



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 48/2019

Μεταξύ:

SSM COMPUTER SYSTEMS LTD

Αιτητών

v.

ΕΝΩΣΗΣ ΔΗΜΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

SSM COMPUTER SYSTEMS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιώργο Χατζηγιώργη, Δικηγόρο για Τάσσο Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Στέλιο Παπαγεωργίου, Διευθυντή Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΕΝΩΣΗ ΔΗΜΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Παναγιώτα Δημητρίου, Δικηγόρο για Λ. Παπαφίλιππου & Σία ΔΕΠΕ

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 03 Φεβρουαρίου 2020

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν τα μέλη κ.κ. Γιώργος Αναστασίου, Σόλων Παπαθεοχάρους και Δήμος Θωμά.

Η Πρόεδρος, κα Έφη Παπαδοπούλου, έχει διαφορετική απόφαση.

ΕΝΔΙΑΜΕΣΗ ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η απόφαση της ΕΝΩΣΗΣ ΔΗΜΩΝ ΚΥΠΡΟΥ («η Αναθέτουσα Αρχή») να κατακυρώσει το διαγωνισμό με αριθμό 1/2018 που φέρει τίτλο «*Tender for the acquisition of an Integrated Municipality System*» στην Κοινοπραξία Hellenic Technical Enterprises Ltd, I Spiral IT Solutions Ltd, Technomart Engineering & Project Consultants Ltd και Open Technology Services S.A. («η Επιτυχούσα»).

Μετά τη γνωστοποίηση αποτελεσμάτων, οι Αιτητές, εμπρόθεσμα, καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή στα πλαίσια της οποίας η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 15.11.2019 αποφάσισε τη χορήγηση Προσωρινών Μέτρων.

Με οδηγίες της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ορίστηκε η 10.01.2020 ως η ημερομηνία όπου οι Αιτητές όφειλαν να υποβάλουν το γραπτό περίγραμμα αγόρευσής τους, η 20.02.2020 ως η ημερομηνία όπου η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να υποβάλει το γραπτό περίγραμμα αγόρευσής της και η 26.02.2020 ως η ημερομηνία ακρόασης της υπόθεσης.

Μετά τις οδηγίες που δόθηκαν προς τα διάδικα μέρη από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ακολούθησε αλληλογραφία μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και των Αιτητών, μέσα από την οποία φαίνεται να προκύπτει θέμα ως προς την έκταση που

θα επιτραπεί στους Αιτητές να έχουν πρόσβαση στην προσφορά της επιτυχούσας, κάτι το οποίο καλούμαστε να αποφασίσουμε.

Θα παραθέσουμε μερικά αποσπάσματα της σχετικής αλληλογραφίας των μερών στα οποία φαίνεται το όλο θέμα.

Στις 26.11.2019, ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής απέστειλε επιστολή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με το εξής λεκτικό.

«Με την παρούσα σας κοινοποιούμε επιστολή που έχουν λάβει οι Πελάτες μας από τους Δικηγόρους του επιτυχόντα προσφοριοδότη. Για τους λόγους που αναφέρονται στην επιστολή, υποβάλλεται αίτημα από τους Δικηγόρους του επιτυχόντα προσφοριοδότη για να μην αποκαλυφθούν συγκεκριμένα έγγραφα της προσφοράς τους. Για σκοπούς διασφάλισης του απορρήτου και των οποιοδήποτε δικαιωμάτων του επιτυχόντα προσφοριοδότη, παρακαλούμε όπως μη αποκαλυφθούν τα εν λόγω έγγραφα, τα οποία περιλαμβάνονται στον Διοικητικό Φάκελο που έχει κατατεθεί στην ΑΑΠ, εκτός εάν η ΑΑΠ δώσει αντίθετες οδηγίες, οι οποίες θα είναι σεβαστές. Η Ένωση Δήμων δεν θα επιτρέψει στον Αιτητή την επιθεώρηση των εγγράφων που αναφέρονται στην εν λόγω επιστολή, εκτός και πάλι εάν η ΑΑΠ δώσει αντίθετες οδηγίες.»

Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 27.11.2019 απέστειλε επιστολή στην Αναθέτουσα Αρχή ενημερώνοντας την ότι:

«Όπως γνωρίζετε η επιθεώρηση των φακέλων γίνεται στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής. Εάν δεν επιτρέψει η Αναθέτουσα Αρχή επιθεώρηση συγκεκριμένων εγγράφων και υποβληθεί αίτημα από τους αιτητές, τότε προκύπτει ζήτημα για την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.»

Ακολούθησε επιστολή προς την Αναθέτουσα Αρχή από τους Αιτητές με την οποία παράθεταν τις θέσεις τους σχετικά με το θέμα. Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε με επιστολή της ημερομηνίας 16.12.2019 σημειώνοντας, μεταξύ άλλων, ότι:

«[...] Όπως σας έχουμε ενημερώσει με την επιστολή μας 29.11.2019, το συγκεκριμένο αίτημα για απόκρυψη και/ή μη αποκάλυψη σημείων της προσφοράς του επιτυχόντα προσφοροδότη, κατ' επίκληση του Δικαίου του Ανταγωνισμού και της Πνευματικής Ιδιοκτησίας, έχει υποβληθεί από τους δικηγόρους του επιτυχόντα προσφοροδότη. Τονίζουμε ότι η Ένωση Δήμων δεν επιθυμεί να εμπλακεί με οποιοδήποτε τρόπο σε οποιαδήποτε «διαμάχη», μεταξύ των δύο προσφοροδοτών. [...]»

Οι Αιτητές στην επιστολή τους ημερομηνίας 27.12.2019 σημείωναν τα ακόλουθα:

«[...] υποβάλλεται σχετικό αίτημα προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ώστε να επιτραπεί στους Αιτητές η επιθεώρηση της προσφοράς της Επιτυχούσας Κοινοπραξίας, στην έκταση που αυτή τους απαγορεύθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή κατά την διενεργούμενη εκ μέρους τους Επιθεώρηση των σχετικών διοικητικών φακέλων»

Η Αναθέτουσα Αρχή στην επιστολή της ημερομηνίας 10.1.2020 ανέφερε ότι:

«[...] Όπως έχει αναφερθεί ξανά στις εν λόγω επιστολές μας, η Ένωση Δήμων Κύπρου θα σεβαστεί την οποιαδήποτε απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί του θέματος. Για σκοπούς εύκολης αναφοράς επισυνάπτουμε ως Παράρτημα 1 της παρούσας, την επιστολή ημερομηνίας 25.11.2019 που έχει λάβει η Ένωση Δήμων από τους δικηγόρους του επιτυχόντος προσφοροδότη (η οποία βρίσκεται επισυνημμένη και στο Παράρτημα Β της επιστολής των Αιτητών ημερ. 23.12.2019, με την οποία υποβλήθηκε το παρόν αίτημα), στην οποία αναφέρονται τα έγγραφα και οι λόγοι κατά τους οποίους ο επιτυχών προσφοροδότης θεωρεί ότι τυχόν αποκάλυψη αυτών των εγγράφων θα συνιστά παράβαση σχετικών δικαιωμάτων και/ή νομοθεσιών. Επαναλαμβάνουμε ότι η

Ένωση Δήμων Κύπρου δεν έχει οποιαδήποτε αρμοδιότητα και/ή εξουσία και/ή ευθύνη να τοποθετηθεί και/ή να αποφασίσει επί του θέματος καθώς το σχετικό αίτημα για μη αποκάλυψη αφορά τη διαδικασία της Προσφυγής υπ' αρ. 48/2019 ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.[...]»

Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με επιστολή της κάλεσε τα μέρη για να ακουστούν στο θέμα που έχει προκύψει στις 13.1.2020.

Κατά την ακροαματική διαδικασία που έγινε στις 13.1.2020 οι Αιτητές παρέθεσαν διάφορους λόγους για να στηρίξουν το αίτημα τους για πλήρη επιθεώρηση του φακέλου της προσφοράς της επιτυχούσας.

Η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια της πιο πάνω διαδικασίας αρκέστηκε να αναφέρει ότι:

«[...] υιοθετούμε πλήρως το περιεχόμενο της επιστολής μας ημερ. 10.1.2020. Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει οποιαδήποτε αρμοδιότητα εκ μέρους μας να τοποθετηθούμε επί του ζητήματος και θα σεβαστούμε την οποιαδήποτε απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. [...]»

Εκείνο που προκύπτει από τη σχετική με το θέμα αλληλογραφία είναι ότι μετά από επιστολή της εταιρείας Hellenic Technical Enterprises Ltd με την οποία καλούσε την Αναθέτουσα Αρχή να μην προβεί σε αποκάλυψη συγκεκριμένων σημείων της Προσφοράς της επιτυχούσας, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έθεσε στη διάθεση των Αιτητών για επιθεώρηση τα συγκεκριμένα σημεία.

Με βάση τα άρθρα 5, 49 και 54 του Ν. 73(Ι)/2016 και τη νομολογία οι Αναθέτουσες Αρχές έχουν την ευθύνη να διαφυλάττουν την εμπιστευτικότητα των όσων υποβάλλονται σ' αυτές και για συγκεκριμένους λόγους, είτε αποκαλύπτουν είτε δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που τους έχουν διαβιβάσει Οικονομικοί Φορείς.

Η ευθύνη της Αναθέτουσας Αρχής να διαφυλάττει την εμπιστευτικότητα των όσων υποβάλλονται σ' αυτήν δεν παύει να υφίσταται όταν αρχίσει διαδικασία εξέτασης προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Συνεπώς, δεν αντιλαμβανόμαστε την θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι «δεν έχει οποιαδήποτε αρμοδιότητα και/ή εξουσία και/ή ευθύνη να τοποθετηθεί και/ή να αποφασίσει επί του θέματος». Ούτε κατανοούμε τη θέση της ότι «δεν επιθυμεί να εμπλακεί με οποιοδήποτε τρόπο σε οποιαδήποτε «διαμάχη» μεταξύ των δύο προσφοροδοτών».

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν έχει εξουσία ή αρμοδιότητα να αποφασίσει επί του θέματος γιατί το σχετικό αίτημα αφορά τη διαδικασία Προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών θα μας οδηγούσε στη λογική ότι για κάθε Προσφυγή που καταχωρείται στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, οι Αναθέτουσες Αρχές θα πρέπει εκ των προτέρων να εξασφαλίσουν άδεια από αυτή, ποια έγγραφα θα δίνουν προς επιθεώρηση στους Αιτητές και ποια όχι.

Εξάλλου με τη στάση της, η Αναθέτουσα Αρχή πήρε θέση. Αποφάσισε όπως μην επιτρέψει στους Αιτητές την επιθεώρηση του συνόλου της Προσφοράς της επιτυχούσας.

Ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής υπήρξε ένα αίτημα εκ μέρους ενός Οικονομικού Φορέα για μη αποκάλυψη στοιχείων της προσφοράς της επιτυχούσας και ένα άλλο αίτημα από τους Αιτητές της παρούσας Προσφυγής για πλήρη πρόσβαση στην Προσφορά της επιτυχούσας.

Η Αναθέτουσα Αρχή, στα γραφεία της οποίας φυλάγονται οι φακέλοι του διαγωνισμού (αντίτυπα των οποίων παραδίδεται στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών για σκοπούς εξέτασης της Προσφυγής) και διενεργείται ο έλεγχος τους από τους Αιτητές, όφειλε να εξετάσει τα δύο αιτήματα και στη βάση της Νομοθεσίας, της Νομολογίας και των όρων του διαγωνισμού (π.χ. το έννομο συμφέρον και τη διαφύλαξη της εμπιστευτικότητας των όσων υποβάλλονται σε αυτήν) να πάρει απόφαση. Σε περίπτωση που οι Αιτητές διαφωνούν με την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, τότε καλείται η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών για να αποφασίσει, στη βάση των θέσεων των διαδίκων μερών. Τη θέση των Αιτητών ως προς τους λόγους που αιτείται την πλήρη πρόσβαση στην Προσφορά της επιτυχούσας και τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ως προς τους λόγους, την αιτιολογία ουσιαστικά, που την οδήγησαν να πάρει την συγκεκριμένη απόφαση, ήτοι να μην επιτρέψει στους Αιτητές να έχουν πλήρη πρόσβαση στην προσφορά της

Επιτυχούσας. Σημειώνουμε ότι στην παρούσα διαδικασία τα μέρη είναι η Αναθέτουσα Αρχή και οι Αιτητές. Η επιτυχούσα ή οποιοσδήποτε άλλος Οικονομικός Φορέας δεν είναι και δεν μπορεί να είναι μέρος της παρούσας διαδικασίας. Με τη στάση της η Αναθέτουσα Αρχή είναι ωςάν να εξαιρεί τον εαυτό της από τη διαδικασία και να επιδιώκει να εισαγάγει ένα άλλο τρίτο μέρος σ' αυτήν, κάτι που οι διαδικασίες δεν το επιτρέπουν. Είναι αδύνατο στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών να επιτρέψει σε τρίτο μέρος να παρουσιαστεί ενώπιον της για να εκφέρει τις θέσεις του ή να αποφασίσει στη βάση μόνο μιας επιστολής που απέστειλε στην Αναθέτουσα Αρχή ένας οικονομικός φορέας ο οποίος δεν είναι μέρος της παρούσας διαδικασίας και η οποία επιστολή ενδέχεται να περιέχει τεχνικά θέματα που η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αδυνατεί να αποφασίσει.

Η Αναθέτουσα Αρχή, που έχει ειδικές γνώσεις επί του αντικειμένου, όφειλε να εξετάσει αν ευσταθούν ή όχι τα όσα επικαλείται ο Οικονομικός Φορέας στην επιστολή του ημερομηνίας 25.11.2019 με την οποία την καλεί να μην αποκαλύψει στοιχεία της προσφοράς της Επιτυχούσας στους Αιτητές, να εξετάσει τί επιβάλλει, σε κάθε περίπτωση, η Νομοθεσία, η Νομολογία και οι όροι του διαγωνισμού και να πάρει τις δικές της αποφάσεις. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών έχει ρόλο μόνο αν προκύπτει διαφορά μεταξύ των δύο μερών, ασκώντας τις εξουσίες της εντός των επιτρεπόμενων, από τη νομοθεσία και νομολογία, ορίων της.

Με βάση όλα τα πιο πάνω καταλήγουμε ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να μην επιτρέψει στους Αιτητές να έχουν πλήρη πρόσβαση στους φακέλους της επιτυχούσας πάσχει από έλλειψη δέουσας έρευνας, είναι χωρίς αιτιολογία και ως εκ τούτου είναι αδύνατος ο έλεγχος της απόφασης της από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Καλείται η Αναθέτουσα Αρχή όπως προβεί σε όλες τις δέουσες νόμιμες ενέργειες.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

ΕΝΔΙΑΜΕΣΗ ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Η Προσφυγή 48/2019 αφορά το διαγωνισμό με αρ. 1/2018 και τίτλο «*Tender for the acquisition of an Integrated Municipality System*» και καταχωρήθηκε από τους Αιτητές μετά τη γνωστοποίηση σ' αυτούς των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού. Η προσφορά τους καθώς αναφέρεται στην επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων απορρίφθηκε επειδή συγκέντρωσε συνολική βαθμολογία 82.17%. Η συνολική βαθμολογία είναι συνάρτηση του βαθμού της τεχνικής προσφοράς και του συγκριτικού κόστους της οικονομικής προσφοράς. Στην τεχνική προσφορά των Αιτητών δόθηκε 76.23% και της οικονομικής προσφοράς 91.09% . Η σύμβαση ανατέθηκε στην Κοινοπραξία Hellenic Technical Enterprises Ltd, iSpiral IT Solutions Ltd, Technomart Engineering & Project Consultants Ltd και Open Technology Services SA («ο επιτυχών») για το ποσό των €4.361.810,85 καθώς αυτή συγκέντρωσε συνολική βαθμολογία 99.6%. Στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν δύο μόνο προσφορές.

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους μεταξύ άλλων ισχυρίζονται ότι η προσφορά τους, η οποία ήταν εντός προδιαγραφών και πληρούσε όλους τους όρους του διαγωνισμού, απορρίφθηκε και ότι η κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα είναι παράνομη και ως τέτοια πρέπει να ακυρωθεί.

Μετά την καταχώρηση της προσφυγής και τον ορισμό της για ακρόαση ο δικηγόρος της εταιρείας Hellenic Technical Enterprises Ltd, μέλος του επιτυχόντα, με επιστολή του ημερομηνίας 25.11.2019 ζήτησε από την ΕΝΩΣΗ ΔΗΜΩΝ ΚΥΠΡΟΥ (Αναθέτουσα Αρχή) όπως μη προβεί σε αποκάλυψη της προσφοράς τους:

(α) σε σχέση με τις μεθοδολογίες της KPMG τρίτου φορέα στην προσφορά τους που περιγράφονται στο φάκελο τεχνικής προσφοράς σελίδες 7-95 καθότι αποτελεί πνευματική ιδιοκτησία της και συγκριτικό πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών της συμπεριλαμβανομένων και των Αιτητών,

(β) τον αναλυτικό πίνακα τιμών που περιγράφεται στην Οικονομική Προσφορά σελίδες 2-3, καθότι εκεί παρουσιάζεται η πολιτική κοστολόγησης και η τυχόν αποκάλυψη θα επηρεάσει δυσμενώς μελλοντικές προσφορές. Σημείωσαν δε ότι στην ομάδα των Αιτητών συμπεριλαμβάνεται άμεσος ανταγωνιστής του οίκου της KPMG ώστε δεν πρέπει να επιτραπεί πρόσβαση σε υλικό που περιλαμβάνει μεθοδολογίες της.

Η εν λόγω επιστολή κοινοποιήθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με επιστολή του δικηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 26.11.2019. Στην επιστολή δηλώνετο ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν θα επιτρέψει στους Αιτητές την επιθεώρηση

των εγγράφων στα οποία αναφερόταν η επιστολή της Hellenic Technical Enterprises Ltd εκτός εάν η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δώσει αντίθετες οδηγίες.

Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με επιστολή της ημερ. 27.11.2019 πληροφόρησε την Αναθέτουσα Αρχή εάν δεν επιτρέψει επιθεώρηση των συγκεκριμένων θεμάτων και τεθεί αίτημα από τους Αιτητές τότε προκύπτει ζήτημα το οποίο θα εξετάσει η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή κατά την επιθεώρηση των φακέλων από τους Αιτητές δεν επέτρεψε την επιθεώρηση των εγγράφων για τα οποία υπήρχε ένσταση από πλευράς της Hellenic Technical Enterprises Ltd.

Ακολούθησε ανταλλαγή αλληλογραφίας μεταξύ του δικηγόρου των Αιτητών και του δικηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής σε σχέση με το συγκεκριμένο ζήτημα, χωρίς όμως τα μέρη να καταλήξουν. Οι Αιτητές επέμεναν στη θέση τους για επιθεώρηση των συγκεκριμένων εγγράφων και η Αναθέτουσα Αρχή επαναλάμβανε ότι δεν έχει οποιαδήποτε αρμοδιότητα και/ή ευθύνη να τοποθετηθεί και να αποφασίσει επί του θέματος καθότι αυτό αφορά την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.

Οι Αιτητές ενόψει της άρνησης της Αναθέτουσας Αρχής υπέβαλαν με την επιστολή τους ημερ. 27.12.2019 αίτημα για αποκάλυψη των συγκεκριμένων εγγράφων της προσφοράς του επιτυχόντα.

Το αίτημα για αποκάλυψη των συγκεκριμένων εγγράφων κοινοποιήθηκε και στους δικηγόρους της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία με επιστολή της ημερ. 10.1.2020 επανέλαβε τη θέση της ότι δεν θα επιτρέψει επιθεώρηση εκτός εάν η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δώσει άλλες οδηγίες.

Οι Αιτητές με την επιστολή τους, η οποία και αποτελεί την Αίτησή τους, ισχυρίζονται ότι λαμβανομένου υπόψη του κριτηρίου ανάθεσης του διαγωνισμού *«πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης τιμής και ποιότητας»* είναι αναγκαίο να έχουν πρόσβαση στο σύνολο της τεχνικής προσφοράς του επιτυχόντα όπως και στο σύνολο της οικονομικής προσφοράς του. Ισχυρίζονται ότι σε περίπτωση που δεν επιτραπεί να ελέγξουν την ορθότητα και πληρότητα τόσο της τεχνικής όσο και της οικονομικής προσφοράς το δικαίωμα τους σε αποτελεσματική διαδικασία αναθεώρησης της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής όπως αυτό κατοχυρώνεται στην Οδηγία 2007/66/ΕΚ (και τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου που αυτή τροποποίησε), θα πληγεί ανεπανόρθωτα. Είναι επάναγκες αναφέρουν να επιτραπεί η επιθεώρηση για να διαπιστωθεί κατά πόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν έχει υποπέσει σε πλάνη περί

τα πράγματα, προέβη σε ελλιπή έρευνα, όπως και κατά πόσο η προσφορά του επιτυχόντα ήταν σύμφωνη με τους όρους του διαγωνισμού. Εάν απαγορευθεί η πρόσβαση των Αιτητών στα συγκεκριμένα έγγραφα της προσφοράς του επιτυχόντα αποδυναμώνεται πλήρως το δικαίωμα τους για δίκαιη δίκη.

Εντελώς ανεδαφική χαρακτηρίζουν τις θέσεις της Hellenic Technical Enterprises Ltd ότι η προσφορά του επιτυχόντα περιλαμβάνει απόρρητες μεθοδολογίες της KPMG ή άλλα εμπιστευτικής φύσεως έγγραφα.

Προβάλλουν επίσης ότι το αίτημα μη αποκάλυψης υποβλήθηκε καθυστερημένα και σε κάθε περίπτωση σε αντίθεση με τα προβλεπόμενα στα έγγραφα του διαγωνισμού, όρος 7.2 του Μέρους Α. Το γεγονός ισχυρίζονται από μόνο του συνιστά λόγο για να επιτραπεί στους Αιτητές να επιθεωρήσουν το σύνολο της προσφοράς του επιτυχόντα. Επίσης, η εταιρεία Hellenic Technical Enterprises Ltd δεν είναι ο επιτυχών και συνεπώς δεν έχει έννομο συμφέρον να θέτει ζήτημα επιθεώρησης των συγκεκριμένων εγγράφων.

Περαιτέρω οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η άρνηση για αποκάλυψη των συγκεκριμένων στοιχείων σκοπεί να εξυπηρετήσει αλλότριους σκοπούς και ειδικότερα να αποκρύψει τη σύγκρουση συμφερόντων και ή των λόγων ακύρωσης που δημιουργεί η συμμετοχή της KPMG ως τρίτου φορέα, εφόσον αυτή ισχυρίζονται το 2014 στα πλαίσια δημόσιου διαγωνισμού που προκήρυξε η Αναθέτουσα Αρχή

ανέλαβε την εκπόνηση μελέτης¹, στην οποία βασίστηκαν οι μετέπειτα προτάσεις για χρηματοδότηση του αντικειμένου του διαγωνισμού, όπως αυτό προκύπτει από τους διοικητικούς φακέλους. Η αδιαμφισβήτητη εμπλοκή της KPMG στις προηγούμενες διαδικασίες που σχετίζονται με το αντικείμενο και τα έγγραφα του διαγωνισμού κατά τους Αιτητές συνιστούν λόγο ακύρωσης τον οποίο επιφυλάσσονται να αναπτύξουν στη γραπτή τους αγόρευση. Ισχυρίζονται ότι η καθυστέρηση στην έγερση του αιτήματος μη αποκάλυψης μαρτυρεί την κακοπιστία του επιτυχόντα και φανερώνει ότι το αίτημα έχει εγερθεί λόγω της διασύνδεσης και εμπλοκής της KPMG με το αντικείμενο του διαγωνισμού.

Καταληκτικά αναφέρουν ότι το αίτημα πρέπει να γίνει αποδεκτό καθότι αυτό συνάδει με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας αρχές που διαπνέουν το δίκαιο ανάθεσης των δημόσιων συμβάσεων και διασφαλίζει το δικαίωμα των Αιτητών σε αποτελεσματική προσφυγή και διαδικασία αναθεώρησης.

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία οι Αιτητές στην ουσία επανέλαβαν τις θέσεις που κατέγραψαν με το αίτημα τους για επιθεώρηση των συγκεκριμένων εγγράφων. Επίσης, με αναφορά στην υπόθεση *C-450/06, Varec SA κατά Etat belge*, ημερ. 14.2.2008, υποστήριξαν ότι εάν δεν επιτραπεί η επιθεώρηση ολόκληρης της τεχνικής προσφοράς του επιτυχόντα και το ουσιαστικότερο μέρος της οικονομικής, το

¹ «Εξασφάλιση Συμβουλευτικών Υπηρεσιών Πληροφορικής για τη Δημιουργία της αναγκαίας υποδομής για την ενιαία Μηχανογράφηση των Δήμων της Κύπρου και για την παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικής διακυβέρνησης στους Δήμους της Κύπρου»

δικαίωμα άμυνας τους και το δικαίωμα τους σε δίκαιη δίκη αποσιλώνονται ουσιωδώς.

Έχω εξετάσει τις θέσεις των μερών, με κάθε εκτίμηση όμως προς τους συναδέλφους μου δεν συμμερίζομαι την κατάληξή τους. Θεωρώ ότι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής έχει εκφρασθεί με την άρνησή της να επιτρέψει επιθεώρηση των συγκεκριμένων εγγράφων. Με την άρνησή της στην ουσία υποστηρίζει τη θέση της Hellenic Technical Enterprises Ltd.

Το ζήτημα θεωρώ ότι δεν είναι ζήτημα της Αναθέτουσας Αρχής αλλά της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να αποφασίσει κατά πόσο δικαιολογείται παρέκκλιση από τον κανόνα ότι η αρχή της εκατέρωθεν ακρόασης συνεπάγεται κατά κανόνα το δικαίωμα των διαδίκων να λαμβάνουν γνώση του διοικητικού φακέλου.

Η έννοια του απορρήτου έχει εξεταστεί στην *Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου και PRIMETEL PLC και Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού, Α.Ε. 141/2015, ημερ. 9.10.2017*, από την οποία και τα πιο κάτω:

«[...] η έννοια του απορρήτου είναι θέμα δικανικής κρίσης και κατ' αρχήν δεν είναι στην επιλογή του διαδίκου άνευ ετέρου να αποφασίζει εξ' ιδίων το τι συνιστά απόρρητο. (Βλ. ΔΕΕ 53/85 AKZO Chemie BV κ.ά. ν. Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων Συλλογή 1986, σελ.1965, T-353/94,- Postobank NV ν. Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλογή 1996 II-921, C-450/06 Varec SA ν. Βελγικού Δημοσίου, Συλλογή της Νομολογίας 2008, I-581). [...]

Το άρθρο 5 του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016, Ν. 73(I)/2016 προνοεί τα ακόλουθα:

«5.-(1) Εκτός αν προβλέπεται άλλως στον παρόντα Νόμο ή στη σχετική νομοθεσία στην οποία υπόκειται η αναθέτουσα αρχή, ιδίως δε στη νομοθεσία αναφορικά με την πρόσβαση στην ενημέρωση, και με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτόμενων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 49 και 54, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ιδίως, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών.

(2) Οι αναθέτουσες αρχές δύναται να επιβάλλουν απαιτήσεις στους οικονομικούς φορείς, οι οποίες αποβλέπουν στην προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν οι αναθέτουσες αρχές καθ' όλη τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων.»

Για το ζήτημα της εμπιστευτικότητας στον όρο 7.2 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού προβλέπονται τα εξής:

«7.2 Confidentiality

1. The Contracting Authority shall take into account the legitimate interests of the Tenderers concerning the protection of secrecy which applies to technical or trade aspects of their businesses.

2. Tenderers may specify in their technical offers the information which they consider to be confidential and which cannot be disclosed to third parties, stating the reasons for considering such information to be confidential».

Με βάση την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου η αποκάλυψη και επιθεώρηση εγγράφων επιτρέπεται όταν τα έγγραφα αυτά είναι σχετικά και θα υποβοηθήσουν στην εξέταση της υπόθεσης. Η κρίση αναφορικά με τη σχετικότητα των εγγράφων είναι ζήτημα πραγματικό. Το Δικαστήριο αξιολογώντας το εν λόγω

ζήτημα θα πρέπει να λάβει υπόψη το ισοζύγιο μεταξύ του δικαιώματος του διαδίκου που ζητά την αποκάλυψη στην προώθηση της υπόθεσής του και του δικαιώματος του αντιδίκου του και/ή τρίτου στη διασφάλιση των δικαιωμάτων του ήτοι ότι η τυχόν αποκάλυψη εγγράφων ενδέχεται να του προκαλέσουν βλάβη. Το πρωταρχικό δε κριτήριο είναι η καλύτερη εξυπηρέτηση του συμφέροντος της δικαιοσύνης (Βλέπε *The National Bank of Greece, S.A v. Paraskevas Mitsides, Deptor and Another* (1962) *C.L.R.* 40 και *KEAN SOFT DRINKS κ.ά v. Κυπριακής Δημοκρατίας, Συνεκδ. Υποθ. Αρ. 1247/05 κ.α, ημερ. 25.9.2007*).

Σχετικά είναι και τα πιο κάτω από την *FBME BANK LTD v. Κεντρικής Τράπεζας της Κύπρου κ.α.*, Υποθ. Αρ. 1024/2014, ημερ. 18.12.2015:

«Είναι νομολογημένο ότι ο διοικητικός φάκελος πρέπει να τίθεται στη διάθεση του αιτητή για επιθεώρηση και πρέπει να παρουσιάζεται στο Δικαστήριο ως τεκμήριο, καθότι η υπόθεση κρίνεται από τους διοικητικούς φακέλους και όχι από τα στοιχεία που τυχόν προσκομίζονται για πρώτη φορά στο στάδιο των αγορεύσεων (*Δημοκρατία v. Δ. Αυλωνίτης & Υιοί Ατδ* (2000) 3 *ΑΑΔ* 137). Απαιτείται δε η πλήρης αποκάλυψη όλων των δεδομένων που περιβάλλουν και οδηγούν στη λήψη της διοικητικής πράξης για να μπορεί να ασκήσει το Δικαστήριο τον έλεγχο του ως προς τη νομιμότητα της πράξης (*C.D. Hay Properties Ltd v. Δημοκρατίας* (1992) 3 *ΑΑΔ* 238). Δεν εναπόκειται βέβαια στη διοίκηση να αποφασίζει τι είναι αναγκαίο να παρουσιαστεί στο Δικαστήριο, αλλά οφείλει να προβαίνει σε πλήρη αποκάλυψη όλων των δεδομένων που οδήγησαν στη λήψη της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης και να αφήνεται στο Δικαστήριο η αξιολόγηση της σημασίας του κάθε εγγράφου, όπως ορθά τονίστηκε στην απόφαση του Ναθαναήλ Δ. στην υπόθεση *Κυριάκου Γεωργίου v. Κυπριακής Δημοκρατίας, Υπόθεση Αρ. 629/2009, ημερομηνίας 28.9.2010* [...]».

Στην απόφαση της Ολομέλειας του Ανωτάτου Δικαστηρίου *Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου και PRIMETEL PLC και Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού* (πιο πάνω) (απόφαση πλειοψηφίας), για το ζήτημα της εμπιστευτικότητας εγγράφων/πληροφοριών γίνεται αναφορά στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) στην Υπόθεση **C-450/06, Varec SA κατά Etat belge, 14.2.2008**. Παραθέτω ότι θεωρώ σχετικό για τους σκοπούς της παρούσας:

«Η νομολογία των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων με σαφήνεια θέτει τις προϋποθέσεις και παραμέτρους για το χαρακτηρισμό εγγράφων και/ή πληροφοριών ως εμπιστευτικών: το βάσιμο δεόντως αιτιολογημένου αιτήματος για εμπιστευτικό χειρισμό προϋποθέτει τον εμπιστευτικό ή μη χαρακτήρα κάποιου εγγράφου για το οποίο έχει διατυπωθεί προηγουμένως σχετικό αίτημα και αφού προηγουμένως σταθμιστούν τα εκατέρωθεν συμφέροντα, εδώ της Primetel. Η Primetel ως παρεμβαίνουσα έχει δικαίωμα να της ανακοινωθούν όλα τα έγγραφα της διαδικασίας που έχουν επιδοθεί στους διαδίκους. Το δικαίωμα αυτό δεν είναι όμως απεριόριστο αλλά απαιτεί στάθμιση, αξιολόγηση των εκατέρωθεν συμφερόντων των διάδικων μερών, όπως και του συνόλου των πληροφοριών. Το αυτό κατ' αναλογίαν αφορά και στην αρχή της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων, η οποία πρέπει να εφαρμόζεται έτσι ώστε να εναρμονίζεται με τις επιταγές της αποτελεσματικής συνταγματικής προστασίας και με σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων, τόσο στην περίπτωση προσφυγής ενώπιον της αρμόδιας Αρχής (ΕΠΑ) όσο και προσφυγής δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος, ώστε να διασφαλίζεται ότι η διαδικασία δεν θίγει το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη. Προκειμένου το Δικαστήριο να είναι σε θέση να αποφανθεί θα πρέπει να έχει στη διάθεση του όλα τα σχετικά στοιχεία, συμπεριλαμβανομένων των εμπιστευτικών πληροφοριών και επιχειρηματικών απορρήτων.

Η υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά Etat belge, 14.2.2008, θεωρούμε, σε αντίθεση με το πρωτόδικο Δικαστήριο, ότι διατυπώνει με σαφήνεια τις αρχές και τις παραμέτρους, τις οποίες το Δικαστήριο θα πρέπει να λάβει υπόψη του πριν καταλήξει στην απόφαση του και παρέχει σταθερή καθοδήγηση:

«40. Στην περίπτωση αυτή, η άσκηση απλώς προσφυγής θα παρείχε πρόσβαση σε πληροφορίες οι οποίες θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν για τη νόθευση του ανταγωνισμού ή προς βλάβη των θεμιτών συμφερόντων επιχειρηματιών που συμμετείχαν στην οικεία διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Η

δυνατότητα αυτή θα μπορούσε, μάλιστα, να ωθήσει επιχειρηματίες στην άσκηση προσφυγών με μοναδικό σκοπό να αποκτήσουν πρόσβαση στα επιχειρηματικά απόρρητα των ανταγωνιστών τους.

[.]

47. Η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως συνεπάγεται, κατά γενικό κανόνα, το δικαίωμα των διαδίκων να λαμβάνουν γνώση των αποδεικτικών στοιχείων και των παρατηρήσεων που υποβάλλονται στο δικαστήριο και να εκφέρουν συναφώς τη γνώμη τους. Εντούτοις, σε ορισμένες περιπτώσεις, μπορεί να είναι αναγκαίο να απαγορευθεί η πρόσβαση των διαδίκων σε ορισμένα στοιχεία προκειμένου να προστατευθούν τα θεμελιώδη δικαιώματα τρίτου ή να διαφυλαχθεί σημαντικό δημόσιο συμφέρον (βλ. **ΕΔΔΑ, αποφάσεις Rowe και Davis κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 16ης Φεβρουαρίου 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 61**, και **V. κατά Φινλανδίας της 24ης Απριλίου 2007**, δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στο *Recueil des arrêts et décisions*, § 75).

48. Μεταξύ των θεμελιωδών δικαιωμάτων που μπορούν να προστατευθούν κατ' αυτόν τον τρόπο περιλαμβάνεται το δικαίωμα για σεβασμό της ιδιωτικής ζωής, το οποίο κατοχυρώνεται από το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ και το οποίο απορρέει από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών και επιβεβαιώνεται από το άρθρο 7 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που διακηρύχθηκε στη Νίκαια στις 7 Δεκεμβρίου 2000 (ΕΕ C 364, σ. 1) (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 1992, **C-62/90, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 1992, σ. I-2575, σκέψη 23**, και της 5ης Οκτωβρίου 1994, **C-404/92 P, X κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. I-4737, σκέψη 17**). Συναφώς, από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου προκύπτει ότι η έννοια της ιδιωτικής ζωής δεν πρέπει να ερμηνεύεται ως αποκλείουσα τις επαγγελματικές ή εμπορικές δραστηριότητες των φυσικών και των νομικών προσώπων (βλ. ΕΔΔΑ, αποφάσεις **Niemietz κατά Γερμανίας της 16ης Δεκεμβρίου 1992, σειρά Α αριθ. 251-B, § 29, Société Colas Est κ.λπ. κατά Γαλλίας της 16ης Απριλίου 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-III, § 41**, καθώς και **Peck κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 28ης Ιανουαρίου 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, § 57**), δραστηριότητες οι οποίες είναι δυνατόν να περιλαμβάνουν τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.

49. Εξάλλου, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει την αρχή της προστασίας των επιχειρηματικών απορρήτων ως γενική αρχή (βλ. αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 1986, **53/85, AKZO Chemie και AKZO Chemie UK κατά Επιτροπής, Συλλογή 1986, σ. 1965, σκέψη 28**, καθώς και της 19ης Μαΐου 1994, **C-36/92 P, SEP κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. I-1911, σκέψη 37**).

[.]

52. Η αρχή της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων πρέπει να εφαρμόζεται έτσι ώστε η προστασία αυτή να συμφιλιώνεται με τις επιταγές της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και με τον σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 13ης Ιουλίου 2006, **C-438/04, Mobistar, Συλλογή 2006, σ. I-6675, σκέψη 40**) και, στην περίπτωση ένδικης προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ, έτσι ώστε να διασφαλίζεται ότι η όλη διαδικασία δεν θίγει το δικαίωμα για δίκαιη δίκη.

[.]

55. Κατά συνέπεια, στο υποβληθέν προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, σε συνδυασμό με το άρθρο 15, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/36, έχει την έννοια ότι η αρμόδια για τις προσφυγές του εν λόγω άρθρου αρχή οφείλει να εγγυάται τον εμπιστευτικό χαρακτήρα και το δικαίωμα για σεβασμό των επιχειρηματικών απορρήτων όσον αφορά τα στοιχεία που περιέχονται στους φακέλους τους οποίους της διαβιβάζουν οι διάδικοι και, ιδίως, η αναθέτουσα αρχή, χωρίς η ίδια να εμποδίζεται να λαμβάνει γνώση αυτών των πληροφοριών και να τις συνεκτιμά. Εναπόκειται στην εν λόγω αρχή να αποφασίσει κατά πόσον και με ποιο τρόπο πρέπει να διασφαλιστεί ο εμπιστευτικός χαρακτήρας και το απόρρητο των στοιχείων αυτών, λαμβανομένων υπόψη των απαιτήσεων της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και του σεβασμού των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων και, σε περίπτωση ένδικης προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ, έτσι ώστε η όλη διαδικασία να μη θίγει το δικαίωμα για δίκαιη δίκη.

Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, σε συνδυασμό με το άρθρο 15, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997, έχει την έννοια ότι η αρμόδια για τις

προσφυγές του εν λόγω άρθρου αρχή οφείλει να εγγυάται τον εμπιστευτικό χαρακτήρα και το δικαίωμα για σεβασμό των επιχειρηματικών απορρήτων όσον αφορά τα στοιχεία που περιέχονται στους φακέλους τους οποίους της διαβιβάζουν οι διάδικοι και, ιδίως, η αναθέτουσα αρχή, χωρίς η ίδια να εμποδίζεται να λαμβάνει γνώση αυτών των πληροφοριών και να τις συνεκτιμά. Εναπόκειται στην εν λόγω αρχή να αποφασίσει κατά πόσον και με ποιο τρόπο πρέπει να διασφαλιστεί ο εμπιστευτικός χαρακτήρας και το απόρρητο των στοιχείων αυτών, λαμβανομένων υπόψη των απαιτήσεων της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και του σεβασμού των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων και, σε περίπτωση ένδικης προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ, έτσι ώστε η όλη διαδικασία να μη θίγει το δικαίωμα για δίκαιη δίκη.»

Εν κατακλείδι, το Δικαστήριο καθοδηγούμενο αποκλειστικά και απολύτως από την προεξάρχουσα, όπως την χαρακτήρισε, αρχή της διασφάλισης της δίκης για όλους τους παράγοντες της και την απουσία συναφών διαδικαστικών Κανονισμών, απέτυχε στην πράξη να σταθμίσει την άλλη προεξάρχουσα αρχή: της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων ώστε αυτή να «συμφιλιωθεί» με τις επιταγές της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και με τον σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων και σε αντίθεση με το πνεύμα και το σκοπό του Νόμου αλλά και τη συναφή και σταθερή νομολογία των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων και συναφών Οδηγιών.».

Στην Παγκύπριος Οργανισμός Αγελαδοτρόφων (ΠΟΑ) Δημόσια Λτδ ν. Επιτροπής

Προστασίας του Ανταγωνισμού, Υπόθ. αρ. 65/2015, ημερ. 4.12.2019, για το ζήτημα

που εδώ εξετάζεται αναφέρθηκαν, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«[...] το Δ.Ε.Ε. έχει αναγνωρίσει την αρχή της προστασίας των επιχειρηματικών απορρήτων ως γενική αρχή (βλ. αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 1986, 53/85, *AKZO Chemie και AKZO Chemie UK κατά Επιτροπής, Συλλογή 1986, σ. 1965, σκέψη 28, καθώς και της 19ης Μαΐου 1994, C 36/92 P, SEP κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. I 1911, σκέψη 37*), το δε πεδίο της εν λόγω αρχής δεν περιορίζεται μόνο στο καθ' εαυτό επιχειρηματικό απόρρητο, ήτοι στις ευαίσθητες εμπορικές πληροφορίες, αλλά περιλαμβάνει και άλλες πληροφορίες εμπιστευτικού χαρακτήρα, στις οποίες εμπίπτουν και πληροφορίες που παρέχουν φυσικά πρόσωπα, εφόσον οι πληροφορίες αυτές είναι, ως εκ της φύσεώς τους, εμπιστευτικές (βλ. *Adams κατά Επιτροπής, Υπόθεση C-145/83, ημερ. 7.11.1985, καθώς και τις προτάσεις του Γενικού*

Εισαγγελέα στην AKZO Chemie και AKZO Chemie UK κατά Επιτροπής, ανωτέρω).

Από την άλλη βέβαια, όπως λέχθηκε στο πλαίσιο της Varec SA, ανωτέρω, «όταν η αρμόδια για την προσφυγή αρχή λαμβάνει υπόψη ορισμένες πληροφορίες για την έκδοση της αποφάσεώς της, πρέπει, καταρχήν, όλοι οι μετέχοντες στη διαδικασία να μπορούν επίσης να λάβουν γνώση των πληροφοριών αυτών, τουλάχιστον ως προς το βασικό τους περιεχόμενο, κατά το μέρος που οι πληροφορίες αυτές επηρεάζουν την απόφαση, ούτως ώστε να διασφαλίζεται το δικαίωμά τους σε δίκαιη δίκη» (βλ. τις προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Sharpston και δη σκέψη 37). Ωστόσο, λέχθηκε επίσης ότι «το δικαίωμα του προσώπου σε δίκαιη δίκη ουδόλως θίγεται αν του απαγορευθεί η πρόσβαση σε αποδεικτικά στοιχεία τα οποία δεν λαμβάνονται υπόψη εις βάρος του και δεν θα μπορούσαν να είχαν ληφθεί υπόψη προς όφελός του. Συνεπώς, θα ήταν νόμιμη η άρνηση διαβίβασης σε αυτόν τέτοιων στοιχείων για λόγους προστασίας, για παράδειγμα, επιχειρηματικών απορρήτων, κατόπιν υποβολής εύλογης και δεόντως αιτιολογημένης αιτήσεως για τη μεταχείριση των στοιχείων αυτών ως εμπιστευτικών» (βλ. σκέψη 38) καθώς και ότι «μέτρα αυτής της μορφής, τα οποία περιορίζουν τα δικαιώματα άμυνας, επιτρέπονται μόνον εφόσον είναι απολύτως αναγκαία, οι δε δυσκολίες άμυνας λόγω περιορισμού των σχετικών δικαιωμάτων πρέπει να αντισταθμίζονται επαρκώς από την ακολουθούμενη ενώπιον των δικαστικών αρχών διαδικασία» (βλ. σκέψη 40).

Ως προς την έννοια του επιχειρηματικού απορρήτου, κατά τη νομολογία των Δικαστηρίων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αυτή συνίσταται σε πληροφοριακά στοιχεία, των οποίων, όχι μόνο η κοινολόγηση, αλλά και η απλή διαβίβαση σε υποκείμενο δικαίου άλλο από εκείνο που παρέσχε το στοιχείο, μπορεί να προκαλέσει σοβαρή βλάβη στα συμφέροντα του εν λόγω υποκειμένου (βλ. απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου στην Υπόθεση T-198/03 Bank Austria Creditanstalt AG κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ημερ. 30.5.2006, Συλλογή της Νομολογίας 2006 II-01429, σκέψη 30 και στην Υπόθεση T-353/94, Postbank NV κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ημερ. 18.9.1996, Συλλογή της Νομολογίας 1996 II-00921, σκέψη 87).

[...]

Περαιτέρω, υπήρξαν περιπτώσεις όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι τρίτες επιχειρήσεις, που προσκομίζουν στην αρμόδια εθνική αρχή έγγραφα που θεωρούν ότι η προσκόμισή τους μπορεί να προκαλέσει αντίποινα σε βάρους

τους, δικαιούνται να αναμένουν ότι θα ληφθεί υπόψη το αίτημά τους περί τήρησης του απορρήτου (βλ. ενδεικτικά Υπόθεση T-221/95 Endemol Entertainment Holding BV κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ημερ. 28.4.1999, Συλλογή της Νομολογίας 1999 II-01299, σκέψη 66 και T-5/02 Tetra Laval BV κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ημερ. 25.10.2002, σκέψη 98). Στην τελευταία αυτή υπόθεση, το Δικαστήριο επεσήμανε επίσης και τη δυνατότητα της ίδιας της αρμόδιας εθνικής αρχής (εν προκειμένω της Επιτροπής) «να εκτιμά αυτεπαγγέλτως αν υπάρχει κίνδυνος να δημοσιοποιηθούν τα επαγγελματικά απόρρητα ορισμένων τρίτων που εμπλέκονται στη διαδικασία, ή άλλων εμπιστευτικών πληροφοριών, σε περίπτωση που επιτραπεί πλήρης πρόσβαση στις απαντήσεις άλλων τρίτων οι οποίοι δεν ζήτησαν την τήρηση του απορρήτου» και να αποφασίζει την μη κοινοποίηση τέτοιων πληροφοριών, ακόμα και αν οι συντάκτες και/ή οι αποστολείς τέτοιων πληροφοριών δεν ζήτησαν την τήρηση απορρήτου (βλ. ειδικότερα σκέψη 101).

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω θα εξετάσω πρώτα το ζήτημα κατά πόσο ο χαρακτηρισμός των συγκεκριμένων πληροφοριών ως εμπιστευτικών, ο οποίος δεν έγινε με την υποβολή της προσφοράς αλλά μετά την καταχώρηση από τους Αιτητές της προσφυγής, επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο την επιφύλαξή τους.

Εξέταση του όρου 7.2 του Μέρους Α των εγγράφων δεν θεωρώ ότι οδηγεί σε ότι οι Αιτητές εισηγούνται. Εκείνο το οποίο με τον όρο καθορίζεται είναι η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να διαφυλάξει την εμπιστευτικότητα των πληροφοριών που έρχονται στην κατοχή της με την υποβολή των προσφορών και αφορούν σε τεχνικές ή εμπορικές πτυχές της επιχείρησης των προσφοροδοτών. Με τον όρο στην ουσία η Αναθέτουσα Αρχή αναλαμβάνει να διαφυλάξει την εμπιστευτικότητα των πληροφοριών σε σχέση με τα πιο πάνω δίδοντας ταυτόχρονα στους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα να υποδείξουν με την προσφορά τους ποιες πληροφορίες

θεωρούν εμπιστευτικές και οι οποίες δεν πρέπει να αποκαλυφθούν. Με τον όρο δεν σκοπείται το καθήκον αυτό της Αναθέτουσας Αρχής να εξουδετερώνεται εάν ο οικονομικός φορέας δεν καθορίσει με την προσφορά του ποιες πληροφορίες θεωρεί εμπιστευτικές. Η επιφύλαξη από τον οικονομικό φορέα είναι θα έλεγα βοηθητική στο έργο της Αναθέτουσας Αρχής και ασπίδα προστασίας της, αφού έτσι ελαχιστοποιεί τον κίνδυνο να επιτρέψει επιθεώρηση εγγράφων για τα οποία οι προσφοροδότες έχουν άποψη ότι δεν πρέπει να αποκαλυφθούν. Συνεπώς ο εκ των υστέρων (μετά την υποβολή των προσφορών) χαρακτηρισμός εγγράφων ως εμπιστευτικών δεν συμφωνώ με τους Αιτητές ότι συνιστά λόγο για να επιτραπεί σ' αυτούς να επιθεωρήσουν τα συγκεκριμένα έγγραφα.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό ότι εάν δεν επιτραπεί στους Αιτητές η επιθεώρηση των εγγράφων για τα οποία υπήρξε αίτημα προς την Αναθέτουσα Αρχή και άρνησή της να τα αποκαλύψει παρατηρώ τα εξής.

Η προσφορά των Αιτητών σύμφωνα με την επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων δεν επιλέγηκε, λόγω της χαμηλότερης συνολικής βαθμολογίας που εξασφάλισε. Δηλαδή το ζήτημα που πρώτα θα πρέπει να εξεταστεί στα πλαίσια της προσφυγής όπως άλλωστε προκύπτει και από τους λόγους ακύρωσης που καταγράφονται στην προσφυγή των Αιτητών, οι οποίοι θα έλεγα είναι γενικοί είναι το ζήτημα της δικής τους βαθμολογίας και όχι οτιδήποτε σε σχέση με την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς των Αιτητών. Η αξιολόγηση της προσφοράς

των Αιτητών δεν έχει υποστηριχθεί ότι διασυνδέεται με την αξιολόγηση της προσφοράς του επιτυχόντα ώστε να τίθεται ζήτημα επιθεώρησης του συνόλου της προσφοράς του, αλλά ούτε και από τους όρους του διαγωνισμού προκύπτει η αξιολόγηση των προσφορών να μη γίνεται ανεξάρτητα.

Στους όρους του διαγωνισμού, όρος 8.3.2 του Μέρους Α, Contents of «Technical Part» Sub-folder προβλέπεται ότι: *«The Technical Offer shall be structured in accordance with the Technical Evaluation Criteria (Form 10 – Evaluation Criteria). In particular, the Technical Offer shall comprise three sections as shown below:»*.

Στο δε Έντυπο 10, EVALUATION CRITERIA υπάρχει για κάθε μέρος βαθμολογία. Σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού για την αξιολόγηση των προσφορών έχει καθοριστεί βαθμολογία. Οι Αιτητές, δεν έχουν με την αίτηση τους για αποκάλυψη αναφέρει αλλά ούτε και ενώπιον μας εξειδικεύσει οτιδήποτε ότι τα έγγραφα τα οποία ζητούν να επιθεωρήσουν ότι λήφθηκαν υπόψη σε βάρος τους είτε ότι θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη προς όφελος τους ώστε να τίθεται ζήτημα ότι παραβιάζεται το δικαίωμα τους για πρόσβαση σε δίκαιη δίκη.

Ο λόγος μη επιλογής της προσφυγής τους οφείλεται αποκλειστικά στη βαθμολογία την οποία έχουν εξασφαλίσει και η οποία εάν κριθεί στα πλαίσια της προσφυγής ως μη σύμφωνη με τους όρους του διαγωνισμού η κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα ταυτόχρονα οδηγείται σε ακύρωση.

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω και καθοδηγούμενη από τις αρχές της διασφάλισης της δίκαιης δίκης για όλους τους παράγοντες της και την αρχή της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και επιχειρηματικών απορρήτων καταλήγω ότι υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης δεν δικαιολογείται η αιτούμενη αποκάλυψη.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος