεί στον αποκλεισμό της πιθανότητας ευνοιοκρατικής συμπεριφοράς εκ μέρους των δημοσίων αρχών (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, προμνησθείσες αποφάσεις Ordine degli Architetti κ.λπ., σκέψη 75, και Lombardini και Mantovani, σκέψη 35). Με τον κοινοτικό συντονισμό των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων επιδιώκεται, μεταξύ άλλων, τόσο η αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποβάλλοντες προσφορά κατά τη σύναψη μιας σύμβασης όσο και ο αποκλεισμός του ενδεχομένου μια δημόσια αναθέτουσα αρχή να καθορίσει τη στάση της βάσει εκτιμήσεων ξένων προς τη συγκεκριμένη σύμβαση (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge, Συλλογή 2000, σ. I-8035, σκέψη 17, και της 1ης Φεβρουαρίου 2001, C-237/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2001, σ. I- 939, σκέψη 42, καθώς και προμνησθείσα απόφαση Lombardini και Mantovani, σκέψη 36).... Κάθε κράτος μέλος είναι το πλέον αρμόδιο να εντοπίσει, βάσει των δικών του ιστορικών, νομικών, οικονομικών ή κοινωνικών συνθηκών (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, προμνησθείσα απόφαση La Cascina κ.λπ., σκέψη 23), τις καταστάσεις που ευνοούν την εμφάνιση συμπεριφορών ικανών να προκαλέσουν παραβιάσεις των αρχών αυτών. Κατά συνέπεια, το κοινοτικό δίκαιο δεν μπορεί να θέσει υπό αμφισβήτηση την εκ μέρους κράτους μέλους εκτίμηση, βάσει των συνθηκών που επικρατούν στο κράτος αυτό, του ιδιαιτέρου κινδύνου εμφάνισης τέτοιων συμπεριφορών σε περίπτωση που, μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης δημοσίων έργων, περιλαμβάνεται και επιχείρηση η οποία ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης ή διατηρεί δεσμούς με πρόσωπα εμπλεκόμενα στον τομέα αυτόν, καθώς και της ανάγκης λήψης μέτρων για την αποτροπή του κινδύνου αυτού. Εν προκειμένω, η Ελληνική Δημοκρατία έκρινε ότι δεν μπορούσε να αποκλειστεί το ενδεχόμενο μια επιχείρηση μέσων ενημέρωσης ή ένας εργολήπτης δημοσίων έργων συνδεόμενος με τέτοια επιχείρηση ή με τους ιδιοκτήτες ή διευθύνοντες την επιχείρηση αυτή να χρησιμοποιήσουν, στο πλαίσιο της συμμετοχής τους σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων, έναντι της αναθέτουσας αρχής τη δυνατότητα άσκησης επιρροής την οποία τους παρέχουν η θέση τους ή οι δυνατότητες επικοινωνίας που τους προσφέρει ο τομέας των μέσων ενημέρωσης, για να επιδιώξουν να κατευθύνουν παρανόμως τη σχετική με την ανάθεση της σύμβασης αυτής απόφαση, προβάλλοντας ως απειλή την προοπτική ανάληψης μαζικής ενημερωτικής δράσης ευνοϊκής ή, αντιθέτως, επικριτικής, αναλόγως του περιεχομένου της απόφασης αυτής. Η βούληση ενός κράτους μέλους να αποτρέψει τους κινδύνους επηρεασμού των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων από την εξουσία των μέσων ενημέρωσης συνάδει προς τον σκοπό γενικού συμφέροντος που συνίσταται στη διατήρηση της πολυφωνίας και της ανεξαρτησίας των μέσων ενημέρωσης (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 26ης Ιουνίου 1997, C-368/95, Familiapress, Συλλογή 1997, σ. I-3689, σκέψη 18, και της 13ης Δεκεμβρίου 2007, C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium κ.λπ., Συλλογή 2007, σ. I-11135, σκέψεις 41 και 42). Εξάλλου, εξυπηρετεί όλως ιδιαιτέρως έναν άλλο σκοπό της ίδιας φύσης, δηλαδή τον σκοπό της καταπολέμησης της απάτης και της διαφθοράς (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 24ης Μαρτίου 1994, C-275/92, Schindler, Συλλογή 1994, σ. I-1039, σκέψεις 57 έως 60, και της 6ης Μαρτίου 2007, C- 338/04, C-359/04 και C-360/04, Placanica κ.λπ., Συλλογή 2007, σ. I-1891, σκέψη 46). Επομένως, το κοινοτικό δίκαιο δεν εμποδίζει τη θέσπιση εθνικών μέτρων αποσκοπούντων στην αποτροπή, στις διαδικασίες ανάθεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων, του κινδύνου εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό, οι οποίες θα μπορούσαν να προκληθούν από την παρουσία, μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά, εργολήπτη ο οποίος ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης ή διατηρεί δεσμούς με πρόσωπο εμπλεκόμενο στον τομέα αυτόν, καθώς και στην πρόληψη ή στην καταστολή της απάτης και της διαφθοράς. Όπως τονίστηκε στη σκέψη 48 της (παρούσας) απόφασης, τα μέτρα αυτά θα πρέπει, επιπλέον, να είναι σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Εθνική διάταξη όπως αυτή της υπόθεσης της κύριας δίκης, η οποία καθιερώνει γενικό ασυμβίβαστο μεταξύ του τομέα των δημοσίων έργων και του τομέα των μέσων ενημέρωσης, έχει, ωστόσο, ως συνέπεια να αποκλείει από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων εργολήπτες δημοσίων έργων που εμπλέκονται και στον τομέα των μέσων ενημέρωσης λόγω της ιδιότητάς τους ως ιδιοκτητών, βασικών μετόχων, εταίρων ή διευθυνόντων, χωρίς να τους παρέχει καμία δυνατότητα να αποδείξουν, προς αντίκρουση τυχόν στοιχείων προβαλλομένων, π.χ., από ανταγωνιστή τους, ότι, στην περίπτωσή τους, δεν υφίσταται πραγματικός κίνδυνος του είδους που περιγράφεται στη σκέψη 60 της (παρούσας) απόφασης. Η δυνατότητα δε να εξαιρεθεί από το μέτρο αποκλεισμού το παρένθετο πρόσωπο, υπό την ιδιότητά του ως συζύγου, συγγενούς, οικονομικώς εξαρτωμένου ατόμου ή εταιρίας, μιας επιχείρησης μέσων ενημέρωσης ή υπευθύνου τέτοιας επιχείρησης, εφόσον αποδεικνύεται ότι η συμμετοχή ενός τέτοιου παρενθέτου προσώπου σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οφείλεται σε αυτόνομη απόφαση, υπαγορευθείσα αποκλειστικώς και μόνον από το δικό του συμφέρον αυτή, δεν είναι ικανή να καταστήσει την επίδικη στην κύρια δίκη εθνική διάταξη σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας. Πράγματι, η δυνατότητα αυτή δεν μεταβάλλει τον αυτόματο και απόλυτο χαρακτήρα της απαγόρευσης που πλήττει κάθε εργολήπτη δημοσίων έργων που ασκεί δραστηριότητα και στον τομέα των μέσων ενημέρωσης ή συνδέεται με φυσικά ή νομικά πρόσωπα που εμπλέκονται στον τομέα αυτόν και τον οποίο δεν αφορά αυτός ο μετριασμός του μέτρου αποκλεισμού ο οποίος έχει προβλεφθεί υπέρ των παρενθέτων προσώπων. Εξάλλου, ο εργολήπτης δημοσίων έργων που ενεργεί ως παρένθετο πρόσωπο επιχείρησης μέσων ενημέρωσης ή προσώπου κατέχοντος ή διευθύνοντος τέτοια επιχείρηση αποκλείεται από την ανάθεση μιας σύμβασης χωρίς να του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει, σε περίπτωση που είναι δεδομένο ότι παρεμβαίνει για λογαριασμό της επιχείρησης αυτής ή του προσώπου αυτού, ότι η παρέμβαση αυτή δεν είναι ικανή να επηρεάσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά. Τέλος, η ευρύτατη, στο πλαίσιο της επίδικης στην κύρια δίκη εθνικής διάταξης, έννοια των όρων «βασικός μέτοχος» και «παρένθετα πρόσωπα», όπως προκύπτει από τη σκέψη 8 της παρούσας απόφασης, επιτείνει τον δυσανάλογο χαρακτήρα αυτής της διάταξης. Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, στο δεύτερο ερώτημα προσήκει η απάντηση ότι το κοινοτικό δίκαιο πρέπει να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι δεν επιτρέπει εθνικές διατάξεις οι οποίες, καίτοι επιδιώκουν τους θεμιτούς σκοπούς της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, καθιερώνουν αμάχητο τεκμήριο ασυμβιβάστου μεταξύ, αφενός, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης και, αφετέρου, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών (σκ. 66-69)”.

7. Επειδή, στο άρθρο 14 του Συντάγματος προσετέθη με το Ψήφισμα της 6ης Απριλίου 2001 της Ζ’ Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων παράγραφος 9 έχουσα ως εξής: [...]. Για την ρύθμιση των ειδικοτέρων θεμάτων, περί των οποίων διαλαμβάνει η προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη εξεδόθη ο νόμος 3021/2002 με τίτλο «Περιορισμοί στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με πρόσωπα που δραστηριοποιούνται ή συμμετέχουν σε επιχειρήσεις μέσων ενημέρωσης κλπ» (ΦΕΚ 143 Α). [...]

8. Επειδή εξάλλου, με την προαναφερθείσα συνταγματική αναθεώρηση του έτους 2001 προστέθηκε στο άρθρο 28 του Συντάγματος ερμηνευτική δήλωση έχουσα ως εξής: “ Το άρθρο 28 αποτελεί θεμέλιο για τη συμμετοχή της Χώρας στις διαδικασίες της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης”.

9. Επειδή, τόσο από την διατύπωση της διατάξεως του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, όσο και από τις οικείες συζητήσεις ενώπιον της Ζ’ Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων, προκύπτει ότι αυτή θεσπίσθηκε, προς αποτροπή του κινδύνου ασκήσεως αθέμιτης επιρροής από τα μέσα ενημέρωσης στην διαδικασία της αναθέσεως των δημοσίων έργων προμηθειών και υπηρεσιών ενισχυόμενης με τον τρόπο αυτό της όλης οικονομικής λειτουργίας του κράτους. Ο συνταγματικός νομοθέτης ανέθεσε, με την διάταξη του τελευταίου εδαφίου της πιο πάνω διατάξεως, στον κοινό νομοθέτη τον προσδιορισμό των κυρώσεων, που θα πρέπει να επιβάλλονται, σε περίπτωση παραβιάσεως των συνταγματικών επιταγών, ορίζοντας ότι η απαγόρευση συνάψεως συμβάσεως ή η ακύρωση της ήδη συναφθείσης είναι μία εκ των πολλών δυνατών κυρώσεων. Από τα προεκτεθέντα σαφώς προκύπτει ότι από το Σύνταγμα δεν επιβάλλεται ως κυρωτική συνέπεια, σε περίπτωση παραβίασης του ασυμβιβάστου, η απαγόρευση σύναψης ή η ακύρωση της ήδη συναφθείσης σύμβασης, αφού εξουσιοδοτείται ο κοινός νομοθέτης να επιλέξει τις, κατά την εκτίμησή του, κατάλληλες κυρώσεις, οι οποίες, κατά την ρητή διάταξη της παρ. 9 του άρθρου 14 του Συντάγματος, «μπορεί να φθάνουν μέχρι … και την απαγόρευση σύναψης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης». Οι διατάξεις, συνεπώς, του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος παρέχουν στον κοινό νομοθέτη ευχέρεια κατά τη θέσπιση των αναγκαίων για την εφαρμογή τους «ειδικοτέρων ρυθμίσεων», με τις οποίες θα καθορίζει τους, κατά την εκτίμησή του, πλέον πρόσφορους όρους τόσο για τη συνδρομή του ασυμβιβάστου, όσο και για τις συνέπειες της παραβίασής του, εν όψει των εξελισσόμενων κοινωνικών και οικονομικών συνθηκών και των πολιτικών του εκτιμήσεων, καθώς και των υποχρεώσεων της Χώρας ως μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Δεδομένου, δε, ότι σκοπός των διατάξεων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος είναι η αποτροπή, όχι βεβαίως κάθε εν γένει επιρροής, των μέσων ενημέρωσης στην άσκηση της πολιτικής εξουσίας, η οποία είναι, άλλωστε, σύμφυτη με το ρόλο των μέσων αυτών στις σύγχρονες δημοκρατικές κοινωνίες, αλλά μόνον της συγκεκριμένης αθέμιτης επιρροής, που μπορεί να ασκηθεί στα πλαίσια μιας διαδικασίας αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, με σκοπό την επίτευξη συνάψεως της σχετικής συμβάσεως, κατά την έννοια των συνταγματικών αυτών διατάξεων ο κοινός νομοθέτης μπορεί να επιβάλλει ως κύρωση την απαγόρευση της σύναψης σύμβασης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης μόνο στην περίπτωση, κατά την οποία σε διαδικασία για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως συμμετέσχε πρόσωπο (φυσικό ή νομικό), στο οποίο συνέτρεχε μια από τις ως άνω ασυμβίβαστες ιδιότητες και το οποίο, περαιτέρω, κατά τη διαδικασία της αναθέσεως από τις αρμόδιες αναθέτουσες αρχές προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια , προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί, τελικώς, η εν λόγω δημόσια σύμβαση, με αποτέλεσμα να παραβιασθούν οι αρχές της προστασίας κατά του αθεμίτου ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Η ερμηνεία αυτή των διατάξεων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ενισχύεται άλλωστε και από την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 του Συντάγματος από την οποία προκύπτει η υποχρέωση εναρμόνισης των συνταγματικών διατάξεων με τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου, που αποτελεί, και την εκπεφρασμένη βούληση του αναθεωρητικού νομοθέτη κατά τις συζητήσεις στην Ζ’ Αναθεωρητική Βουλή, τόσον επί του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος όσον και επί του άρθρου 28 αυτού (βλ. Πρακτικά Ζ’ Αναθεωρητικής Βουλής, συνεδρίαση ΡΙΔ’ -14.2.2001 πρωί- σελ. 4851 επόμ. και ιδίως σελ. 4857 και 4859). Αντιθέτως ερμηνευόμενη η επίμαχη διάταξη του άρθρου14 παρ. 9 του Συντάγματος, ως έχουσα, δηλαδή, την έννοια ότι απαγορεύει την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε διαγωνιζόμενο αποκλειστικώς και μόνον εκ γεγονότος ότι στο πρόσωπο του συντρέχει μια εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων, θα ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί αρχή τόσο της ελληνικής εννόμου τάξεως (κατοχυρούμενη, μάλιστα από το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 1 τελευταία περίοδο), όσο και της κοινοτικής, η οποία κατά την ρητή βούληση του αυτού συνταγματικού νομοθέτη πρέπει να εφαρμόζεται στην εσωτερική έννομη τάξη (βλ. ανωτέρω τα κριθέντα με την απόφαση της 16.12.2008 του ΔΕΚ, σύμφωνα με τα οποία η κοινοτική αρχή της αναλογικότητας και η Οδηγία 93/37/ΕΚ, δεν επιτρέπει ρυθμίσεις που καθιερώνουν αμάχητο τεκμήριο ασυμβιβάστου μεταξύ, αφενός, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης και, αφετέρου, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών -σκ. 69-).

10. Επειδή, ο νομοθέτης με τον εκτελεστικό του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος νόμο 3021/2002, που ίσχυε κατά τον χρόνο εκδόσεως της προσβαλλομένης πράξεως με τα άρθρα 2 και 3 του ν. 3021/2002 (και οι διατάξεις του οποίου έχουν αναλυτικώς παρατεθεί σε προηγούμενη σκέψη), καθιέρωσε την γενική και απόλυτη απαγόρευση σύναψης δημοσίων συμβάσεων με φυσικά ή νομικά πρόσωπα, των οποίων οι ιδιοκτήτες, βασικοί μέτοχοι, εταίροι και διευθυντικά στελέχη είναι ιδιοκτήτες, βασικοί μέτοχοι, εταίροι και διευθυντικά στελέχη επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης καθώς και με φυσικά ή νομικά πρόσωπα των οποίων οι ιδιοκτήτες, βασικοί μέτοχοι, εταίροι και διευθυντικά στελέχη είναι παρένθετα πρόσωπα ή συγγενείς ιδιοκτητών, βασικών μέτοχων, εταίρων και διευθυντικών στελεχών επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης, αν τα τελευταία δεν καταφέρουν να αποδείξουν ότι ενεργούν δι` ίδιον λογαρισμόν και δεν είναι παρένθετα ή ότι έχουν οικονομική αυτοτέλεια έναντι των συγγενών αυτών. Ενόψει όμως της εννοίας των διατάξεων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, όπως αυτή εξετέθη στην προηγούμενη σκέψη και σύμφωνα με την οποία μόνη η συνδρομή μιας εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων δεν μπορεί να οδηγήσει στην απαγόρευση αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, αν δεν αποδεικνύεται, περαιτέρω, ότι κατά τη διαδικασία της αναθέσεως της συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως, το εν λόγω πρόσωπο, το φέρον την προαναφερθείσα ιδιότητα προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια , προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί, τελικώς, η εν λόγω δημόσια σύμβαση, το όλο πλέγμα των διατάξεων του νόμου 3021/2002, ο οποίος στηρίζεται σε αντίθετη ερμηνεία των διατάξεων του εν λόγω άρθρου του Συντάγματος και με τον οποίο προσδιορίζονται οι συνέπειες της συνδρομής των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων του εν λόγω άρθρου, προσκρούουν στην αληθή έννοια αυτού και ως αντίθετες με αυτό δεν είναι εφαρμοστέες. Με τα δεδομένα αυτά η προσβαλλόμενη απόφαση η οποία εξεδόθη κατ` εφαρμογή των αντισυνταγματικών αυτών διατάξεων του νόμου 3021/2002 είναι ακυρωτέα, παρέλκει δε ως αλυσιτελής η έρευνα των λοιπών λόγων ακυρώσεως.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση αίτηση και να απορριφθεί η παρέμβαση της εταιρείας “...................”.

Διά ταύτα

Δέχεται την υπό κρίση αίτηση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση υπ` αριθμ. 8117/30.10.2002 του ΕΣΡ.[...]