

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 15-11-2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 6.10.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1542/9-10-2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», στο εξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στην ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», στο εξής η «αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», στο εξής ο «παρεμβαίνων», που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. .../2023 απόφαση (πρακτικό ... συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από ...-...-2023 πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτές οι, κατ'άρθρον ... του ν. 4412/2016 και 4.1.η της διακήρυξης, εξηγήσεις και κατ'επέκταση η προσφορά της εταιρείας ..., η οποία ορίστηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, κατά παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει στον προσφεύγοντα τις ανωτέρω εξηγήσεις λόγω του παράνομου μη αποχαρακτηρισμού τους ως εμπιστευτικών.

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτές οι εξηγήσεις του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 1.170 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα ακόλουθα: «1. Εκτός αν προβλέπεται άλλως στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) ή σε άλλες διατάξεις, ιδίως στο άρθρο 1 του π.δ. 28/2015 (Α` 34) και στο άρθρο 24 του Ν. 2121/1993 (Α` 25), 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 64 και 70, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών. 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις στους οικονομικούς φορείς, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν οι αναθέτουσες αρχές καθ' όλη τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων. Μπορούν επίσης να απαιτήσουν από τους οικονομικούς φορείς, να διασφαλίζουν την τήρηση των απαιτήσεων αυτών από το προσωπικό τους, τους υπεργολάβους τους και κάθε άλλο τρίτο πρόσωπο που χρησιμοποιούν κατά την ανάθεση ή εκτέλεση της σύμβασης. 3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. 4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της. 5. Το δικαίωμα πρόσβασης στα

έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α`34).».

3. Περαιτέρω στο άρθρο 3 της διακήρυξης, πλην άλλων, προβλέπονται τα ακόλουθα : *«Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς: [...] «3.3 Από τον προσφέροντα σημαίνονται, με χρήση του σχετικού πεδίου του υποσυστήματος, κατά τη σύνταξη της προσφοράς, τα στοιχεία εκείνα που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016[...]Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικές με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες και την οικονομική προσφορά».*

4. Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι καταρχήν οι προσφέροντες έχουν τη δυνατότητα υποβολής εγγράφων της προσφοράς τους, ως εμπιστευτικών, πλην όμως η κρίση περί του, αν πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις για τον οικείο χαρακτηρισμό, απόκειται στην αναθέτουσα η οποία είναι κατά νόμο αρμόδια και μόνη τεχνικά δυνάμενη να άρει την εμπιστευτικότητα και να καταστήσει τα έγγραφα προσβάσιμα στους έτερους μετέχοντες. Επίσης συνάγεται, ότι παραδεκτώς προσβάλεται η έγκριση της προσφοράς κατά το μέρος, που περιλαμβάνει έγγραφα χαρακτηρισθέντα και διατηρηθέντα ως εμπιστευτικά στοιχεία, αφού η αναθέτουσα έλαβε και αυτά υπόψη για την κρίση της περί του παραδεκτού της προσφοράς. Συνεπώς, ο έχων έννομο συμφέρον δύναται να προσβάλει το ίδιο το γεγονός ότι με την έγκριση της προσφοράς, κατά το μέρος που σχετίζεται με τα εμπιστευτικά στοιχεία, χωρίς όμως απόφαση περί αποχαρακτηρισμού τους (απόφαση που κατ' αποτέλεσμα περιλαμβάνει και κεφάλαιο περί άρνησης αποχαρακτηρισμού και σε κάθε περίπτωση αποδοχής των οικείων εγγράφων ως εμπιστευτικών, άρα και μη προσβάσιμων στον τρίτο διαγωνιζόμενο), ώστε αυτός να μπορέσει να λάβει γνώση αυτών και να ελέγξει το περιεχόμενό τους και επομένως και την έγκριση των ανταγωνιστικών προσφορών ως προς τη νομιμότητά της, στερώντας του το νομοθετικά κατοχυρωμένο δικαίωμά του σε προδικαστική και συνεπώς και σε δικαστική προστασία. Η δε επιμέρους πράξη της αναθέτουσας, είτε ως αυτοτελής είτε ως επιμέρους κεφάλαιο μιας γενικότερης πράξης, περί αυτού καθαυτού του αποχαρακτηρισμού

εμπιστευτικών εγγράφων, δύναται και αυτή να προσβληθεί παραδεκτά. Και τούτο, δεδομένου ότι κατ' άρ. 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής εκκινεί από την κοινοποίηση ή πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της εκτελεστής πράξης, προκύπτει ότι η σχετική προθεσμία δεν δύναται να ξεκινήσει για τα κεφάλαια της εκτελεστής πράξης που ερείδονται σε στοιχεία άγνωστα έως τότε στον προσφεύγοντα. Περαιτέρω, η πλήρης γνώση δεν αρκεί να αφορά την ίδια την εκτελεστή πράξη, αλλά και τα στοιχεία, που αυτή έλαβε υπόψη και επί των οποίων κρίνει, εγκρίνει και αποφαίνεται, άλλως θα παραβλάπτονταν τα θεμελιώδη δικονομικά δικαιώματα του οικονομικού φορέα και η ίδια η αποτελεσματικότητα της παρεχόμενης σε αυτόν προδικαστικής προστασίας, η οποία δεν θα ήταν ουσιαστική. Επομένως, έως τον αποχαρακτηρισμό των οικείων πληροφοριών, αποδεδειγμένα δεν υφίσταται η απαιτούμενη για την κατά τα ως άνω εκκίνηση της προθεσμίας, πλήρης γνώση ούτε δυνατότητα αποτελεσματικής προσβολής της εκτελεστής πράξης. Έτσι, η ως άνω πράξη με την οποία ολοκληρώνεται η διαδικασία της αξιολόγησης των προσφορών καθίσταται ειδικώς ακυρωτέα ως προς την παράλειψή της να ενσωματώσει εντός του λοιπού περιεχομένου και άρση του χαρακτηρισμού των εγγράφων ως εμπιστευτικών και να επιτρέψει τη γνώση τους στους διαγωνιζόμενους, ακριβώς προς εξασφάλιση της διαφάνειας της διαδικασίας και ιδίως των δικαιωμάτων προστασίας των λοιπών μετεχόντων, η παράβασή της οποίας εκτείνεται όμως απλώς στον μη αποχαρακτηρισμό και όχι στην ίδια την επί της ουσίας έγκριση της προσφοράς, ήτοι ως προς το αν η προσφορά πληρούσε τις οικείες προς αποδοχή της προϋποθέσεις, απόφαση η νομιμότητα της οποίας τυχόν θα κριθεί στο πλαίσιο της επί της ουσίας αμφισβητήσεώς της, για την οποία όμως προϋπόθεση είναι η δημοσιοποίηση των εσφαλμένα μη αποχαρακτηρισθέντων από την αναθέτουσα στοιχείων. Επομένως, ναι μεν ο εσφαλμένος χαρακτηρισμός εγγράφων ως εμπιστευτικών δεν επάγεται απόρριψη της προσφοράς, η δε παράλειψη αποχαρακτηρισμού αυτών από την αναθέτουσα δεν επάγεται τον αποκλεισμό της προσφοράς, πλην όμως συνιστά παράνομη παράλειψη αυτοτελώς ακυρωτέα και αναπεμπτέα στην αναθέτουσα προς άρση της, μετά την οποία επανεκκινείται η προθεσμία προσβολής της οικείας πράξης του που εκδόθηκε

με έρεισμα τα μη εγκαίρως δημοσιοποιηθέντα στοιχεία των προσφορών (βλ. ΣΤΕ 554/2022 σκ.17, ΕΑΔΗΣΥ (πρώην ΑΕΠΠ) 629-630/2020, 836/2019, 658 και 565 και 505/2018).

5. Κατόπιν των ανωτέρω, παραδεκτώς με την υπό κρίση προσφυγή ο προσφεύγων προσβάλλει την πράξη ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, ο οποίος αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο, για την αποδοχή της ως άνω προσφοράς, ελήφθησαν υπόψη οι εξηγήσεις του προσφεύγοντος, οι οποίες, ωστόσο, παρανόμως χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικές από τον οικονομικό φορέα, η δε αναθέτουσα αρχή επίσης, παρανόμως, δεν ήρε τον εμπιστευτικό χαρακτήρα αυτών, με αποτέλεσμα να παραβιάζεται το δικαίωμα αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας του προσφεύγοντος.

6.Επίσης, ενόψει των ανωτέρω εμπρόθεσμα ασκήθηκε η προσφυγή στις 6-10-2023, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την γνωστοποίηση στον προσφεύγοντα της προσβαλλομένης, άλλως της εκδήλωσης, διά της ρητής απάντησης της αναθέτουσας αρχής, της πρόθεσής της να μην άρει τον εμπιστευτικό χαρακτήρα των εξηγήσεων επί της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, η προσβαλλομένη με την οποία η αναθέτουσα αρχή δέχεται τις χαρακτηρισμένες ως εμπιστευτικές εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος και τον ανακηρύσσει ως προσωρινό ανάδοχο, κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, διά της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα επικοινωνία του ΕΔΗΣΗΣ, στις 2-10-2023. Αυθημερόν ο προσφεύγων ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή να του κοινοποιήσει και τις εξηγήσεις, ώστε να λάβει γνώση και να μπορεί να ασκήσει αποτελεσματική προσφυγή. Την 4-10-2023, η αναθέτουσα απάντησε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στο παραπάνω από 2-10-2023 αίτημα, αρνούμενη τη χορήγηση των εξηγήσεων.

7. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων εμπρόθεσμα άσκησε την παρέμβαση στις ...-...-2023, δηλαδή εντός προθεσμίας δέκα ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής (στις ...-...-2023), έχοντας προς τούτο

πρόδηλο έννομο συμφέρον, καθώς έχει αναδειχθεί ανάδοχος και τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

8. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή εμπρόθεσμα στις ...-...-2023 υπέβαλε τις απόψεις της, δηλαδή εντός προθεσμίας δεκαπέντε ημερών από την άσκηση της προσφυγής, τις οποίες γνωστοποίησε αυθημερόν στον προσφεύγοντα.

9. Ο προσφεύγων στις ...-...-2023 υπέβαλε εμπρόθεσμα, δηλαδή εντός πέντε ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν, υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

10. Ο προσφεύγων με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή δέχθηκε τις εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος βάσει εγγράφων, που χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικά, χωρίς να τα αποχαρακτηρίσει. Και τούτο, διότι κατά τον νόμο και τη διακήρυξη οι ζητηθείσες δυνάμει του άρθρου 88 του ν.4412/2016 εξηγήσεις, που στηρίζονται στα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς, δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως εμπιστευτικές, η δε αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη, εξαιτίας της ανωτέρω παρανομίας, να τα αποχαρακτηρίσει, ώστε ο προσφεύγων να έχει τη δυνατότητα να λάβει γνώση του περιεχομένου τους και να ασκήσει αποτελεσματική προσφυγή. Συνεπώς, η ενσωματωθείσα στην ανωτέρω πράξη, παράλειψη αποχαρακτηρισμού των εγγράφων, η οποία εκδηλώθηκε και ρητώς με την από ...-...-2023 δήλωση της αναθέτουσας αρχής προς τον προσφεύγοντα, είναι ακυρωτέα ακριβώς προς εξασφάλιση της διαφάνειας της διαδικασίας και ιδίως των δικαιωμάτων προστασίας του προσφεύγοντος.

11. Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη, καθώς δεν υπάρχει η δυνατότητα άσκησης δεύτερης προσφυγής για την εξέταση των ουσιαστικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος επί της νομιμότητας ή μη της προσφοράς του.

12. Η αναθέτουσα αρχή, προς αντίκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ισχυρίζεται ότι: «έλαβε πληροφορίες εμπιστευτικού εταιρικού χαρακτήρα, που αποτελούσαν δικαιολογητικό υπόβαθρο της αιτιολόγησης των εξηγήσεων που ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα και

χαρακτηρίστηκαν από αυτόν ως εμπιστευτικές με τρόπο που θεωρήθηκε ότι η επαπειλούμενη βλάβη από τη διάσπαση του απορρήτου δημιουργούσε δέσμια αρμοδιότητα μη αποκάλυψής τους. Κατά συνέπεια η προσφυγή είναι απορριπτέα και προσχηματική διότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς έχουν το υπόβαθρο της διάγνωσης των εκατέρωθεν προσφορών τους και σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα θα απαιτούσε το απόρρητο για τον εαυτό της, αν βρισκόταν στην νομική και πραγματική θέση του παρεμβαίνοντα».

13. Ο προσφεύγων με το υπόμνημά του αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφυγής ως νόμω αβάσιμους, καθώς, όπως ισχυρίζεται, σύμφωνα με τον νόμο και την νομολογία, παρανόμως η αναθέτουσα αρχή δέχθηκε τον χαρακτηρισμό των αποδεικτικών εγγράφων των εξηγήσεων, ως εμπιστευτικών και δεν ήρε τον εν λόγω χαρακτηρισμό, ενώ ο παρεμβαίνων αλυσιτελώς προβάλλει τις ανωτέρω αιτιάσεις, δημιουργώντας με υποθέσεις ένα σχήμα πρωθύστερο και καλώντας την ΕΑΔΗΣΥ να αποφανθεί προκαταβολικά επί τυχόν μελλοντικής προσφυγής του προσφεύγοντος.

14. Σχετικά με το υπό κρίση ζήτημα έχει κριθεί ότι η αρχή της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων πρέπει να εφαρμόζεται κατά τρόπο, ώστε η αρχή αυτή να συμβιβάζεται προς τις επιταγές της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και τον σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων (ΔΕΕ, απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2021, «Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB, κλπ., C-927/19, EU:C:2021:700, σκ. 121, απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, σκ. 51 και 52 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία) και ότι κατά τη στάθμιση της προβλεπόμενης στο άρ. 21 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24, απαγόρευσης γνωστοποίησης των διαβιβασθέντων από τους οικονομικούς φορείς εμπιστευτικών πληροφοριών και της γενικής αρχής του δικαίου της Ένωσης περί χρηστής διοίκησης, από την οποία απορρέει η υποχρέωση αιτιολόγησης, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να εκθέτει με σαφήνεια τους λόγους για τους οποίους θεωρεί ότι οι πληροφορίες στις οποίες ζητείται πρόσβαση, ή ορισμένες τουλάχιστον εξ αυτών, είναι εμπιστευτικές. Πέραν δε τούτου, κατά την ως άνω στάθμιση, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το γεγονός ότι οι λοιποί προσφέροντες, ελλείψει επαρκών στοιχείων που να τους

παρέχουν τη δυνατότητα να εξακριβώσουν, αν η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την αποδοχή της προσφοράς ενός οικονομικού φορέα πάσχει λόγω ενδεχόμενων σφαλμάτων ή παρανομιών, δεν θα έχει στην πράξη τη δυνατότητα να κάνει χρήση του δικαιώματος αποτελεσματικής προσφυγής.

15. Ειδικότερα, σύμφωνα με το σκοπό που εξυπηρετείται από το άρθρο 21 του ν.4412/2016, προκειμένου ένα στοιχείο να χαρακτηριστεί νομίμως ως εμπιστευτικό, θα πρέπει αυτό να άπτεται πληροφοριών, τις οποίες ο νομοθέτης θεωρεί δικαιολογημένο να προστατευθούν και να μην καταστούν γνωστές στον ανταγωνισμό, για τον λόγο δε αυτό οι διαγωνιζόμενοι δεν αρκεί να χαρακτηρίσουν απλώς ένα έγγραφο, στοιχείο ή πληροφορία ως εμπιστευτική, αλλά θα πρέπει συγχρόνως να μνημονεύσουν στην προσφορά τους τις διατάξεις εκείνες του νόμου ή διοικητικής πράξεως που τους παρέχουν το δικαίωμα να προβούν στον συγκεκριμένο χαρακτηρισμό. Εκ τούτου παρέπεται ότι ο χαρακτηρισμός εγγράφων ή στοιχείων ή πληροφοριών της προσφοράς δεν αποτελεί τον κανόνα, αλλά αποτελεί εξαιρετική περίπτωση, που δικαιολογείται μόνον όταν ο νομοθέτης θεωρεί συγκεκριμένες πληροφορίες ως δικαιολογημένα προστατευτέες έναντι του ανταγωνισμού. Ωστόσο, ακόμη και η ως άνω εξαιρετική περίπτωση δεν μπορεί να δικαιολογήσει τον χαρακτηρισμό εγγράφων ως εμπιστευτικών στις περιπτώσεις που πρόκειται για έγγραφα, στοιχεία και πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες και την οικονομική προσφορά, τα οποία, συμφώνως προς το άρθρο 21 παρ. 4 ν. 4412/2016 δεν μπορούν να χαρακτηρισθούν ως εμπιστευτικά. Ήτοι, με τις προαναφερθείσες διατάξεις τόσο ο νομοθέτης, όσο και ο συντάκτης της διακηρύξεως διέλαβε, όσον αφορά στα έγγραφα της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων, ρητή εξαίρεση από τη δυνατότητα χαρακτηρισμού ως εμπιστευτικών των πληροφοριών περί τους κόστους προσφορών. Τούτο δε χάριν διασφάλισης της αρχής της διαφάνειας, της ίσης μεταχειρίσεως αλλά και της διασφάλισης της δυνατότητας ελέγχου της νομιμότητας των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών που δεν μπορεί να επιτευχθεί, εάν στοιχεία, απόμεινα της ίδιας της προσφοράς του οικονομικού φορέα βάσει των οποίων του ανατίθεται η σύμβαση, παραμένουν «κρυφά» από τους λοιπούς διαγωνιζομένους. Η απαγόρευση χαρακτηρισμού εγγράφων ή πληροφοριών σχετικών με τις τιμές

μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, που αξιολογούνται, αποτελεί βασικό μέτρο για τη διασφάλιση της πρακτικής αποτελεσματικότητας των διατάξεων που προβλέπουν διοικητικό και εν συνεχεία δικαστικό έλεγχο της νομιμότητας των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών και εν τέλει για τη διασφάλιση της πρακτικής αποτελεσματικότητας της ίδιας της οικονομικής οδηγίας .../665ΕΟΚ όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Εξάλλου, από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 με τις οποίες θεσπίζονται οι προϋποθέσεις για τη δημοσιοποίηση πληροφοριών περί των προσφορών μεταξύ των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, σαφώς προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι, με την επίκληση της εμπιστευτικότητας ή του απορρήτου χαρακτήρα των σχετικών εγγράφων ή πληροφοριών, δεν απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής απαιτούμενων κατά τη διακήρυξη δικαιολογητικών, αλλά οφείλουν να υποβάλουν τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη στοιχεία, ενημερώνοντας περί του εμπιστευτικού, κατά την κρίση τους, χαρακτήρα τους τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού, τα οποία σε περίπτωση που πληρούνται οι προϋποθέσεις, υπέχουν υποχρέωση εχεμύθειας (ΣΤΕ 2547/2014, ΔΕφΑΘ 907/2019, ΔΕφΑΘ 159/2017). Η κρίση όμως περί του εάν πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις για τον οικείο χαρακτηρισμό των εγγράφων ως εμπιστευτικών, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, η οποία είναι κατά νόμο αρμόδια και μόνη αρμόδια να αποφασίσει εάν θα αποδεχθεί το χαρακτηρισμό αυτό ή όχι και εάν θα διατηρήσει ή, αντιθέτως, θα άρει την εμπιστευτικότητα, καθιστώντας τα έγγραφα προσβάσιμα στους υπολοίπους συμμετέχοντες. Επομένως, εάν πρόκειται περί εγγράφων που δεν δύνανται, βάσει των όρων του άρθρου 21 παρ. 4 του ν. 4412/2016 να χαρακτηρισθούν ως εμπιστευτικά, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί σε αποχαρακτηρισμό των εγγράφων και να καταστήσει αυτά προσβάσιμα στους λοιπούς συνδιαγωνιζομένους. Όπως ήδη προκύπτει εκ των προεκτεθέντων, το άρθρο 21 παρ. 4 ν. 4412/2016 εισάγει απόλυτη και χωρίς εξαιρέσεις απαγόρευση χαρακτηρισμού από τους διαγωνιζομένους και αποδοχής από την αναθέτουσα αρχή ενός τέτοιου χαρακτηρισμού προκειμένου για πληροφορίες ή στοιχεία σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες και την οικονομική προσφορά. Επομένως και σε κάθε περίπτωση, ακόμα και εάν ένας

διαγωνιζόμενος επικαλεστεί τις διατάξεις περί εμπιστευτικότητας αναφορικώς με έγγραφα, στοιχεία και πληροφορίες σχετικά με την οικονομική προσφορά, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να άρει τον ανωτέρω χαρακτηρισμό και να χορηγήσει πρόσβαση στα στοιχεία αυτά στο σύνολο των λοιπών διαγωνιζόμενων, αρνούμενη δε να το πράξει παραβιάζει τις κατά το νόμο θεσπιζόμενες υποχρεώσεις της και καθιστά την όλη διαδικασία εξολοκλήρου αδιαφανή. Η άρνηση αποχαρακτηρισμού εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, συνιστά κατ' αποτέλεσμα ευνοϊκή μεταχείριση του διαγωνιζομένου που χαρακτήρισε τα έγγραφά του ως εμπιστευτικά, χωρίς να συντρέχουν οι κατά νόμο προϋποθέσεις, διαφεύγοντας έτσι ανεπιτρέπτως τον διοικητικό και ακολούθως δικαστικό έλεγχο του παραδεκτού της προσφοράς του, εις βάρος των λοιπών διαγωνιζομένων που θα είχαν δικαίωμα και έννομο συμφέρον να διεκδικήσουν την αναγνώριση του απαραδέκτου της προσφοράς του και την ανάθεση σε αυτούς της συμβάσεως.

16. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, η προσφορά του παρεμβαίνοντος κρίθηκε, κατά τεκμήριο, ασυνήθιστα χαμηλή, διότι εμφάνιζε απόκλιση άνω των 10 ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών και για αυτό, σύμφωνα με τον όρο 4.1.η της διακήρυξης, που ενσωματώνει τη ρύθμιση του άρθρου 88 του ν.4412/2016, κλήθηκε να δώσει εξηγήσεις και ειδικότερα να εξηγήσει *«την τιμή ή το κόστος που προτείνει στη χαρακτηρισθείσα ως ασυνήθιστα χαμηλή, προσφορά του»*. Περαιτέρω, όπως μνημονεύεται στη με αρ. .../2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ο παρεμβαίνων υπέβαλε την ...-...-2023 τις εξηγήσεις του, οι οποίες ωστόσο υποβλήθηκαν με μορφή, που δεν ήταν δυνατή η πρόσβαση στον προσφεύγοντα, καθώς, όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, οι πληροφορίες που εμπεριέχονται σε αυτές χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικές βάσει του άρθρου 21 του ν.4412/2016. Παραταύτα, η αναθέτουσα αρχή έκανε τις εξηγήσεις δεκτές με την εξής αιτιολογία: *«κρίθηκαν όσα αναφέρουν και είναι αληθή και ρεαλιστικά, σύμφωνα με την ισχύουσα οικονομική συγκυρία και τις τοπικές συνθήκες υλοποίησης μικρών ... στην ...»* και *«η υποβληθείσα έκπτωση είναι μεν υψηλή, ωστόσο δεν θέτει σε κίνδυνο τη δυνατότητα υλοποίησης του αντικείμενου της σύμβασης, την ποιότητα των ...*

που θα πρέπει να παραδοθούν και φυσικά δεν παραβιάζει το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο στους τομείς της εργασίας και του περιβάλλοντος». Κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων στις ...-...-2023, οπότε του κοινοποιήθηκε η προσβαλλομένη και επειδή δεν είχε ακόμη πρόσβαση στα έγγραφα, ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή να του τα γνωστοποιήσει. Η αναθέτουσα αρχή απάντησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ ότι: «θα θέλαμε να σας πληροφορήσουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να σας κοινοποιήσει τις εξηγήσεις που δόθηκαν από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία ... για το κόστος που προτείνεται στην προσφορά τους, καθώς η ενέργεια αυτή εμπίπτει στο νόμο 4624/2019, περί προσωπικών δεδομένων». Εν συνεχεία δε με τις απόψεις της ισχυρίστηκε όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν.

17. Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω και βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων υπέβαλε τις εξηγήσεις επί της οικονομικής προσφοράς του ως εμπιστευτικές, χωρίς να αναφέρει τις διατάξεις του νόμου ή τις διοικητικές πράξεις, που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα των εγγράφων του, όπως ρητώς απαιτεί το άρθρο 3.3. της διακήρυξης και το άρθρο 21 του ν.4412/2016. Παράλληλα, η αναθέτουσα αρχή δέχθηκε εντελώς αναιτιολόγητα τον χαρακτηρισμό των εξηγήσεων του παρεμβαίνοντος, ως εμπιστευτικών, ισχυριζόμενη όμως αορίστως ότι τα περιεχόμενα στις εξηγήσεις στοιχεία και πληροφορίες έπρεπε να παραμείνουν εμπιστευτικά, παρόλο που δεν είχε υποβληθεί αιτιολόγηση του αιτήματος εμπιστευτικότητας από μέρους του παρεμβαίνοντος, αλλά ούτε και η ίδια αναφέρει τα στοιχεία στα οποία εδράζεται η απόφασή της. Και τούτο, διότι, όπως γίνεται δεκτό, στην περίπτωση χαρακτηρισμού εγγράφων της προσφοράς ως εμπιστευτικών, ο προσφεύγων υποβάλει μια πρόταση περί χαρακτηρισμού των εγγράφων και εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα και την τεχνική δυνατότητα, να δεχθεί τον χαρακτηρισμό ή να άρει τον εμπιστευτικό τους χαρακτήρα (βλ. βλ. ΣΤΕ 554/2022 σκ.17 επί απόφασης ΕΑΔΗΣΥ πρώην ΑΕΠΠ 629-630/2020). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, μη νομίμως παρέλειψε- στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της -να αποχαρακτηρίσει τις εξηγήσεις ως εμπιστευτικές, όχι μόνο γιατί το σχετικό αίτημα υποβλήθηκε αναιτιολογητώς, αλλά επιπλέον

διότι ρητώς κατά τη διακήρυξη (βλ. άρθρο 3.3): «*Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες και την οικονομική προσφορά*», ενώ και το άρθρο 21 του ν.4412/2016 ρητώς προβλέπει ότι δεν χαρακτηρίζονται, ως εμπιστευτικά, έγγραφα και πληροφορίες που σχετίζονται με την αξιολόγηση της προσφοράς. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα παρέλειψε, αν και ήταν υποχρεωτικό κατά τη διακήρυξη, να άρει τον χαρακτηρισμό των εξηγήσεων ως εμπιστευτικών, καθώς οι εξηγήσεις από τη φύση τους, αλλά και με βάση όσα ζητήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή να επεξηγηθούν, δηλαδή η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του, περιέχουν οικονομικά στοιχεία και αναλύσεις για την επεξήγηση της προσφοράς και την αξιολόγηση της νομιμότητας ή μη αυτής. Συνεπώς, η προσβαλλομένη με την οποία η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτές τις εξηγήσεις, χωρίς να τις αποχαρακτηρίσει όπως όφειλε σύμφωνα με τον νόμο και τη διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί, αφού το γεγονός αυτό αποστέρησε από τον προσφεύγοντα τη δυνατότητα γνώσης για οτιδήποτε εν γένει αφορά την αιτιολόγηση της προσφοράς του ανταγωνιστή του και, επομένως, την εκτίμηση της ορθότητας ή μη των σχετικών κρίσεων της αναθέτουσας αρχής περί αυτής. Σημειώνεται ότι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς είναι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί απαραδέκτου της προσφυγής, καθώς αφενός αυτοί στηρίζονται σε υποθέσεις αναφορικά με μελλοντικά γεγονότα και ειδικότερα το, εάν ο προσφεύγων θα ασκήσει ή όχι- μετά τη γνωστοποίηση σε αυτόν των εξηγήσεων-προσφυγή κατά της ίδιας προσβαλλομένης και αφετέρου, διότι, εν προκειμένω, η προσφυγή εξετάζεται αποκλειστικά στο όριο που διαγράφεται με τους συγκεκριμένους λόγους της. Κατόπιν των ανωτέρω, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

18. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει στον προσφεύγοντα τις εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος, λόγω του παράνομου μη αποχαρακτηρισμού τους ως εμπιστευτικών, σύμφωνα με το σκεπτικό, και να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προς άρση της παράλειψης. Επίσης, πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτές οι εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος, λόγω του παράνομου μη αποχαρακτηρισμού τους ως εμπιστευτικών. Ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να γνωστοποιήσει τις εξηγήσεις αυτές στον προσφεύγοντα, σύμφωνα με το σκεπτικό, και αναπέμπει η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προς άρση της παράλειψης.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15-11-2023 και εκδόθηκε στις 4-12-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ

Αριθμός απόφασης: 1782 / 2023