



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. 12/2014

Μεταξύ:

MILTIADES – ERMON J.V.

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος

Αιτητές:

MILTIADES – ERMON J.V.

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χαράλαμπο Προύντζο, Δικηγόρο
2. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο
3. Σταύρο Αλετρά, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας
4. Ευγένιο Νικολάου, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αριάδνη Ζερβού, Δικηγόρο
2. Γιώργο Πετροκώστα, Ανώτερο Εκτελεστικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 12 Ιουνίου, 2014

Ε Ν Δ Ι Α Μ Ε Σ Η Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η απόφασή μας δεν είναι ομόφωνη. Με αυτή διαφωνεί το Μέλος Λοΐζος Κάππας, ο οποίος θα δώσει χωριστή απόφαση.

Η παρούσα Προσφυγή αφορά το διαγωνισμό «*Μελέτη, Κατασκευή και Λειτουργία Σταθμού Επεξεργασίας Λυμάτων και Συναφών εργασιών στην Αθηνών (Design, Build and Operate of the Athienou Sewage Treatment Plant and Associated Works)*». Η προσβαλλόμενη απόφαση προέκυψε μετά από ακύρωση από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού στην Κοινοπραξία Cybarco Ltd – S.K. Euromarket Ltd – Mekel J.V.. (*Κοινοπραξία «Miltiades – Ermon J.V.» ν. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, Προσφυγή αρ. 38/2013*).

Το Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος (στο εξής «η Αναθέτουσα Αρχή») μετά την ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επανεξέτασε το όλο ζήτημα και κατακύρωσε το διαγωνισμό στην Κοινοπραξία Cybarco Ltd – S.K. Euromarket Ltd – Mekel J.V (στο εξής «η επιτυχούσα»).

Αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας είναι αίτημα που υποβλήθηκε από τους Αιτητές για επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας δεδομένου ότι αυτό δεν έχει διατεθεί προς επιθεώρηση.

Προτού αναφερθούμε στα όσα οι δύο πλευρές υποστήριξαν ενώπιόν μας για το εν λόγω ζήτημα θεωρούμε βοηθητικό να παραθέσουμε σε συντομία όσα μέχρι σήμερα έλαβαν χώραν, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση προέκυψε σαν αποτέλεσμα αξιολόγησης των προσφορών για τον πιο πάνω διαγωνισμό μετά από ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. (Προσφυγή αρ. 38/2013, **Κοινοπραξία «MILTIADES – ERMON J.V.» ν. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων**, ημερ. 29.11.2013)

Κατά την πρώτη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών τόσο η προσφορά των Αιτητών όσο και η προσφορά της επιτυχούσας κρίθηκαν εντός των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού, η σύμβαση όμως ανατέθηκε στην επιτυχούσα της οποίας η προσφορά είχε τη χαμηλότερη τιμή, κριτήριο που προβλέπει ο διαγωνισμός για κατακύρωση.

Οι Αιτητές αμφισβήτησαν τη νομιμότητα της εν λόγω κατακύρωσης ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών προβάλλοντας με την προσφυγή τους αρ. 38/2013, ότι η επιτυχούσα παραβίαζε ουσιώδεις όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, υποστήριξαν ότι δεν πληρούσε τους όρους 3.3.8.1(ii), 3.3.9 και 5.6.2 σύμφωνα με τους οποίους ο κάθε προσφοροδότης για να τεκμηριώσει την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα να υλοποιήσει το αντικείμενο το διαγωνισμού έχει τη δυνατότητα να παραθέσει έργο το οποίο δεν εκτέλεσε ο ίδιος αλλά ο οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται. Για να

τεκμηριώσει όμως την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα δεν αρκεί το εν λόγω έργο να πληροί προβλεπόμενες απαιτήσεις αλλά απαιτείται να υποβληθεί δήλωση με την οποία να δεσμεύεται ο οικονομικός φορέας ότι θα θέσει στη διάθεση του προσφοροδότη σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση όλους τους αναγκαίους κατά περίπτωση πόρους. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, αφού εξέτασε τα ενώπιόν της τεθέντα, κατέληξε ότι η προσφορά της επιτυχούσας εσφαλμένα κρίθηκε ότι ικανοποιούσε τους συγκεκριμένους όρους του διαγωνισμού. Η κατακύρωση ακυρώθηκε οπότε η Αναθέτουσα Αρχή επιλήφθηκε εκ νέου του θέματος. Αφού επαναξιολόγησε τις προσφορές έκρινε ως μη παραδεκτή την προσφορά των Αιτητών επειδή:

- «α. Από τα περιεχόμενα της προσφοράς σας δεν τεκμηριώνεται η εμπειρία του Άλλου Φορέα στο σχεδιασμό έργων παρόμοιας φύσεως, ο οποίος σύμφωνα με τα στοιχεία που περιέχονται στην προσφορά σας, θα εκτελέσει το Σχεδιασμό του Έργου, όπως απαιτείται στην Παράγραφο 5.6.2 των Οδηγιών προς Οικονομικούς Φορείς.*
- β. Δεν υποβλήθηκε το Έντυπο 6 (Form 6 – Lists of Projects completed) και τα σχετικά πιστοποιητικά για τον Άλλο Φορέα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των Παραγράφων 3.3.9 και 5.6.2 των Οδηγιών προς Οικονομικούς Φορείς»*

και αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού στην επιτυχούσα.

Οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή ισχυριζόμενοι ότι η προσφορά τους εσφαλμένα αποκλείστηκε. Επίσης ότι εσφαλμένα ανατέθηκε η σύμβαση στην επιτυχούσα από τη στιγμή που αυτή δεν είχε αμφισβητήσει ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου την ορθότητα της απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Η προσφορά της επιτυχούσας, ισχυρίζονται, κρίθηκε τελεσίδικα ότι παραβιάζει ουσιώδεις όρους των εγγράφων του διαγωνισμού και συνεπώς η ανάθεση σ' αυτή της σύμβασης θα πρέπει να ακυρωθεί.

Μετά την καταχώρηση της Προσφυγής λήφθηκε από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών επιστολή του δικηγόρου των Αιτητών, με κοινοποίηση προς την Αναθέτουσα Αρχή και τη Νομική Υπηρεσία της Δημοκρατίας, με την οποία ζητούσε όπως διατεθεί προς επιθεώρηση το οικονομικό μέρος της προσφοράς της επιτυχούσας. Οι λόγοι, ανέφερε στην επιστολή του, για τους οποίους οι Αιτητές συμφώνησαν και δεν ζήτησαν στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 38/2013 να επιθεωρήσουν το οικονομικό μέρος της προσφοράς της επιτυχούσας έχουν εκλείψει, εφόσον οι προσφορές που τότε θα υποβάλλονταν για άλλους διαγωνισμούς υποβλήθηκαν και αξιολογούνται.

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της και με αναφορά στην υπόθεση αρ. C-450/06, Varec S.A. v. Etat belge, ημερ, 14.2.2008, πρόβαλε ζήτημα εμπιστευτικότητας και μας κάλεσε να αποφασίσουμε κατά πόσο πρέπει να

αποκαλυφθεί στους Αιτητές το οικονομικό μέρος της προσφοράς της επιτυχούσας.

Θεωρήσαμε ορθό μετά τα πιο πάνω να καλέσουμε και να ακούσουμε τους δικηγόρους των δύο πλευρών. Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιόν μας επιστολή της επιτυχούσας με την οποία αυτή ισχυρίζεται ότι τα επί μέρους στοιχεία της οικονομικής προσφοράς της είναι εμπιστευτικής φύσης ως περικλείονταν στοιχεία της εμπορικής και οικονομικής βάσης και του τρόπου λειτουργίας της Κοινοπραξίας. Αυτά, ισχυρίζεται, για τους σκοπούς της παρούσας Προσφυγής, η οποία αφορά τον αποκλεισμό των Αιτητών σε σχέση με αποκλίσεις της προσφοράς τους ως προς το τεχνικό μέρος, δεν είναι απαραίτητα, ενώ για την ίδια εάν αποκαλυφθούν θα της προκαλέσουν βλάβη. Με αναφορά στην υπόθεση Varec S.A. v. Etat Belge, πιο πάνω, μας κάλεσε να μην επιτρέψουμε στους Αιτητές επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας. Η δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής κατά την ενώπιόν μας συζήτηση επεσήμανε ότι οι λόγοι για τους οποίους οι Αιτητές συμφώνησαν και δεν ζήτησαν στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 38/2013 να επιθεωρήσουν το οικονομικό μέρος της προσφοράς της επιτυχούσας δεν έχουν εκλείψει αφού έχει μεν ολοκληρωθεί η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών των άλλων διαγωνισμών, μεταξύ των οποίων και οι προσφορές των Αιτητών και της επιτυχούσας, και έχει αποκαλυφθεί η συνολική τιμή τους, δεν έχει όμως ακόμη ληφθεί απόφαση από το Συμβούλιο Προσφορών. Δεδομένου,

κατέληξε, ότι το ενδεχόμενο ακύρωσης των άλλων διαγωνισμών δεν μπορεί να αποκλεισθεί οι λόγοι για μη αποκάλυψη εξακολουθούν να υπάρχουν.

Η πλευρά των Αιτητών με αναφορά στη μέχρι σήμερα ακολουθητέα πρακτική και την αρχή του κοινοτικού δικαίου ότι το δικαίωμα πρόσβασης σε έγγραφα αποτελεί τον κανόνα και η μη αποκάλυψη την εξαίρεση, απέρριψε τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία σύμφωνα με τους Αιτητές απέτυχε να αποδείξει ότι συντρέχουν λόγοι που δικαιολογούν να μην επιτραπεί η επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας. Τα γεγονότα της υπόθεσης, ανέφεραν, στην οποία η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε, είναι εντελώς διαφορετικά. Εκεί εισηγούνται, επίθετο θέματα πνευματικής ιδιοκτησίας, η δε υπόθεση αφορούσε στρατιωτικό εξοπλισμό και ζητήματα εθνικής ασφάλειας. Παρέπεμψαν επίσης στο άρθρο 5 του περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου 2006 (Ν.12(Ι)/2006) («ο Νόμος») όπου αναφέρεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που τους αναφέρουν οικονομικοί φορείς εφόσον αυτοί τις χαρακτηρίζουν ως εμπιστευτικές, κάτι που δεν συμβαίνει στην παρούσα περίπτωση.

Κατά τη διάρκεια της συζήτησης της υπόθεσης ενώπιόν μας θέσαμε στο συνήγορο των Αιτητών το ερώτημα κατά πόσο υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης – ό,τι αμφισβητείται είναι ο αποκλεισμός των Αιτητών για λόγους

άσχετους με το οικονομικό μέρος - ποια η χρησιμότητα επιθεώρησης του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας. Η αναγκαιότητα υποστήριξε υπάρξει εφόσον η Προσφυγή στρέφεται τόσο εναντίον του αποκλεισμού των Αιτητών όσο και εναντίον της απόφασης της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην επιτυχούσα, η προσφορά της οποίας ήδη κρίθηκε από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στα πλαίσια της Προσφυγής 38/2013 ως μη πληρούσα ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού. Εφόσον εισηγήθηκε οι Αιτητές επιτύχουν στην ακύρωση του αποκλεισμού τους από το διαγωνισμό θα προχωρήσουν να αμφισβητήσουν την κατακύρωση σ' αυτή του διαγωνισμού εάν από την επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της επιτυχούσας προκύπτουν λόγοι ακυρότητας. Δεν δικαιολογείται υπέβαλε να μην τους δοθεί η ευκαιρία να επιθεωρήσουν το οικονομικό μέρος της προσφοράς της αφού σ' αυτό, μεταξύ άλλων, είναι ενδεχόμενο να υπάρχει αριθμητικό σφάλμα, ασυμφωνία μεταξύ του ποσού που αναφέρεται στο έντυπο της προσφοράς και του συνολικού ποσού που προκύπτει από τον τιμοκατάλογο της προσφοράς, ασυνήθιστα χαμηλή τιμή προσφοράς, ανορθόδοξος τρόπος τιμολόγησης, εξαιρετικά υψηλό κόστος κατασκευής και χαμηλό κόστος λειτουργίας, με κίνδυνο η επιτυχούσα να μην έχει τα οικονομικά μέσα να αντεπεξέλθει στις ανάγκες λειτουργίας του Σταθμού εάν τα ποσά που εισπράττει διατίθενται σε άλλες ανάγκες. Εν πάση περιπτώσει, κατέληξε, η επιτυχούσα με την υποβολή

της προσφοράς της δεν αναφέρθηκε σε θέμα εμπιστευτικότητας όπως προνοεί το άρθρο 5 του Νόμου, οι δε προσφορές ήσαν ενός φακέλου.

Είναι γενικά αποδεκτό ότι η αποτελεσματική άσκηση του δικαιώματος έννομης προστασίας πολύ συχνά προϋποθέτει ότι ο ενδιαφερόμενος μπορεί να λαμβάνει γνώση των διοικητικών εγγράφων ή άλλων στοιχείων που θίγουν τα έννομα συμφέροντα. Η αρχή αυτή θεμελιώνει υποχρέωση της διοίκησης να διαθέτει στους ενδιαφερόμενους τα διοικητικά έγγραφα ή άλλα στοιχεία σχετικά με το ζήτημα που αφορά τα συμφέροντα τους. Βέβαια η διοίκηση τα διάφορα έγγραφα και στοιχεία τα οποία περιέρχονται σε γνώση της στα πλαίσια των διαφόρων λειτουργιών της έχει υποχρέωση να μην τα αποκαλύπτει.

Στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διαπνέονται από διαφάνεια, εφαρμόζονται οι ίδιες αρχές. Το άρθρο 5 του Νόμου το οποίο έχει υπότιτλο «εχεμύθεια» προβλέπει τα εξής:

«5. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος Νόμου, ιδίως εκείνων που αφορούν στις υποχρεώσεις δημοσιοποίησης των συναπτομένων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 40 και στο άρθρο 47, αντίστοιχα, οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που τους έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς χαρακτηρίζοντας τις ως εμπιστευτικές. Οι πληροφορίες αυτές περιλαμβάνουν, ιδίως, τα τεχνικά ή εμπορικά απόρρητα και τις εμπιστευτικές πτυχές των προσφορών.»

Το ζήτημα της εμπιστευτικότητας απασχόλησε προδικαστικά το ΔΕΚ το οποίο στην απόφασή του *Varec S.A. v. Etat belge*, πιο πάνω, στις σκέψεις 49, 50, 51 και 52 αναφέρει:

«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).

50 Τέλος, η διατήρηση θεμιτού ανταγωνισμού στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων αποτελεί σημαντικό δημόσιο συμφέρον, του οποίου την προστασία αναγνωρίζει η παρατιθέμενη στη σκέψη 47 της παρούσας απόφασεως νομολογία.

51 Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι στο πλαίσιο προσφυγής που ασκείται κατά απόφασεως ληφθείσας από αναθέτουσα αρχή σχετικά με διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως δεν σημαίνει ότι οι διάδικοι έχουν απόλυτο και απεριόριστο δικαίωμα πρόσβασης στο σύνολο των σχετικών με την εν λόγω διαδικασία συνάψεως στοιχείων που κατατέθηκαν ενώπιον της αρμόδιας για την προσφυγή αρχής. Αντιθέτως, το εν λόγω δικαίωμα πρόσβασης πρέπει να σταθμίζεται με το δικαίωμα άλλων επιχειρηματιών για προστασία των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων τους.

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.»

Το δικαίωμα άσκησης προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ανήκει σε κάθε πρόσωπο που είχε ή έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημιά από πράξη ή απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Νομολογιακά το συμφέρον για να προσφύγει κάποιος στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών έχει ταυτιστεί με το έννομο συμφέρον του Άρθρου 146 του Συντάγματος, δηλαδή το συμφέρον πρέπει να είναι έννομο, προσωπικό, άμεσο και ενεστώς.

Προσφορά η οποία δεν συνάδει με ουσιώδεις όρους ενός διαγωνισμού είναι νομολογιακά δεκτό ότι είναι άκυρη και οι προσφοροδότες δεν έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την ακύρωση του διαγωνισμού σε άλλο προσφοροδότη. (βλ. *Medcon Construction and others v. Republic* (1968) 3 CLR 535, *J.N.Christofides Trading Ltd v. Republic* (1985) 3 CLR 546). Προσφοροδότης όμως του οποίου η προσφορά έχει αποκλεισθεί έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει τον αποκλεισμό του. Στην *Δημοκρατία v. Μάριος Θεοχαρίδης Ατδ* (2008) 3 ΑΑΔ 488 αναφέρθηκε ότι μια προσφυγή επιτυγχάνει

ή αποτυγχάνει με αναφορά στην νομιμότητα ή όχι του αποκλεισμού ενός προσφοροδότη και δεν εξετάζεται οτιδήποτε άλλο αναφορικά με τη διαδικασία.

(Βλ. επίσης *Δημοκρατία ν. Κωνσταντινίδου κ.ά.* (Αρ. 1) (2002) 3ΑΑΔ 220).

Είναι επίσης καλά γνωστό ότι η ύπαρξη ή μη εννόμου συμφέροντος αποφασίζεται με βάση τα περιστατικά της κάθε περίπτωσης. (Βλ. *Κουτσού ν. Δημοκρατίας* (1992) 4 ΣΤ 4508).

Επανερχόμενοι στα γεγονότα της παρούσης παρατηρούμε ότι το αίτημα για επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας δεν μπορεί παρά να εξετασθεί στα πλαίσια που καθορίζουν τα γεγονότα της υπόθεσης τα οποία έχουμε ήδη παραθέσει. Ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών καθώς προκύπτει από τη γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού αλλά και από την προσφυγή των Αιτητών, και επ' αυτού δεν υπήρξε αντίθετη άποψη, αφορά αποκλειστικά σε αποκλίσεις από όρους του τεχνικού μέρους. Δεδομένου ότι από την πλευρά των Αιτητών δεν υπήρξε ισχυρισμός για διασύνδεση των λόγων αποκλεισμού τους με το οικονομικό μέρος της προσφοράς τους, ούτε βέβαια και της προσφοράς της επιτυχούσας, το έννομο τους συμφέρον εξαντλείται στον αποκλεισμό τους για το τεχνικό μέρος. Με άλλα λόγια η προσφυγή τους επιτυγχάνει ή αποτυγχάνει με αναφορά αποκλειστικά στη νομιμότητα του αποκλεισμού τους και τίποτε πέραν τούτου. Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι εάν δεν τους επιτραπεί τώρα επιθεώρηση του οικονομικού μέρους θα υποχρεωθούν εάν επιτύχουν να καταχωρήσουν νέα

προσφυγή σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην επιτυχούσα δεν τους βοηθά από τη στιγμή που το έννομο τους συμφέρον εξαντλείται στον έλεγχο της νομιμότητας του αποκλεισμού τους. Επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας για τους σκοπούς της παρούσας Προσφυγής, θα ήταν αναγκαία εάν επηρέαζε τη δίκαιη εκδίκαση των θεμάτων της προσφυγής είτε τον έλεγχο της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης, πράγμα που δεν συμβαίνει.

Το αίτημα απορρίπτεται.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

1. Ο επιτυχών προσφοροδότης ζητά όπως μη αποκαλυφθούν «...τιμές και άλλες πληροφορίες που περιέχονται στο Δελτίο Ποσοτήτων της προσφοράς της Κοινοπραξίας «Cybarco-Euromarket-MEKEL J.V.»...» (Επιστολή Cybarco ημερ. 5.5.2014) στον Αιτητή της Προσφυγής αρ. 12/2014, Miltiades – Ermon J.V.

2. Το άρθρο 3 του Νόμου 12(Ι)/2006 (Νόμος που προνοεί για τον Συντονισμό των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα) αναφέρει:

«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς, ισότιμα, χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια».

Στο δε άρθρο 5, με τίτλο «Εχεμύθεια» αναφέρει:

«Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, ιδίως εκείνων που αφορούν τις υποχρεώσεις δημοσιοποίησης των συναπτομένων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 40 και στο άρθρο 47, αντίστοιχα, οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που τους έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς χαρακτηρίζοντας τις ως εμπιστευτικές. Οι πληροφορίες αυτές περιλαμβάνουν, ιδίως, τα τεχνικά ή εμπορικά απόρρητα και τις εμπιστευτικές πτυχές των προσφορών».

Από τα αναφερόμενα του άρθρου 5 είναι σαφές ότι:

(α) Ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί κάποιες πληροφορίες ή και κάποια στοιχεία από την προσφορά του, να τύχουν εμπιστευτικότητας πρέπει απευθυνόμενος προς την Αναθέτουσα Αρχή, κατά την αρχή της όλης διαδικασίας του διαγωνισμού να ζητήσει όπως, η Αναθέτουσα Αρχή τις χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές.

(β) Η Αναθέτουσα Αρχή έχει υποχρέωση να μην αποκαλύψει τέτοιες πληροφορίες και στοιχεία, για τα οποία ακολουθήθηκε η πιο πάνω διαδικασία.

Από την εξέταση των γεγονότων της Προσφυγής 38/2013, που αφορούσε τον ίδιο διαγωνισμό, ο επιτυχών προσφοροδότης ζήτησε εμπιστευτικότητα πληροφοριών/στοιχείων, με τη διαδικασία της προσφυγής και όχι με την υποβολή της προσφοράς του.

Δεν μπορεί ένας Οικονομικός Φορέας, όποτε αυτός κρίνει αναγκαίο ή όταν τον εξυπηρετεί καλύτερα, να ζητά εμπιστευτικότητα πληροφοριών/στοιχείων.

Το άρθρο 5 καθορίζει ότι αυτό μπορεί να γίνει κατά τη «διαβίβαση» πληροφοριών/στοιχείων, από τον Οικονομικό Φορέα προς την Αναθέτουσα

Αρχή. Η δε διαβίβαση είναι νομίμως αποδεκτό ότι γίνεται κατά τη διαδικασία των διευκρινίσεων και/ή της υποβολής της προσφοράς.

Είναι λοιπόν άποψη μου ότι ο επιτυχών προσφοροδότης δεν τήρησε την προβλεπόμενη διαδικασία του άρθρου 5.

3. Σχετικός είναι και ο Ν. 104(Ι)/2010, ο οποίος ρυθμίζει τις διαδικασίες προσφυγής στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.

Το άρθρο 24(1)(β) ζητά από την αναθέτουσα αρχή ή φορέα «να υποβάλει μέσα σε προθεσμία δέκα (10) εργάσιμων ημερών, γραπτή έκθεση, συμπεριλαμβανομένων και οποιωνδήποτε στοιχείων τα οποία κρίνει αναγκαία, που θα χρησιμοποιηθούν για την εξέταση της προσφυγής».

Στο δε Έντυπο ΑΑΠ 2(α), όπου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών κοινοποιεί προς την Αναθέτουσα Αρχή την Προσφυγή που έχει καταχωρηθεί, ζητά από αυτήν όπως ανάμεσα σε άλλα και με βάση το άρθρο 24(1)(β) του Ν. 104(Ι)/2010, καταθέσει Γραπτή Έκθεση καθώς και τον σχετικό διοικητικό φάκελο, συμπεριλαμβανομένης και της προσφοράς του επιτυχόντα προσφοροδότη (όπου ισχύει).

Από όλα τα πιο πάνω είναι σαφές ότι στα πλαίσια της διαφάνειας όλα τα σχετικά με δημόσιο διαγωνισμό πρέπει να είναι διαθέσιμα στους άμεσα ενδιαφερόμενους. Ειδικότερα στα πλαίσια λειτουργίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, με βάση τους Κανονισμούς λειτουργίας της, είναι επιβεβλημένη η παρουσίαση όλων των φακέλων και της προσφοράς του επιτυχόντα.

Η πρακτική αυτή ακολουθείται από την πρώτη μέρα σύστασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και αποτελεί πλέον κανόνα λειτουργίας της. Η εξαίρεση δεν απαγορεύεται, εξάλλου σε διάφορα σημεία προηγούμενα έχει γίνει συγκεκριμένη αναφορά. Η εξαίρεση όμως πρέπει τεκμηριωμένα και ξεκάθαρα να αποδειχθεί από τον αιτούντα οικονομικό φορέα. Κατά την ενώπιον μας ακρόαση, ο επιτυχών Φορέας δεν έπεισε για την ανάγκη εμπιστευτικότητας των πληροφοριών/στοιχείων που επικαλείται. Επιπλέον ούτε από την εκ μέρους μας εξέταση αυτών των στοιχείων προκύπτει κάτι τέτοιο.

4. Ο επιτυχών προσφοροδότης στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 38/2013, ζήτησε την μη αποκάλυψη της οικονομικής του προσφοράς, επειδή δεν είχαν υποβληθεί ακόμη οι προσφορές για τον διαγωνισμό αρ. ΤΑΥ 10/2013 (Αποχετευτικό Άχνας).

Οι Αιτητές είχαν τότε αποδεχθεί το σχετικό αίτημα, με αναφορά ότι δεν είχαν αναγνωρίσει οποιοδήποτε δικαίωμα εμπιστευτικότητας σε σχέση με αναφερόμενα στοιχεία.

Ο διαγωνισμός αρ. ΤΑΥ 10/2013 βρίσκεται τώρα στο στάδιο της λήψης απόφασης από το Συμβούλιο Προσφορών. Ως εκ τούτου ο λόγος τον οποίο τότε επικαλείτο ο επιτυχών προσφοροδότης, έχει εκλείψει. Δεν μπορεί να μας παρουσιάζεται τώρα το ενδεχόμενο ακύρωσης του Διαγωνισμού ως νέος λόγος, για την αποκάλυψη στοιχείων του οικονομικού φακέλου.

Αποδοχή, θα αποτελέσει πλήγμα στη διαφάνεια και αξιοπιστία που πρέπει να εκπέμπουν οι διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων και θα αποτελέσει κακή πρακτική που μπορεί να ακολουθηθεί στο μέλλον και από άλλους οικονομικούς φορείς.

5. Η υπόθεση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων VAREC S.A. v Etat Belge υπήρξε καθοδηγητική τόσο για την Αναθέτουσα Αρχή, όσο και για τους Αιτητές, που χρησιμοποίησαν διάφορες σκέψεις της απόφασης για να στηρίξει ο καθένας την δική του επιχειρηματολογία.

Το ΔΕΚ αποφάνθηκε:

«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».

Τόσο από την απόφαση, όσο και από άλλα σημεία-σκέψεις, αναγνωρίζεται το δικαίωμα εμπιστευτικότητας πληροφοριών ως εξαίρεση από τις υφιστάμενες οδηγίες και διαδικασίες ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και καθορίζει ότι τα αρμόδια σώματα τα οποία θα αποφασίσουν κατά πόσον και με ποιον τρόπο θα διασφαλιστεί ο εμπιστευτικός χαρακτήρας και το απόρρητο, να λαμβάνουν υπόψη τη διασφάλιση του δικαιώματος για δίκαιη δίκη.

6. Για όλους τους πιο πάνω λόγους πιστεύω ότι θα έπρεπε να γίνει αποδεκτό το αίτημα των Αιτητών για αποκάλυψη τιμών και άλλων πληροφοριών που περιέχονται στο Δελτίο Ποσοτήτων της προσφοράς της επιτυχούσας.

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος