

## **Δίκαιο ανταγωνισμού, δίκαιο δημοσίων διαγωνισμών και εμπιστευτικότητα επιχειρηματικών απορρήτων**

Μιχ.-Θεοδ.Δ. Μαρίνος  
Καθηγητής Νομικής Σχολής ΔΠΘ  
Δικηγόρος

### **I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις - τα δημιουργούμενα ερωτήματα**

Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και δημοσίων διαγωνισμών, όπως έχει διαμορφωθεί πλέον από το πρωτογενές και δευτερογενές κοινοτικό δίκαιο, πρωτίστως από τις Οδηγίες 2004/18 και 2004/17, εξετάζεται από τη σκοπιά του δημοσιολόγου και υπό διοικητικούς διαδικαστικούς κανόνες. Η ματιά αυτή είναι αναγκαία αλλά ίσως όχι πάντοτε επαρκής, στο μέτρο που δεν συμπεριλαμβάνει και την προσέγγιση από το κλασικό δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού (ν. 703/1977, άρθρα 101 επ. ΣΛΕΕ, πρώην 81 επ. ΣυνθΕΚ) αλλά και την συμβιωτική σύνδεση του διοικητικού corpus με την έννοια και τις λειτουργίες του ανταγωνισμού. Δεν προσφέρει ένα πρακτικό κριτήριο για να αποφασισθεί πότε νοθεύεται ο ανταγωνισμός όχι ως αποτέλεσμα συμπράξεων, εναρμονισμένης πρακτικής ή κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης αλλά μέσω και μέσα από την ανταγωνιστική διαδικασία ενός δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο δημόσια προμήθεια. Και όμως το κριτήριο αυτό συνιστά κεντρικό νοηματικό και νομικό πρόκριμα.

Αυτό θα δειχθεί σε σχέση με την εμπιστευτικότητα/ανταλλαγή πληροφοριών στο πλαίσιο ενός δημοσίου διαγωνισμού. Το συγκεκριμένο ερώτημα είναι σε ποιο βαθμό το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να ανακοινώσει σε άλλους συμμετέχοντες μια προσφορά ανταγωνιστή τους ή να κοινοποιήσει το τεχνικό και οικονομικό περιεχόμενο όλων των υποβαλλόμενων προσφορών, αδιαφόρως της επιλεγείσας διαδικασίας (ανοικτός, κλειστός διαγωνισμός, διαδικασία διαπραγματεύσεων, ανταγωνιστικός διάλογος) σε όλους τους συμμετέχοντες και κατά μείζονα δε λόγο σε τρίτους. Ομοίως ερωτάται αν επιτρέπεται η ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων. Άρα η παρούσα μελέτη αφορά την ροή ή ανταλλαγή πληροφοριών σε κάθετο (αναθέτουσα αρχή προς συμμετέχοντες διαγωνιζόμενους) και σε οριζόντιο (συμμετέχοντες μεταξύ τους). Ένα τρίτο ερώτημα, τέλος, αφορά την εξόχως αμφισβητούμενη σχέση μεταξύ αφενός έννομης προστασίας/δίκαιης δίκης και αφετέρου εμπιστευτικότητας επιχειρηματικών απορρήτων,.

Η απάντηση στο δυσχερές αυτό πρόβλημα διέρχεται από τη σχέση και την επίδραση του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών, όπως ισχύει στην Ελλάδα μετά την Οδηγία 2004/18 και 2007/66, όπως μεταφέρθηκαν στο ελληνικό δίκαιο (ΠΔ 60/2007 και ν. 3886/2010 αντιστοίχως).

### **II. Σχέση δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού και δικαίου δημοσίων διαγωνισμών (προμηθειών)**

#### **1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις – ο ανταγωνισμός ως κοινό σημείο επαφής**

Κοινό σημείο του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού και του δικαίου των δημοσίων διαγωνισμών, όπως έχει διαμορφωθεί από την Οδηγία 2004/18 και

2004/17 είναι η προστασία του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και του ανοίγματος των αγορών<sup>1</sup>. Ιδεοπολιτικά ερείδεται στην οικονομία της αγοράς. Και τα δύο αυτά υποσυστήματα, κανόνες ανταγωνισμού και κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες, με πολλαπλές άλλωστε συνδέσεις μεταξύ τους, επιδιώκουν να αποφύγουν την νόθευση του ανταγωνισμού από ιδιωτικές και κρατικές ενέργειες και πράξεις<sup>2</sup>.

Ο ανταγωνισμός είναι γενική κατευθυντήρια αρχή και βάση στην οποία εδράζεται πλέον το δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών και προμηθειών, Ισχύει τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής όσο και μεταξύ των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων<sup>3</sup> όπως άλλωστε και το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο αλλά και κάθε εθνικό δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, η κανονιστική εμπέλεια του οποίου ρυθμίζει εξίσου επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στο πεδίο της προσφοράς και της ζήτησης.<sup>4</sup> Συμπληρώνεται και ενισχύεται από την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων<sup>5</sup> και την αρχή της διαφάνειας. Η τελευταία απορρέει από την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης<sup>6</sup>. Η διαφάνεια νοείται ως η «προσέκοντος βαθμού δημοσιότητα που καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό, καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου

<sup>1</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14ης Φεβρουαρίου 2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 34 «Ο κύριος σκοπός των κοινοτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων περιλαμβάνει τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό εντός όλων των κρατών μελών», Mestmaecker/Schweitzer, Europaeisches Wettbewerbsrecht, Muenchen 2004, 909 επ., 924, Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl. Muenchen 2007, vor §§97 Rdn 88.

<sup>2</sup> Huekamp, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, Tuebingen 2010, 111.

<sup>3</sup> Κουτούπα-Ρεγκάκου, Δημόσιο δίκαιο ανταγωνισμού: ένας νέος κλάδος του δημοσίου δικαίου; ΔηΣΚ 2004, 34, Egger, Europaeisches Vergaberecht, Baden Baden 2008, Rdn 833, Lux, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, Baden Baden 2009, 60.

<sup>4</sup> ΔΕΚ αποφ. 17.8.2002, υποθ. C-51/99, Concordia Bus σκέψη 81 «Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η υποχρέωση τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ισοδυναμεί με την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες αποσκοπούν ιδίως στην προαγωγή της αναπτύξεως πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και στις οποίες διαλαμβάνονται κριτήρια συνάψεως των συμβάσεων με τα οποία αποσκοπείται η διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού (βλ., στο πνεύμα αυτό, απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, σ. I-3353, σκέψη 33)», Egger, Europaeisches Vergaberecht, Baden Baden 2008, Rdn 833.

<sup>5</sup> Έτσι ΔΕΚ υποθ. C-513/99, Συλλ. 2002, I-7282, Concordia Bus σκέψη 81 «Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η υποχρέωση τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ισοδυναμεί με την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες αποσκοπούν ιδίως στην προαγωγή της αναπτύξεως πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και στις οποίες διαλαμβάνονται κριτήρια συνάψεως των συμβάσεων με τα οποία αποσκοπείται η διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού (βλ., στο πνεύμα αυτό, απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, σ. I-3353, σκέψη 33)».

<sup>6</sup> Ενδεικτικά ΔΕΚ αποφ. από 18.12.2007, υποθ. 220/06. ΑΡ, σκέψη 75. αποφ. από 13.9.2007. υποθ. C-260/04 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 24, αποφ. από 6.4.2006, υποθ. 410/04, ΑΝΑΥ σκέψη 49.

χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού (βλ. υπό την έννοια αυτή, προαναφερθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 61 και 62, και Parking Brixen, σκέψη 49)»<sup>7</sup>. Υπό την οπτική αυτή γωνία ενισχύει αδιαμφισβήτητα τον ανταγωνισμό.

Ίση μεταχείριση ή το αντίστροφο η απαγόρευση διακρίσεων όπως και η διαφάνεια στοχεύουν στο άνοιγμα στον ανταγωνισμό και την ολοκλήρωση της κοινής αγοράς στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Η διαφάνεια με την έννοια της δημοσιότητας σκοπεί στο άνοιγμα της ανταγωνιστικής διαδικασίας δημοσίων προμηθειών σε κατά το δυνατόν περισσότερους ανταγωνιστές<sup>8</sup>. Η ιεραρχική αυτή σχέση ιδιαίτερα της αρχής της διαφάνειας προς την αρχή του ανταγωνισμού θα αποτυπωθεί στη συνέχεια στον περιορισμό της πρώτης αυτής αρχής (κατωτέρω ...).

Η αρχή του ανταγωνισμού αναπτύσσει οριζόντια και κάθετη λειτουργία. Ειδικά το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών δεν αναπτύσσει λειτουργία μόνον έναντι της μελλοντικά αντισυμβαλλόμενης πλευράς, ήτοι των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων (κάθετη λειτουργία) αλλά και μεταξύ περισσότερων αναθετουσών αρχών και συμμετεχουσών επιχειρήσεων (οριζόντια λειτουργία)<sup>9</sup>. Υποτάσσει την διοικητική δράση στην αρχή του ανταγωνισμού.<sup>10</sup> Δημιουργεί από τη μια μεριά ένα καθεστώς οργανωμένου με κανόνες διοικητικού δικαίου ανταγωνισμού<sup>11</sup> και εκδιώκει από την άλλη το δίκαιο των δημοσίων προμηθειών οριστικά από το δημοσιονομικό δίκαιο, εξοπλίζοντας τους συμμετέχοντες σε δημόσιο διαγωνισμό με δικαίωμα και αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας, (οριστικής και προσωρινής). Το δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών και συμβάσεων δημιουργεί λοιπόν μια «τεχνητή» κατάσταση ανταγωνισμού, όπου διαδικαστικές δημοσίου δικαίου διατάξεις υποκαθιστούν την επιχειρηματική ratio<sup>12</sup>.

## 2. Η νόθευση του ανταγωνισμού

Ο περιορισμός του ανταγωνισμού σε έναν δημόσιο διαγωνισμό δεν είναι πάντοτε προφανής, δεδομένου ότι ποτέ δεν ζητείται σε μια ιδιωτική επιχείρηση να προβεί σε διαγωνισμό. Η ανταγωνιστική νόθευση αυτού του φαινομενικά παραδόξου (απευθείας ανάθεσης) και της με αυτήν συνεχόμενης άνισης μεταχείρισης των αποκλεισόμενων επιχειρήσεων θεμελιούται ως εξής. Η ζήτηση του δημοσίου δεν ασκεί εκ των προτέρων την ίδια ανταγωνιστική πίεση στην προσφορά, όπως η ζήτηση μέσω ιδιωτικών επιχειρήσεων. Ενώ οι ιδιωτικές επιχειρήσεις έχουν περιορισμένα οικονομικά μέσα τα οποία πρέπει να διαθέσουν με αυστηρά οικονομικά κριτήρια, η

<sup>7</sup> ΔΕΚ αποφ. από 13.9.2007, υποθ. C-260/04, σκέψη 24, Πούλιου, Η αρχή του ανταγωνισμού στην ενωσιακή ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων 2010, 213 με άλλες νομολογιακές παραπομπές, Huekamp 324.

<sup>8</sup> Πρβλ. ΔΕΚ αποφ. από 12.12.2002. C-470/99, Συλλ. 2002, I-11617 Universal Bau σκέψεις 89 επ., ιδίως 92 «Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που βαρύνει την αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Telaustria και Telefonadress, σκέψη 62)», για τις λειτουργίες της αρχής της διαφάνειας Huekamp 324 επ.

<sup>9</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, Rdn 833.

<sup>10</sup> Έτσι επιγραμματικά Κουτούπα-Ρεγκάκου, ΔηΣΚ 2004, 32

<sup>11</sup> Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb, Koeln Bonn 2003, 5 επ. με παραπομπές

<sup>12</sup> Schwabe, Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren, Baden Baden 2009, 81.

κρατική αναθέτουσα αρχή θεωρητικά έχει ευχερή πρόσβαση σε κρατική χρηματοδότηση, χωρίς να είναι αναγκασμένη να υποβάλει εαυτήν σε αποφάσεις με αμιγή οικονομικά κριτήρια<sup>13</sup>. Επομένως στην απευθείας κρατική ανάθεση εκλείπει η ανταγωνιστική πίεση μεταξύ των διαφόρων ιδιωτικών επιχειρήσεων που προσφέρουν προϊόντα/υπηρεσίες στην αναθέτουσα αρχή. Μια επιχείρηση «παίρνει» τη δουλειά χωρίς να υπόκειται στον ανταγωνισμό και την πίεση των άλλων ανταγωνιστών της. Υπό τη σκοπιά αυτή είναι προφανές ότι το σύγχρονο δίκαιο των δημοσίων προμηθειών δημιουργείται τεχνητά ανταγωνιστική πίεση, όταν δίδεται σε όλες τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις η δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό με προσφορά τους. Η κατάσταση αυτή μπορεί να συγκριθεί με την περιοριστική του ανταγωνισμού επίδραση μιας σύμπραξης κατά το δίκαιο του ανταγωνισμού (cartel) με πρώτη επισήμανση ότι σε μια απαγορευμένη σύμπραξη η ανταγωνιστική πίεση εκλείπει κατά κανόνα από τη συμπεριφορά των επιχειρήσεων που προσφέρουν και όχι, όπως στην απευθείας ανάθεση, όπου εκεί η πλευρά της ζήτησης, απαλλάσσεται από αυτήν την πίεση. Οι προσφέρουσες επιχειρήσεις μειώνουν ή εξαλείφουν τον ανταγωνιστικό κίνδυνο, συντονίζοντας τη συμπεριφορά τους ως προς βασικές ανταγωνιστικές παραμέτρους.

Ομοίως στην περίπτωση της καρτελλικής σύμπραξης η επιχείρηση που συμμετέχει στη σύμπραξη αυτή μέσω κάθε συναλλαγής αποκτά ένα ανταγωνιστικό πλεονέκτημα το οποίο δεν θα διέθετε χωρίς την καρτελλική αυτή σύμπραξη. Ως εκ τούτου τόσο η απευθείας ανάθεση όσο και η καρτελλική σύμπραξη αίρουν την ανταγωνιστική πίεση. Αυτό όμως δεν συμβαίνει, όταν στο δημόσιο διαγωνισμό συμμετέχουν κατά το δυνατόν περισσότεροι ανταγωνιστές<sup>14</sup>.

### 3. Βασικό κριτήριο

Η νόθευση του ανταγωνισμού μπορεί στο επίπεδο της επιλογής να γίνει μεταξύ άλλων, όταν η κρατική, αναθέτουσα αρχή κινείται με διαφορετικά κριτήρια από ότι μια ιδιωτική επιχείρηση, οπότε νοθεύεται ο ανταγωνισμός<sup>15</sup>. Πρόκειται για το market-economy purchaser test (αγοραστής ιδιότητας)<sup>16</sup>, κριτήριο που εφαρμόζεται ως market investor test στο δίκαιο των κρατικών ενισχύσεων και μπορεί να μεταφερθεί στο προκείμενο ζήτημα<sup>17</sup>. Αν δηλ. η σύμβαση συναφθεί με μια επιχείρηση επί τη βάση κριτηρίων που μια ιδιωτική, αναθέτουσα επιχείρηση δεν θα υιοθετούσε, τότε η πρώτη επιχείρηση αποκτά ένα αδικαιολόγητο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα

### 4. Ερμηνεία με βάση την αρχή του ανταγωνισμού

<sup>13</sup> Mestmaecker/Schweitzer, Europaisches Wettbewerbsrecht, Muenchen 2004, 904, Huerkamp 116.

<sup>14</sup> ΔΕΚ αποφ. από 9.5.2009, υποθ. C-538/07 σκέψεις 26 «Σε αυτό το πλαίσιο της ενιαίας εσωτερικής αγοράς και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς είναι προς το συμφέρον του κοινοτικού δικαίου».

<sup>15</sup> Frenz, Handbuch Europarecht Bd 3, Beihilfe-und Vergabrecht, Berlin 2006, Rdn 1701, Mestmaecker/Schweitzer, Europaisches Wettbewerbsrecht 905 «Το Δημόσιο οφείλει να συνάπτει δημόσιες συμβάσεις, ως ένα ήταν υποκείμενο ιδιωτικού δικαίου», Huekamp 120 επ. Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tuebingen, 2004, 113.

<sup>16</sup> Huekamp 120 επ.

<sup>17</sup> Huekamp 120 επ.

Η κοινή αρχή της προστασίας του ανταγωνισμού ως θεσμού οδηγεί σε ερμηνεία των πραγματικών που υπάγονται εκάστοτε στους κανόνες δικαίου εκάστου υποσυστήματος υπό το φώς μια ερμηνείας σύμφωνης προς αυτήν<sup>18</sup> ή στην πλήρωση κενών του κανονιστικού πλαισίου. Έτσι λχ το ΔΕΚ ερμήνευσε υπό το φώς της αρχής του ανταγωνισμού τις διατάξεις για τη επιλογή των ειδών δημοσίων διαγωνισμών και υιοθέτησε εκείνη την ερμηνεία η οποία διασφαλίζει καλύτερα τον ανταγωνισμό<sup>19</sup>. Τα κριτήρια σύναψης συμβάσεων με δημόσιους διαγωνισμούς ερμηνεύονται υπό το πρίσμα της αρχής ανταγωνισμού<sup>20</sup>. Πρόκειται για ερμηνεία σύμφωνη προς τις σχετικές κοινοτικές Οδηγίες, οι οποίες εκκινούν από το άνοιγμα των κρατικών αγορών προμήθειας στον ανταγωνισμό<sup>21</sup>.

Αλλά και συγκρούσεις διατάξεων και σκοπών που ενυπάρχουν στην εκάστοτε νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων θα λυθούν με προσανατολισμό προς την αρχή του ανταγωνισμού, όπως λχ η σύγκρουση μεταξύ της πλέον οικονομικής προσφοράς και του ανταγωνισμού<sup>22</sup>. Έτσι λχ οι εκ των υστέρων, μετά την κατακύρωση, διαπραγματεύσεις αντιβαίνουν στην αρχή του ανταγωνισμού, παρόλο που θα ήταν κατάλληλες να βελτιώσουν την σχέση τιμής προσφοράς προς αντιπαράροχή<sup>23</sup>. Το αυτό ισχύει για την από την οικονομική σκοπιά ωφέλιμη διαρκή συνεργασία μεταξύ μιας αναθέτουσας αρχής και μιας επιχείρησης, η οποία «κλείνει» τον ανταγωνισμό<sup>24</sup> λχ με μια «μακρόχρονη» συμφωνία πλαίσιο. Ομοίως η αποφυγή ενός διαγωνισμού μπορεί να ωφελεί περισσότερο την δημόσια αναθέτουσα αρχή, αλλά θεωρείται, ακριβώς επειδή η αξιολόγηση και στάθμιση γίνεται υπό το φώς του ανταγωνισμού, ως η «δεύτερη» επιλογή κατά το κοινοτικό και εθνικό δίκαιο δημοσίων προμηθειών<sup>25</sup>. Η προσφυγή στην ανοικτή και την κλειστή διαδικασία αποτελεί τον κανόνα<sup>26</sup>, ενώ στις άλλες μορφές δημοσίου διαγωνισμού την εξαίρεση.<sup>27</sup> Επιβάλλεται μια ιεραρχία στον ανοικτό/κλειστό ανταγωνισμό και στις άλλες ανταγωνιστικές διαδικασίες<sup>28</sup>.

Υπό το πρίσμα αυτό η προμήθεια στην καλύτερη δυνατή τιμή και στους καλύτερους όρους είναι ένας υποδεέστερος σκοπός στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών. Το αντίστροφο ίσχυε υπό το προισχύσαν καθεστώς πριν δηλ. τις πρώτες σχετικές κοινοτικές οδηγίες, όπου η πρόσδεση των δημοσίων προμηθειών στο δημοσιονομικό

<sup>18</sup> Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), *GWB*, §97 Rdn 19, Egger, *Europaeisches Vergaberecht* Rdn 835.

<sup>19</sup> ΔΕΚ υποθ. C-247/02, Συλλ. 2004, I-9215 επ.

<sup>20</sup> ΔΕΚ αποφ. 17.8.2002, υποθ. C-51/99, *Concordia Bus* σκέψη 81.

<sup>21</sup> Ηδη ΔΕΚ απόφ. από 20.9.1988, υποθ.31/87 *Beentjes*, Συλλ. 1988, σκέψεις 21 και 27.

<sup>22</sup> Opitz, *Marktmacht und Bieterwettbewerb* 62.

<sup>23</sup> Opitz, *Marktmacht und Bieterwettbewerb* 63, Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), *GWB* §97 Rdn 32.

<sup>24</sup> Opitz, *Marktmacht und Bieterwettbewerb* 63.

<sup>25</sup> Πρβλ. Opitz, *Marktmacht und Bieterwettbewerb* 88, Mueller-Wrede σε Mueller-Wrede (Hrsg), *GWB Vergaberecht*, Koeln Bonn 2009, §97 Rdn.

<sup>26</sup> Βλ. άρθρο 22 α περίοδ. ΠΔ 60/2004, Γέροντας, *Δίκαιο δημοσίων έργων*, 2009, 266.

<sup>27</sup> Ενδεικτικά Οικονόμου, *Δημόσιες συμβάσεις και δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού*, 2009, 263, Bultmann 127 επ., 337, ο οποίος επισημαίνει ότι δεν υπάρχει ιεράρχηση μεταξύ κλειστού και ανοικτού διαγωνισμού υπό την Οδηγία 2004/18 αλλά μεταξύ αυτών και των άλλων διαδικαστικών μορφών, με το αιτιολογικό ότι ακόμα και σε μια κλειστή ανταγωνιστική διαδικασία, όπως και σε ένα ολιγοπώλιο μπορεί ο ανταγωνισμός να είναι εξαιρετικά έντονος.

<sup>28</sup> Ενδεικτικά Οικονόμου 263.

δίκαιο ήταν ο πρωταρχικός σκοπός και ο ανταγωνισμός αποτελούσε το μέσο για να υλοποιηθεί.

### III. Η αρχή του αποτελεσματικού/άνοθευτου ανταγωνισμού στην κοινοτική νομολογία

Συνεπώς προς αυτήν την ιδεολογική και νομική βάση, θεμέλιο των κοινοτικών Οδηγιών για τους δημόσιους διαγωνισμούς αποτελεί η αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού<sup>29</sup> ή του ελεύθερου/άνοθευτου ανταγωνισμού<sup>30</sup>. Οι προσπάθειες της θεωρίας να διακρίνουν μεταξύ πραγματικού, αποτελεσματικού και άνοθευτου ανταγωνισμού θα πρέπει να χαρακτηρισθούν ατελέσφορες, με δεδομένη μάλιστα την ενιαία έννοια του ανταγωνισμού τόσο στο κλασσικό δίκαιο του ανταγωνισμού (ν. 703/1977 και άρθρα 101 επ. ΣΛΕΕ) όσο και στο υπό κοινοτικό πλέον πρόσημο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών και προμηθειών. Παρά τα διάφορα θεωρητικά οικονομικά μοντέλα, τα οποία ελάχιστα αντανάκλωνται στην πρακτική των δικαστηρίων και των αρχών ανταγωνισμού ο αποτελεσματικός ή άνοθευτος ανταγωνισμός χαρακτηρίζεται από την απουσία περιορισμών του<sup>31</sup>. Τόσο το εθνικό όσο και το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού δεν καθιερώνουν ένα ορισμένο «ιδανικό» ανταγωνισμού ή επιβάλλουν μια ορισμένη προσέγγιση (λχ. *more economic approach*) αλλά επιδιώκουν τη δημιουργία και διατήρηση ενός συστήματος της αγοράς, που διακρίνεται από την καταπολέμηση περιορισμών του ανταγωνισμού.

Τούτο απηχεί η πάγια νομολογία του ΔΕΚ<sup>32</sup>, η οποία ανακηρύσσει τον ανταγωνισμό ως βασικό σκοπό της δευτερογενούς ρύθμισης μέσω οδηγιών των δημοσίων συμβάσεων και μάλιστα χειραφετημένος από τη σύνδεσή των δημοσίων συμβάσεων με τις βασικές ελευθερίες<sup>33</sup>. Χαρακτηριστική είναι η εκφορά του ΔΕΚ στην αποφ. από 9.5.2009, υποθ. C-538/07 σκέψεις 25, 26: «Υπενθυμίζεται ότι οι κοινοτικοί κανόνες που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων θεσπίστηκαν στο πλαίσιο της εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς, εντός της οποίας διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία και καταργούνται οι περιορισμοί του ανταγωνισμού (βλ. την απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 2). Σε αυτό το πλαίσιο της ενιαίας εσωτερικής αγοράς και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου

<sup>29</sup> ΔΕΚ αποφ. από 12.5.2009 υπό C-538/07 Assitur σκέψη 26.

<sup>30</sup> Σκέψη 2 Οδηγίας 2004/18 και σκέψη 9 Οδηγίας 2004/17, βλ. επίσης τις αιτιολογικές σκέψεις 4, 12 επ., 15 επ., 21, 28 επ., 31, 36, 39 επ., 46 και τα άρθρα 23 παραγρ. 2, 28 παραγρ. 6, 32 παραγρ. 2, 33 παραγρ. 7, 36 παραγρ. 4 41 παραγρ. 3, 44 παραγρ. 3, 4, 53 παραγρ. 8, 69 παραγρ. 2 και 72 Οδηγίας 2004/18, ΔΕΚ από 7.10.2004 υποθ. C-247/02 Sintesi υποθ. C-247/02 σκέψεις 35 επ., ιδίως 40, Συνοδινός, Δίκαιο του ανταγωνισμού και συμβάσεις του Δημοσίου, 2002, 29 επ., Γιαννακόπουλος, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, 69 επ., Γέροντας 344 επ., Παλιού 218 επ., Mestmaecker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 924.

<sup>31</sup> Bultmann 324..

<sup>32</sup> Παλιού 347 με παραπομπές

<sup>33</sup> Αποφ. ΔΕΚ από 7.10.2004 υποθ. C-247/02 Sintesi σκέψη 35” Υπενθυμίζεται ότι, κατά τη δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, σκοπός της είναι η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (βλ. αποφάσεις της 16ης Σεπτεμβρίου 1999, C-27/98, Fracasso και Leitschutz, Συλλογή σ. I-5697, σκέψη 26, της 27ης Νοεμβρίου 2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, Συλλογή 2001, σ. I-9233, σκέψη 34, και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau κ.λπ., C-470/99, Συλλογή σ. I-11617, σκέψη 89).

δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς είναι προς το συμφέρον του κοινοτικού δικαίου»<sup>34</sup>. Παγίως τονίζεται ότι στόχος της σχετικής νομοθεσίας, ήτοι των Οδηγιών 2004/18 και 2004/17 και των προγενεστέρων Οδηγιών «είναι η προώθηση» του «πραγματικού» ή «αποτελεσματικού» ανταγωνισμού ή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών»<sup>35</sup> «Υπενθυμίζεται ότι κατά τη δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 93/37, σκοπός της είναι η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (βλ. επίσης, όσον αφορά την οδηγία 71/305, απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes, Συλλογή 1987, σ. 4635, σκέψη 21)<sup>36</sup>.

Επίσης κοινό δογματικό υπόβαθρο αποτελεί η ισότητα των ευκαιριών μεταξύ των συμμετεχόντων στην ανταγωνιστική διαδικασία<sup>37</sup>, την οποία το ΔΕΚ τονίζει σε μια πλειάδα αποφάσεων του, ως προς την ίση μεταχείριση των ιδιωτικών και δημοσίων επιχειρήσεων<sup>38</sup>, θέση που το ΔΕΚ μεταφέρει και στις δημόσιες προμήθειες υπό την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Έτσι λχ το Δικαστήριο αντιλαμβάνεται την ίση μεταχείριση στους δημόσιους διαγωνισμούς, ότι κάθε συμμετέχων στον ανταγωνισμό για την «καλύτερη» προσφορά οφείλει να έχει τις ίδιες ευκαιρίες να του κατακυρωθεί ο διαγωνισμός<sup>39</sup>. Για το λόγο αυτό η κοινοτική νομολογία τονίζει ότι η ισότητα ευκαιριών μεταξύ των συμμετεχόντων σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, σχετίζεται αιτιακά με την επίτευξη ενός ανόθευτου ανταγωνισμού<sup>40</sup>.

Υπό το κοινό κοινοτικό κανονιστικό και ερμηνευτικό πρόσημο του εναρμονισμένου εθνικού δικαίου ο ανταγωνισμός τόσο κατά το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο όσο και κατά τις Οδηγίες 2004/18 και 2004/17 είναι αφενός το μέσο για την πλέον συμφέρουσα αγορά από την αναθέτουσα δημόσια αρχή ή επιχείρηση και αφετέρου το όργανο που αποτρέπει τον τεχνητό χωρισμό των εθνικών αγορών ζήτησης<sup>41</sup>. Οι σχετικές κοινοτικές Οδηγίες, αφενός απαγορεύουν πρακτικές της αναθέτουσας αρχής που νοθεύουν τον ανταγωνισμό, αφετέρου εξασφαλίζουν την ελεύθερη πρόσβαση επιχειρήσεων σε δημόσιους διαγωνισμούς, ιδίως από άλλα κράτη μέλη<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Βλ. ΔΕΚ αποφ. από 11.1.2003, υποθ. C-26/03 Stadt Halle σκέψη 47 «Εντός του πνεύματος του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, το οποίο επιδιώκουν οι κοινοτικοί κανόνες».

<sup>35</sup> ΔΕΚ αποφ. από 11.1.2005, υποθ. C-26/03 σκέψη 44, 51 Stadt Halle.

<sup>36</sup> ΔΕΚ αποφ. από 16.9.1999, υποθ. C-27/98 σκέψη 26.

<sup>37</sup> Συνοδινός 38 επ., Huekamp 120

<sup>38</sup> ΔΕΚ υποθ. C-18/88 GB Inno ATAB σκέψη 25 και πρόσφατα υποθ. C-462/99 Connect Austria σκέψη 83.

<sup>39</sup> Υποθ. C-458/03 Parking Brixen GmbH, σκέψη 48, Υποθ. C-448/01 Windstrom GmbH σκέψη 56

<sup>40</sup> Frenz, Handbuch Europarecht Bd 3 Beihilfe- und Vergaberecht 2006, Rdn 1701, Huekamp 120, Houloubek/Schwarze, EU Kommentar, Art. 49/50 Rdn 156.

<sup>41</sup> Πρβλ. σκέψη 2 Οδηγίας 2004/18, Schwabe 81.

<sup>42</sup> Βλ. αγόρευση Γεν. Εισαγγελία Stix-Hackl στην υποθ. Sintesti (C-247/02), σκέψη 33, άρθρο 64 ΠΔ 60/2007 (άρθρο 72 οδηγίας 2004/18/EK) «Όταν οι διαγωνισμοί μελετών συγκεντρώνουν περιορισμένο αριθμό συμμετεχόντων, οι αναθέτουσες αρχές θεσπίζουν σαφή και αντικειμενικά κριτήρια επιλογής. Σε όλες τις περιπτώσεις, ο αριθμός των υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στους διαγωνισμούς μελετών λαμβάνει υπόψη την ανάγκη εξασφάλισης πραγματικού ανταγωνισμού».

#### IV. Μερικές εκφάνσεις της αρχής του ανταγωνισμού

##### 1. Συμπεριφορές της αναθέτουσας αρχής

Η αρχή του ελεύθερου και ανοθέτου ανταγωνισμού έχει μεγάλη πρακτική σημασία, επειδή αποτελεί τον πλέον σημαντικό σκοπό της κοινοτικής ρύθμισης (Οδηγίας 2004/18) και του εναρμονισμένου προς αυτήν εθνικού δικαίου (ΠΔ 60/2007). Μόνη της ή σε σύνδεση με εξειδικεύσεις της μπορεί να απαγορεύσει τις ακόλουθες συμπεριφορές της αναθέτουσας αρχής<sup>43</sup> (βλ. και κατωτέρω υπό VI 6)

##### 2. Περιπτώσιολογία

]Η αρχή του ανταγωνισμού απαγορεύει:

(i) Την κατά παράβαση των κειμένων διατάξεων αποφυγή ενός δημοσίου διαγωνισμού (de facto προμήθεια)<sup>44</sup>.

(ii) Την διαμόρφωση ενός δημοσίου διαγωνισμού, κατά τέτοιο τρόπο ώστε η αναθέτουσα αρχή να αποκλείει εκ των πραγμάτων νεοειδρυθείσες επιχειρήσεις – ανταγωνιστές στη σχετική αγορά προϊόντων - υπηρεσιών (newcomers) χωρίς αντικειμενικό λόγο<sup>45</sup>, την απόκλιση της αναθέτουσας αρχής με την κατακυρωτική απόφασή της από τα τεύχη δημοπρατήσεως<sup>46</sup>, τον περιορισμό του διαγωνισμού κατά τρόπο ώστε να συμμετέχουν υποψήφιοι από μια ορισμένη περιοχή ή τον περιορισμό του αντικειμένου της παροχής σε ορισμένα προϊόντα-σήματα (brands) ή ορισμένους κατασκευαστές<sup>47</sup>, την ζήτηση ορισμένων φωτογραφικών» αντικειμένων ή παρόμοιων με το επίθετο «όμοια προς το Α» όπως και η μνεία ευρεσιτεχνιών ή σημάτων<sup>48</sup>.

(iii) Την πρακτική της αναθέτουσας αρχής να ανακοινώσει πριν την κατακύρωση σε δελτίο τύπου, τα ονόματα των συμμετεχόντων, την σειρά κατάταξής τους καθώς και τις οικονομικές προσφορές τους<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Για άλλες περιπτώσεις εκτός των κάτωθι απαριθμουμένων Γέροντας 348 επ., Γιαννακόπουλος 311 επ.

<sup>44</sup> ΔΕΚ αποφ. Από 11.1.2005, υποθ. C-26/03 σκέψη 51. Με τη διατύπωση του ΔΕΚ υποθ. C-29/04 από της 10.11.2005 σκέψη 48 «Η σύναψη δημοσίας συμβάσεως με επιχείρηση μικτής οικονομίας χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού θα έθιγε τον σκοπό του ελεύθερου και ανοθέτου ανταγωνισμού και την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των ενδιαφερομένων στην οποία αναφέρεται η οδηγία 92/50, κατά το μέτρο που μια τέτοια διαδικασία θα παρείχε σε μια ιδιωτική επιχείρηση μετέχουσα στο κεφάλαιο της επιχείρησης αυτής ένα πλεονέκτημα σε σχέση με τους ανταγωνιστές της (προπαρατεθείσα απόφαση Stadt Halle και RPL Lochau, σκέψη 51)».

<sup>45</sup> Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), GWB, §97 Rdn 21.

<sup>46</sup> Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), GWB, §97 Rdn 23.

<sup>47</sup> Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), GWB, §97 Rdn 27.

<sup>48</sup> Egger, Europaeisches Vergaberecht Rdn 1069.

<sup>49</sup> Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), GWB, §97 Rdn 56, Mueller-Wrede σε Wrede (Hrsg), §97 Rdn 5.



(iv) Την διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να περιορίζεται δραστικά η συμμετοχή ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ή να επικεντρώνεται η ζήτηση σε μια και μόνον ή σε μερικές κατά αδικαιολόγητο αποκλεισμό των άλλων<sup>50</sup>.

(v) Τον μη αποκλεισμό από την διαγωνιστική διαδικασία επιχειρήσεων, των οποίων οι προσφορές συνιστούν απαγορευμένη σύμπραξη<sup>51</sup> (σμπαιγνία, phantom binding”, “rings”, “pies” ή kippers”).

(vi) Πρακτικές ευνοίας προς τις συμμετέχουσες στον διαγωνισμό επιχειρήσεις, όπως η επιλεκτική προώθηση πληροφοριών ή αποκλίσεις στη διαδικασία υπέρ μιας ορισμένης επιχείρησης<sup>52</sup>. Η μείωση του αριθμού των συμμετεχόντων από την αναθέτουσα αρχή επιτρέπεται, μόνον εφόσον γίνεται με διαφανή και αντικειμενικά κριτήρια.

(vii) Πολύ σύντομες προθεσμίες υποβολής προσφορών, με τις οποίες αποκλείονται ενδιαφερόμενοι ανταγωνιστές<sup>53</sup>.

(ix) Την συμπερίληψη σε τροποποιητική σύμβαση ρήτρας, η οποία εξασφαλίζει στον αρχικό παραχωρησιούχο πληροφορίες σχετικά με τις προσφορές ανταγωνιστών του, ώστε σε περίπτωση που κινηθεί ανταγωνιστική διαδικασία προκειμένου να ανανεωθεί η σύμβαση παραχώρησης, ο αρχικός παραχωρησιούχος να είναι σε θέση να προσαρμόσει καλύτερα την δική του ανταγωνιστική προσφορά<sup>54</sup>.

(x) Την μυστικότητα των πληροφοριών. Με τη διατύπωση του ΔΕΚ στην απόφαση Varec<sup>55</sup> «Για την επίτευξη του σκοπού αυτού (δηλ. του ανόθευτου ανταγωνισμού), είναι σημαντικό οι αναθέτουσες αρχές να μη γνωστοποιούν πληροφορίες που αφορούν διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, το

---

<sup>50</sup> Κουτούπα-Ρεγκάκου ΔηΣΚ 2004, 35, Συνοδινός, ΔΕΕ 1998, 805. Πρβλ. άρθρο 53 ΠΔ 60/2007 που αποδίδει το άρθρο 23 Οδηγίας 2004/28 «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στον ανταγωνισμό. βλ. και παράγρ 8. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν αυτό δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορούν να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και σε συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία ή παραπομπή επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνεται αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή των παραγράφων 3 και 4. Η μνεία ή η παραπομπή αυτή πρέπει να συνοδεύονται από τους όρους «ή ισοδύναμο». Από τη νομολογία του ΔΕΚ βλ. απόφ. από 24.1.1995, Συλλ. 1995, I 157 σκέψη 27 Επιτροπή κατά Ολλανδίας, όπου το ΔΕΚ διαπιστώνει παράβαση των διατάξεων για την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων.

<sup>51</sup> Πρβλ. Bungenberg σε Loewenheim/Mees/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 2 GWB, Muenchen 2006, §97 Rdn 10.

<sup>52</sup> Knauff/Muller- Wrede σε Wrede (Hrsg) §101 Rdn 42.

<sup>53</sup> Bungenberg σε Loewenheim/Mees/Riesenkampff §97 Rdn 10.

<sup>54</sup> Γιαννακόπουλος 513.

<sup>55</sup> Απόφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 35.

περιεχόμενο των οποίων θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για τη νόθευση του ανταγωνισμού στο πλαίσιο είτε τρέχουσας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως είτε μεταγενέστερων διαδικασιών».

- (xi) Συμπράξεις μεταξύ των συμμετεχόντων με αντικείμενο την ανταλλαγή πληροφοριών ή τη συμμετοχή στον δημόσιο διαγωνισμό (κατωτέρω υπό VII).

## V. Ο ανταγωνισμός ως προστατευόμενο αντικείμενο

### 1. Ανόθευτος ανταγωνισμός

Κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΚ προστατεύεται ο πραγματικός ανταγωνισμός, όπου ο όρος εναλλάσσεται με τον αποτελεσματικό ή τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό. Από αυτό συνάγεται ότι η διαδικασία του δημόσιου διαγωνισμού θα πρέπει αφενός να είναι όσο γίνεται περισσότερο ανοικτή στον ανταγωνισμό και αφετέρου ελεύθερη από λοιπούς περιορισμούς του ανταγωνισμού<sup>56</sup>. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να επιτρέψει τον μέγιστο δυνατό ανταγωνισμό λαμβάνοντας υπόψιν το αντικείμενο της ανάθεσης και την κατάσταση και δομή της αγοράς, στην οποία τοποθετούνται τα αιτούμενα προϊόντα ή υπηρεσίες<sup>57</sup>. «Συνεπώς, προς επίτευξη του σκοπού της αναπτύξεως πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων, η οδηγία 93/37 επιδιώκει να οργανώσει τη σύναψη των συμβάσεων κατά τέτοιο τρόπο ώστε η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να συγκρίνει διάφορες προσφορές και να επιλέξει την πλέον συμφέρουσα, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, όπως αυτά που απαριθμούνται χάριν παραδείγματος στο άρθρο 30, παράγραφος 1 της οδηγίας (βλ. σχετικώς, αναφορικά με την οδηγία 71/305, προαναφερθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 27))<sup>58</sup>.

Από αυτό απορρέει επίσης μια ιεράρχηση των τρόπων ανταγωνισμού, μια ιεραρχία στους τύπους διαγωνισμού. Αποκλίσεις από τη διαδικασία του ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού θα πρέπει να δικαιολογούνται σαφώς από το αντικείμενο ανάθεσης ή από τη δομή της αγοράς. Η κατάληξη στην διαδικασία του διαγωνισμού μέσω διαπραγματεύσεων ή ακόμα περισσότερο στον λεγόμενο ανταγωνιστικό διάλογο απορρέει από την ιεράρχηση αυτή και παρίστανται ως η «δεύτερη καλύτερη λύση» έναντι του ανοικτού και του κλειστού διαγωνισμού.

## VI. Ειδικά ο μυστικός ανταγωνισμός ως προϋπόθεση του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού

### 1. Διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων

Η αρχή του ανταγωνισμού σε συνδυασμό με τα γενικώς ισχύοντα στο δίκαιο του ανταγωνισμού (εθνικοί και κοινοτικοί κανόνες) επιβάλλει την μυστικότητα του ανταγωνισμού (κατωτέρω υπό.....). Ο αποτελεσματικός και ανόθευτος ανταγωνισμός αναπτύσσεται μόνον υπό συνθήκες μυστικότητας. Άρα ανάγεται στο ίδιο το

<sup>56</sup> ΔΕΚ αποφ. από 12.5.2009 υπό C-538/07 Assitur σκέψη 26 «Σε αυτό το πλαίσιο της ενιαίας εσωτερικής αγοράς και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς είναι προς το συμφέρον του κοινοτικού δικαίου», Mueller-Wrede σε Mueller-Wrede (Hrsg), §97 Rdn 5.

<sup>57</sup> Mueller-Wrede σε Mueller-Wrede (Hrsg) §97 Rdn 5.

<sup>58</sup> ΔΕΚ αποφ. από 16.9.1999, υποθ. C-27/98 Metalmeccanica σκέψη 31

πρωτογενές δίκαιο του ανταγωνισμού (άρθρο 101 ΣΛΕΕ, πρώην 81 ΣυνθΕΚ). Κάθε σύστημα ανταλλαγής πληροφοριών ανεξάρτητα από τη νομική μορφή του και διαμόρφωση του, μέσω δικτύου παράλληλων συμβάσεων, μέσω της ίδρυσης ενός νομικού προσώπου, μέσω της λειτουργίας μιας βάσης δεδομένων, μέσω ανεπίσημης άμεσης ή έμμεσης ανταλλαγής στοιχείων (λχ μέσω διανομέων ή παρενθέτων προσώπων) κλπ είναι σε θέση να μειώσει την αβεβαιότητα ως προς τους κινδύνους του ανταγωνισμού και να άρει την αυτονομία της επιχειρηματικής δράσης. Ο περιορισμός του ανταγωνισμού εντοπίζεται στον αποκλεισμό της βασικής επιχειρηματικής παραμέτρου δράσης, η οποία αποκαλείται «μυστικός ανταγωνισμός»<sup>59</sup> και στην επακόλουθη, πιθανολόγηση ενός εναρμονισμένου επιπέδου τιμών, με αποτέλεσμα την μείωση της έντασης του ανταγωνισμού<sup>60</sup>. Επισημαίνεται ότι εκτός από τη δομή της αγοράς το περιεχόμενο των ανακοινούμενων πληροφοριών έχει τη μεγαλύτερη σημασία ανάμεσα στις ανταγωνιστικές παραμέτρους.<sup>61</sup>

Στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων γίνεται λόγος για την αρχή της εμπιστευτικότητας, χαρακτηρισμός που όμως συσκοτίζει την γνήσια σύνδεσή της με την έννοια του μυστικού ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι παγίως στο δίκαιο του ανταγωνισμού (ν. 703/1977 και άρθρα 101 επ. ΣΛΕΕ) ως ανταγωνισμός νοείται ο μυστικός ανταγωνισμός<sup>62</sup>. Η μυστικότητα των από επιχειρηματική άποψη σημαντικών ανταγωνιστικών στοιχείων (τιμή, κόστος παραγωγής, προσωπικό, κόστος διαφήμισης κλπ) είναι κατά πάγια πλέον νομολογία του ΔΕΚ βασική και απαραίτητη προϋπόθεση κάθε ανταγωνιστικής διαδικασίας<sup>63</sup> (βλ. και κατωτέρω υπό ...). Βασικό χαρακτηριστικό κάθε δημόσιου διαγωνισμού είναι ότι κάθε προσφορά υποβάλλεται εν αγνοία των οικονομικών και τεχνικών στοιχείων άλλων προσφορών, έτσι ώστε ο συμμετέχων να αποφασίσει αυτόνομα και όχι κατόπιν συνεννοήσεως, ανταλλαγής πληροφοριών ή συμπαιγνίας ως προς τα στοιχεία της προσφοράς του.

## 2. Αποτύπωση στην Οδηγία 2004/18

Από άποψη θετικού δευτερογενούς κοινοτικού δικαίου αποτυπώνεται στο άρθρο 6 Οδηγίας 2004/18<sup>64</sup>. Η διάταξη αυτή απαγορεύει στο δημόσιο φορέα (αναθέτουσα αρχή) να μεταδίδει περαιτέρω εμπιστευτικές πληροφορίες που του ανακοινώθηκαν από τους συμμετέχοντες σε έναν δημόσιο διαγωνισμό. Ειδικότερα αφορά επιχειρηματικά, εμπορικά και τεχνολογικά μυστικά (απόρρητα) καθώς και κάθε άλλη

<sup>59</sup> Zimmer σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg), GWB §1Rdn 306.

<sup>60</sup> Zimmer σε Immenga/Mestmaecker(Hrsg), GWB §1Rdn 306.

<sup>61</sup> Έτσι Mestmaecker/Schweitzer, Europaeisches Wettbewerbsrecht, 258.

<sup>62</sup> Πρβλ. και Egger, | Europaeisches Vergaberecht Rdn 875, Οικονόμου 172, 188.

<sup>63</sup> Πρόσφατη απόφαση από 4.6.2009, Υπόθεση C-8/08 Netherlands BV T-Mobile σκέψεις 32 επ., από την θεωρία ενδεικτικά Μαρίνος, ΔΕΕ 2011/2 με παραπομπές, Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg), GWB, §97 Rdn 12, Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb 82 επ.

<sup>64</sup> Κείμενο άρθρου 6 Εχεμύθεια «Με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρούσας οδηγίας, ιδίως εκείνων που αφορούν τις υποχρεώσεις σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτομένων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 35 παράγραφος 4 και στο άρθρο 41, και σύμφωνα προς το εθνικό δίκαιο στο οποίο υπόκειται η αναθέτουσα αρχή, η τελευταία δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές. Οι πληροφορίες αυτές περιλαμβάνουν, ιδίως, τα τεχνικά ή εμπορικά απόρρητα και τις εμπιστευτικές πτυχές των προσφορών», Mestmaecker/Schweitzer, Europaeisches Wettbewerbsrecht 991/992.

εμπιστευτική πληροφορία που συνοδεύει την κάθε προσφορά. Παρόλο που δεν διευκρινίζεται περιλαμβάνει τόσο την μετάδοση σε τρίτους εκτός ανταγωνιστικής διαδικασίας όσο και στους συμμετέχοντες ανταγωνιστές. Αυτό σημαίνει ότι ο συμμετέχων ανταγωνιστής έχει αξίωση τα μυστικά που περιέχονται στην οικονομική ή την τεχνική προσφορά του να μην ανακοινωθούν με οιονδήποτε τρόπο σε τρίτο ή σε άλλον ανταγωνιστή συμμετέχοντα. Τούτο έχει ιδιαίτερη σημασία για τον διαγωνισμό με διαπραγματεύσεις ή στην ανταγωνιστική διαδικασία<sup>65</sup>, όπου εκεί υπάρχει ο πειρασμός της αναθέτουσας δημόσιας αρχής να ανακοινώσει τέτοιες πληροφορίες, προκειμένου να επιτύχει την καλύτερη τιμή/όρους. Το άρθρο 29 παραγρ 3 Οδηγίας 2004/18 (Οδηγία περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών) απαγορεύει στο δημόσιο-εντολέα να ανακοινώσει σε οιονδήποτε τρίτο ή άλλον συμμετέχοντα, προτεινόμενες λύσεις ή εμπιστευτικές πληροφορίες ενός συμμετέχοντος στον διαγωνισμό, χωρίς την συναίνεσή του. Ταυτόσημη διατύπωση έχει το άρθρο 23 παραγρ. 3 ΠΔ 2007/59 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών», με το οποίο μεταφέρεται η αντίστοιχη κοινοτική διάταξη στο ελληνικό δίκαιο. Από τα ανωτέρω απορρέει το πόρισμα ότι ο μυστικός ανταγωνισμός αποτελεί ίδιο στόχο και του δικαίου των δημοσίων προμηθειών<sup>66</sup> και μάλιστα ανεξάρτητα του είδους της ακολουθούμενης διαδικασίας<sup>67</sup>. Επιδιώκει να αποτρέψει μια συντονισμένη συμπεριφορά, ιδίως στην παράμετρο της τιμής, μεταξύ των ανταγωνιζομένων για την κατακύρωση του διαγωνισμού. Η υποχρέωση αυτή εξακολουθεί να υπάρχει και μετά την περαίωση του διαγωνισμού δεδομένου ότι τα στοιχεία, ιδίως της οικονομικής προσφοράς, συνιστούν επιχειρηματικά απόρρητα κατά την έννοια του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού<sup>68</sup>.

Επειδή ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός νοείται μόνον υπό το πλέγμα της μυστικότητας, απαγορεύεται στην αναθέτουσα αρχή να διαπραγματεύεται με όλους ή με περισσότερους ανταγωνιστές σε μια ανοικτή διαδικασία ή να προωθεί μεταξύ των ανταγωνιστών την ανταλλαγή των τεχνικών και οικονομικών στοιχείων τους. Η διαπραγμάτευση θα πρέπει να γίνεται με κάθε έναν συμμετέχοντα χωριστά. Επειδή κατά το γενικό δίκαιο ανταγωνισμού απαγορεύεται η μετάδοση πληροφοριών που μπορούν να ταυτοποιηθούν (κατωτέρω ■■■), έπεται εξ αντιδιαστολής ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μεταδώσει μόνον γενικές πληροφορίες μη δυνάμενες να ταυτισθούν με έναν συγκεκριμένο συμμετέχοντα<sup>69</sup>.

Από την αρχή της απαγόρευσης διακριτικής μεταχείρισης σε συνδυασμό με την προκείμενη αρχή συνάγεται ομοίως ότι απαγορεύεται στην αναθέτουσα αρχή η μετάδοση ορισμένων εμπιστευτικών πληροφοριών σε ορισμένους μόνον συμμετέχοντες, ακόμα και αν αυτή έχει εξασφαλίσει την συναίνεσή τους.

<sup>65</sup> Μάλιστα το είδος αυτό του διαγωνισμού είναι το πλέον ευεπίφορο στους περιορισμούς του ανταγωνισμού αλλά και σε χειραγωγήσεις, Schwabe 81.

<sup>66</sup> Πρβλ. Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb 82. Βλ. και ΝΣΚ (Γνωμδ. Ολομέλειας) 37/2003 και Οικονομου 291.

<sup>67</sup> Πρβλ. Schwabe 87 επ. και Knauff σε Mueller-Wrede (Hrsg) §101, Rdn 43.

<sup>68</sup> Για την έννοια αυτή αναλυτικά Μαρίνος, Αθέμιτος ανταγωνισμός, 2<sup>η</sup> εκδ. 2009, αρ. 546 επ.

<sup>69</sup> Knauff σε Mueller-Wrede (Hrsg) §97 Rdn 43

Κατά το άρθρο 38 ΠΔ 60/2007, το οποίο μεταφέρει στο ελληνικό δίκαιο το άρθρο 6 Οδηγίας 2004/18 «Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος, ιδίως εκείνων που αφορούν τις υποχρεώσεις σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτομένων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 29 παραγρ.4, στο άρθρο 35, καθώς και τις διατάξεις της λουπής κείμενης νομοθεσίας, η αναθέτουσα αρχή, δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές. Οι πληροφορίες αυτές αφορούν, ιδίως, τα τεχνικά ή εμπορικά απόρρητα και τις εμπιστευτικές πτυχές των προσφορών». Η γενική αυτή διάταξη εντοπίζει τα σταθμιζόμενα συμφέροντα και οριοθετεί από την αρχή της διαφάνειας.

### 3. Οριοθέτηση από την αρχή της διαφάνειας

Η αρχή του ανταγωνισμού μόνον φαινομενικά αντιβαίνει στην αρχή της διαφάνειας, η οποία επίσης διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς βάσει του πρωτογενούς και δευτερογενούς κοινοτικού δικαίου<sup>70</sup>.

Η αρχή της διαφάνειας έχει σκοπό να εξασφαλίσει αφενός ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού αποκτά ευρεία δημοσιότητα και αφετέρου ότι η διαδικασία τελείται αντικειμενικά. Διακρίνεται σε εκ των προτέρων (*ex ante*) και των υστέρων (*ex post*) διαφάνεια. Η εκ των προτέρων διαφάνεια (*ex ante*) καλύπτει την δημοσιοποίηση του διαγωνισμού και την εισαγωγική διαδικασία. Σε αυτήν υπάγεται και η ορθή χρήση των μέσων ενημέρωσης. Έχει ως σκοπό να διευκολύνει την συμμετοχή όσων το δυνατόν περισσότερων διαγωνιζομένων στον διαγωνισμό. Σε αντίθεση με αυτήν η εκ των υστέρων (*ex post*) διαφάνεια συνέχεται με την χωρίς κενά τεκμηρίωση της διαδικασίας. Από αυτήν απορρέει μεταξύ άλλων η δυνατότητα των διαγωνιζομένων να έχουν πρόσβαση σε έγγραφα, ώστε να ασκηθεί ο επιγενόμενος νομικός έλεγχος λόγω νομικών ελαττωμάτων στην διαδικασία. Εξ αυτών συνάγεται ότι η αρχή της διαφάνειας δεν στοχεύει στην ανακοίνωση του μυστικού περιεχομένου των προσφορών των ανταγωνιστών-διαγωνιζομένων. Η επίκλησή της για άλλο σκοπό, ήτοι να υποσκάψει τον μυστικό ανταγωνισμό θα πρέπει ως εκ τούτου να θεωρηθεί καταχρηστική<sup>71</sup>. Ως εκ τούτου είναι κατανοητή η υπενθύμιση ότι η αρχή της διαφάνειας αφορά την κάθετη σχέση σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, ήτοι αναθέτουσας αρχής και υποψηφίων διαγωνιζομένων και όχι την οριζόντια σχέση μεταξύ τους<sup>72</sup>. Η αδιαφάνεια ή με άλλη διατύπωση η μυστικότητα αυτή αποτελεί *conditio sine qua non* για να αναπτυχθεί ο αποτελεσματικός ή πραγματικός ανταγωνισμός στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών<sup>73</sup>. Η «υπερβολική» διαφάνεια βλάπτει τον ανταγωνισμό στο επίπεδο των δημοσίων προμηθειών.

Συμπερασματικά η αρχή του ανταγωνισμού χρησιμοποιείται ως μέσο για να οριοθετηθεί κατά περιεχόμενο και κατεύθυνση η αρχή της διαφάνειας. Η ευαίσθητη εναρμόνιση μεταξύ διαφάνειας και ανταγωνισμού φαίνεται να ακροβατεί μεταξύ διακριτικής μεταχείρισης μέσω αδιαφάνειας και εύνοιας προς εναρμονισμένες

<sup>70</sup> Γενικά βλ. Γιαννακόπουλο 95, Γέροντα 354 επ., Huekamp 312 επ.

<sup>71</sup> Πρβλ. και κείμενο άρθρο 6 Οδηγίας 2004/18.

<sup>72</sup> Γιαννακόπουλος 96, Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb 82, πρβλ. και Schwabe 86/87,

<sup>73</sup> Γιαννακόπουλος, 96, Schwabe 86, Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb 82 επ., Bultmann 128.

πρακτικές των συμμετεχόντων που περιορίζουν τον ανταγωνισμό, ιδίως ως προς την τιμή<sup>74</sup>. Η πλάστιγγα πρέπει να κλίνει υπέρ της αρχής ανταγωνισμού, με δεδομένη την ανωτέρω μνημονευθείσα τελολογική εξάρτηση της αρχής της διαφάνειας από την αρχή του ανταγωνισμού.

#### 4. Έντονη σύγκρουση στο στάδιο της έννομης προστασίας

Αναμφίβολα η πλήρης αποκάλυψη όλων των πληροφοριών σχετικά με μια προσφορά ενός ανταγωνιστή σε άλλον θα υπέσκαπτε τον μυστικό ανταγωνισμό και επιπρόσθετα θα μπορούσε να λειτουργήσει ως οδός «βιομηχανικής κατασκοπείας» αλλά και μέσο για νοθευθεί ο ανταγωνισμός<sup>75</sup>, δεδομένου μάλιστα ότι το ΔΕΚ έχει αναγνωρίσει την προστασία των επιχειρηματικών απορρήτων ως «γενική αρχή» του κοινοτικού δικαίου<sup>76</sup>, απορρέουσα ευθέως από την αρχή του ανταγωνισμού<sup>77</sup>. Εκ περισσού επισημαίνεται ότι το άρθρο 41 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δικαίωμα χρηστής διοίκησης περιλαμβάνει «το δικαίωμα κάθε προσώπου να έχει πρόσβαση στον φάκελό του, τηρουμένων των νομίμων συμφερόντων της εμπιστευτικότητας και του επαγγελματικού και επιχειρηματικού απορρήτου».

Ενδεχόμενη αντίθεση προς την αρχή του μυστικού ανταγωνισμού μπορεί να σημειωθεί στο στάδιο της έννομης προστασίας, μετά από στάθμιση συμφερόντων και υπό το φώς της αρχής της αναλογικότητας. Πρόκειται για την συνηθισμένη και εξαιρετικής πρακτικής σημασίας περίπτωση, όπου ενδιαφερόμενος ζητεί πρόσβαση στα στοιχεία του ανταγωνιστή του, ιδίως τις οικονομικές προσφορές προκειμένου να ασκήσει ένα από τα είδη δικαστικής προστασίας που αναφέρονται στο ν. 3886/2010 (άρθρο 2).

Και εδώ απαιτείται στάθμιση συμφερόντων μεταξύ δικαιώματος δικαστικής προστασίας του ενός μέρους και δικαιώματος ακροάσεως αλλά και της αρχής της διαφάνειας αφενός και δικαιώματος προστασίας των απορρήτων του άλλου μέρους αφετέρου, το οποίο συνεπικουρείται από την αρχή προστασίας του ανταγωνισμού<sup>78</sup>, όπως συνάγεται από το άρθρο 38 ΠΔ 60/2010. Γενική εκ των προτέρων για κάθε περίπτωση δεσμευτική απάντηση δεν φαίνεται ότι μπορεί να δοθεί, όπως τόσο συχνά συμβαίνει σε περιπτώσεις σύγκρουσης σκοπών και διατάξεων. Είναι ευνόητο ότι πρόκειται για εξαιρετικά αμφισβητούμενη στάθμιση συμφερόντων.

Και πάλι όμως το δικαίωμα του συμμετέχοντα να έχει πρόσβαση στον φάκελο της προσφοράς ανταγωνιστή του δεν μπορεί να φθάσει μέχρι του σημείου να διερευνήσει τον υπολογισμό κόστους της προσφοράς του ανταγωνιστή του<sup>79</sup>, έστω και αν το ύψος

<sup>74</sup> Opitz, *Marktmacht und Bieterwettbewerb* 83.

<sup>75</sup> Έτσι ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψεις 36, 37

<sup>76</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 49 με λοιπές νομολογιακές παραπομπές.

<sup>77</sup> Αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 35.

<sup>78</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψεις 47 επ., ιδίως 51.

<sup>79</sup> Opitz, *Marktmacht und Bieterwettbewerb* 83, Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg), *GWB*, §111 Rdn 16.

της οικονομικής προσφοράς αυτό καθαυτό προσφέρει τέτοιες ενδείξεις<sup>80</sup>. Γενικότερα, όπως υπογραμμίζει το ΔΕΚ «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»<sup>81</sup>.

Βεβαίως «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»<sup>82</sup>, εν προκειμένω ο ανόθευτος ανταγωνισμός και τα επιχειρηματικά απόρρητα του διαγωνιζόμενου. Σε κάθε περίπτωση «κενόψει της εξαιρετικά σοβαρής ζημίας που μπορεί να προκύψει από την αντικανονική ανακοίνωση ορισμένων στοιχείων σε κάποιον ανταγωνιστή, η εν λόγω αρχή οφείλει, πριν γνωστοποιήσει τα στοιχεία αυτά σε κάποιον εκ των διαδίκων, να δώσει στον οικείο επιχειρηματία τη δυνατότητα να επικαλεστεί ότι τα ως άνω στοιχεία έχουν τον χαρακτήρα εμπιστευτικών πληροφοριών ή επιχειρηματικών απορρήτων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση AKZO Chemie και AKZO Chemie UK κατά Επιτροπής, προαναφερθείσα, σκέψη 29)»<sup>83</sup>. Εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να αποφασίσει κατά πόσον και με ποιο τρόπο πρέπει να διασφαλιστεί ο εμπιστευτικός χαρακτήρας και το απόρρητο των στοιχείων αυτών<sup>84</sup>. Συμπερασματικά η αρχή δίκαιης δίκης δεν δικαιολογεί την πλήρη και άνευ όρων πρόσβαση στα στοιχεία του φακέλου και των προσφορών από ανταγωνιστές ή κατά μείζονα λόγο τρίτων.

5. Η προστασία του μυστικού ανταγωνισμού στην κοινοτική νομολογία και την πρακτική της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

Η ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ επιχειρήσεων συναντάται με δύο τρόπους:

(i) είτε ως μέρος μιας ευρύτερης προσβολής του δικαίου του ανταγωνισμού, λχ ως παρακολούθημα της ρήτρας του περισσότερου ευνοούμενου πελάτη/προμηθευτή, ως συνοδευτική ρήτρα σε μια απαγορευμένη σύμπραξη καθορισμού τιμών ή μερισμού της αγοράς<sup>85</sup>.

(ii) είτε ως αυτοτελής παράβαση εκτός άλλης σύμπραξης περιοριστικής του ανταγωνισμού. Σε πολλές περιπτώσεις η ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστών συντελεί είτε στην δημιουργία, διατήρηση και παγίωση μιας

<sup>80</sup> Bultmann 89.

<sup>81</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 51.

<sup>82</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 47.

<sup>83</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 54.

<sup>84</sup> ΔΕΚ αποφ. από 14.2.2008, υποθ. C-450/06, Varec σκέψη 55.

<sup>85</sup> Bellamy/Child European Law of Competition 6<sup>th</sup> ed. London 2008, 5.086.

αντιμονοπωλιακής πρακτικής είτε στον έλεγχο της τήρησης της αντιμονοπωλιακής συμφωνίας/πρακτικής.

Η ανταλλαγή πληροφοριών θεωρείται κατά γενική πλέον άποψη ως αυτοτελής παράβαση του ανταγωνισμού, η οποία στέκεται δίπλα στους ενδεικτικά απαριθμούμενους περιορισμούς του ανταγωνισμού στο άρθρο 81 παραγρ. ΣυνθΕΚ (πλέον 101 ΣΛΕΕ) και 1 παραγρ.1 ν. 703/1977. Μάλιστα η δικαιολόγηση της ανταλλαγής πληροφοριών της με το άρθρο 1 παραγρ. 3 ή αντίστοιχα 81 παραγρ.3 (πλέον 101 ΣυνθΛισσ)<sup>86</sup> δεν είναι δυνατή. Άρα ή εμπίπτει στο πραγματικό των ανωτέρω διατάξεων ή επιτρέπεται χωρίς πρόβλημα<sup>87</sup>.

Ειδικότερα μπορεί πλέον να θεωρηθεί ως πάγια νομολογία του ΔΕΚ και πρακτική της Ευρ. Επιτροπής ότι «οι συμφωνίες για την ανταλλαγή πληροφοριών είναι αντίθετες στους κανόνες περί ανταγωνισμού, οσάκις μετριάζουν ή εξαλείφουν τον βαθμό αβεβαιότητας ως προς τη λειτουργία της σχετικής αγοράς, με συνέπεια τον περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ επιχειρήσεων»<sup>88</sup>. Εφόσον λοιπόν αφορούν ευαίσθητα επιχειρηματικά μυστικά, όπως η τιμή πώλησης, δίκτυο διανομής, τιμές και όρους προμήθειας πρώτων υλών, εκπτώσεις, σχέδια παραγωγής κλπ τότε η κρίση τους είναι αρνητική υπό το δίκαιο του ανταγωνισμού<sup>89</sup>. Χωρίς αμφιβολία τεχνικές και οικονομικές προσφορές σε έναν δημόσιο διαγωνισμό ενσωματώνουν σωρεία ευαίσθητων από τη σκοπιά του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού πληροφοριών, οι οποίες αποτελούν συγχρόνως και εμπορικά, βιομηχανικά, τεχνολογικά απόρρητα. Ομοίως δημιουργούν ιδίως μη ανοικτοί διαγωνισμοί ένα τεχνητό ολιγοπώλιο προσφοράς, όπου κυριαρχεί η αλληλοεξάρτηση των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων, πράγμα που οδηγεί σε αλληλοεπίδραση μεταξύ τους λειαινόντας το έδαφος για εναρμονισμένες πρακτικές περιορισμού του ανταγωνισμού<sup>90</sup>.

Βασική προϋπόθεση του ανταγωνισμού είναι ότι κάθε επιχειρηματίας «οφείλει να καθορίζει κατά τρόπο αυτόνομο την πολιτική που προτίθεται να ακολουθήσει εντός της κοινής αγοράς»<sup>91</sup>. Για το λόγο αυτό κατά πάγια νομολογία του ΔΕΚ «η απαιτούμενη αυτονομία αντιτίθεται αυστηρώς σε κάθε άμεση ή έμμεση επαφή μεταξύ των επιχειρηματιών που μπορεί να επηρεάσει τη συμπεριφορά εντός της αγοράς υφιστάμενου ή εν δυνάμει ανταγωνιστή, είτε να αποκαλύψει σε έναν ανταγωνιστή τη συμπεριφορά που ο επιχειρηματίας αυτός έχει αποφασίσει ή σκέπτεται να ακολουθήσει στην αγορά, όταν οι επαφές αυτές έχουν ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα τη δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού που δεν συμβαδίζουν με τις κανονικές συνθήκες της εν λόγω αγοράς, λαμβανομένων υπόψιν της φύσεως των προϊόντων ή των παρεχομένων υπηρεσιών, της σπουδαιότητας και του αριθμού των επιχειρήσεων και του όγκου της αγοράς αυτής»<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> Bellamy/Child European Law of Competition 5.096, Bunter, Kartellrecht, Muenchen 2009, 143.

<sup>87</sup> Bellamy/Child European Law of Competition 5.096.

<sup>88</sup> ΔΕΚ αποφ. από 23.11.06, C-298/05 σκέψη 51 Asnef-Equifax με παραπομπές στην πάγια νομολογία του.

<sup>89</sup> Από τη νομολογία του ΠΕΚ αποφ. από 5.4.2001, υποθ. T-16/98 Wirtschaftsvereinigung.

<sup>90</sup> Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb 10 επ.

<sup>91</sup> ΔΕΚ αποφ. από 23.11.06, C-298/05 σκέψη 52 Asnef-Equifax.



Κατά το ΔΕΚ με άλλη διατύπωση στην πρόσφατη απόφαση T-Mobile<sup>93</sup>: “Ναι μεν η εν λόγω απαιτούμενη αυτονομία δεν αποκλείει το δικαίωμα των επιχειρηματιών να προσαρμόζονται επιτηδείως στη διαπιστούμενη ή αναμενομένη συμπεριφορά των ανταγωνιστών τους, πλην όμως, απαγορεύει αυστηρώς κάθε άμεση ή έμμεση επαφή μεταξύ των επιχειρηματιών αυτών, η οποία θα ήταν ικανή είτε να επηρεάσει τη συμπεριφορά ενός υπαρκτού ή δυνητικού ανταγωνιστή στην αγορά, είτε να αποκαλύψει σε έναν τέτοιο ανταγωνιστή τη συμπεριφορά που προτίθενται να ακολουθήσουν έναντι αυτού, οσάκις οι εν λόγω επαφές έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τη δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού μη ανταποκρινόμενων στις κανονικές συνθήκες της επίδικης αγοράς, λαμβανομένων υπόψη της φύσεως των προϊόντων ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, της σπουδαιότητας και του αριθμού των επιχειρήσεων και του όγκου της συγκεκριμένης αγοράς (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 174, Züchner, σκέψη 14, και Deere κατά Επιτροπής, σκέψη 87)».

Με άλλη διατύπωση μια αποτελεσματικό, ανόθευτη ανταγωνιστική διαδικασία, ήτοι ελεύθερη από περιορισμούς του ανταγωνισμού, ερείδεται στην ασύμμετρη και περιορισμένη πληροφόρηση των ανταγωνιστών του ενός για τον άλλο και για την θέση τους στην αγορά<sup>94</sup>.

6. Πρακτικές συνέπειες της μυστικότητας του ανταγωνισμού στους δημόσιους διαγωνισμούς

Μια επιχείρηση μπορεί να συμμετάσχει σε μια κοινοπραξία, η οποία και συμμετέχει σε έναν δημόσιο διαγωνισμό.

Πρόβλημα υπό το φώς του (μυστικού) ανταγωνισμού αποτελεί η περίπτωση όπου μια επιχείρηση συμμετέχει με δύο παράλληλες προσφορές στον διαγωνισμό, λχ από τη μια μεριά ως μέρος μιας κοινοπραξίας και από την άλλη ατομικά<sup>95</sup>. Μία τέτοια πρακτική αντιβαίνει από μόνη της στην αρχή του (μυστικού) ανταγωνισμού<sup>96</sup>, δεδομένου ότι σε έναν δημόσιο διαγωνισμό συμβατό με την αρχή του ανταγωνισμού κάθε συμμετέχουσα επιχείρηση γνωρίζει μόνον την δική της προσφορά. Υπάρχει δηλ. αυτόνομος καθορισμός της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, ο οποίος εν προκειμένω αίρεται ως προς τη σχέση της ατομικά συμμετέχουσας επιχείρησης και της ίδιας, ως μέλους της επίσης διαγωνιζόμενης και ανταγωνιστικής κοινοπραξίας. Εξ αυτού συνάγεται ότι βασικό χαρακτηριστικό κάθε δημοσίου διαγωνισμού είναι ότι οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις υποβάλλουν την προσφορά τους εν αγνοία των προσφορών των άλλων<sup>97</sup>. Δια αυτού εξασφαλίζεται ότι οι επιχειρήσεις λόγω της υπάρχουσας ανταγωνιστικής πίεσης θα προσφέρουν την οικονομικότερη προσφορά.

<sup>92</sup> ΔΕΚ αποφ. από 23.11.06, υποθ. C-298/05 σκέψη 52 Asnef-Equifax, το ίδιο και αποφ. από 4.6.2009, υποθ C-08/2008, T-Mobile σκέψη 32.

<sup>93</sup> Αποφ. από 4.6.2009, υποθ. C-08/2009, σκέψη 33.

<sup>94</sup> Bultmann 88.

<sup>95</sup> Από άποψη εταιρικού δικαίου λόγω της φύσης της κοινοπραξίας ως προσωπική εταιρία επεμβαίνει το άρθρο 747 ΑΚ (απαγόρευση ανταγωνισμού), διάταξη, η οποία όμως είναι ενδοτικού δικαίου για τα εταιρικά μέλη.

<sup>96</sup> Γέροντας 353, Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg), GWB, §97 Rdn 24, Bungenberg σε Loewenheim/Mees/Riesenkampff, Kartellrecht, §97 Rdn 10, Egger, Europäisches Vergaberecht Rdn 875, Frenz, Handbuch Europarecht Bd 3, Rdn 2806, Lux 142.

Αν όμως μια συμμετέχουσα επιχείρηση γνωρίζει την προσφορά ανταγωνιστή της, είναι προφανές ότι θα προσανατολίσει μη αυτόνομα την δική της προσφορά του προς τα γνωστά σε αυτήν τεχνικά και κυρίως οικονομικά δεδομένα, ιδίως την τιμή. Ως εκ τούτου συντρέχει διπλός περιορισμός του ανταγωνισμού, τόσο στο επίπεδο της τιμής όσο και της ανταλλαγής πληροφοριών.

Εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι ο περιορισμός αυτός του ανταγωνισμού εκλείπει όταν υπάρχει πραγματική συμμετοχή της ίδιας επιχείρησης ως υποεργολάβος περισσότερων ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων<sup>98</sup> ή όταν η ατομικώς συμμετέχουσα ανταγωνίζεται άλλη προσφέρουσα επιχείρηση που ανήκει στον ίδιο οικονομικό όμιλο<sup>99</sup>.

Άλλο φυσικό επακόλουθο της αρχής του μυστικού ανταγωνισμού αποτελεί η αρχή της μυστικότητας των προσφορών.

Εξ αυτής απορρέει και η αρχή της ταυτόχρονης αποσφράγισης αλλά και η απαγόρευση τροποποίησης των προσφορών μετά την λήξη της προθεσμίας<sup>100</sup>, όπως και η απαγόρευση ex post, μετά την κατακύρωση, διαπραγματεύσεων<sup>101</sup>.

#### 7. Εμπλοκή του Δημοσίου ως αναθέτουσα αρχή σε ενδεχόμενη ανταλλαγή πληροφοριών

Αυτή η απαγόρευση περιορισμού του μυστικού ανταγωνισμού εξακολουθεί να ισχύει ακόμα και αν το Δημόσιο, ως αναθέτουσα αρχή ή υπό άλλη ιδιότητα εμπλέκεται, ενθαρρύνει ή διευκολύνει τέτοιες ανταλλαγές πληροφοριών. Πρόκειται για την έμμεση ανταλλαγή πληροφοριών υπό την έννοια της απόφασης T-Mobile.<sup>102</sup> Μια τέτοια ενέργεια κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΚ συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού (απόφαση Van Eycke, πάγια νομολογία)<sup>103</sup> (άρθρο 106 παραγρ.1, πρώην 86 παραγρ. 1)<sup>104</sup> όταν:

- (i). Ένα κράτος μέλος υπαγορεύει την σύμπραξη ή εναρμονισμένη πρακτική, λχ εξαναγκάζει τις επιχειρήσεις να συμπράξουν ή να συμμετάσχουν σε μια συμφωνία περιορισμού του ανταγωνισμού

<sup>97</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht Rdn 875, Bungenberg σε Loewenheim/Mees/Riesenkampf, Kartellrecht §97, Rdn 10, Lux, 142, Οικονόμου 296.

<sup>98</sup> Βλ. για την υπεργολαβία Οικονόμου 232 επ.

<sup>99</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht Rdn 875 και Οικονόμου 232 επ. Βλ. σχετικά και την αποφ. ΔΕΚ από 12.5.2009 υπόθ. C-538/07 Assitur σκέψεις 26 επ. με την οποία θεώρησε ότι αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας το αμάχητο τεκμήριο ότι με τη συμμετοχή συνδεδεμένων επιχειρήσεων νοθεύεται άνευ άλλου τινός ο ανταγωνισμός, πρβλ. και Οικονόμου 195 επ. Αντίθετος Γέροντας 352 που θεωρεί ότι η συμμετοχή δύο θυγατρικών επιχειρήσεων στο διαγωνισμό, επιδρά περιοριστικά.

<sup>100</sup> Γέροντας 352.

<sup>101</sup> Dreher σε Immenga/Mestmaecker (Hrsg), GWB, §97 Rdn 32, Bungenberg σε Loewenheim/Mees/Riesenkampf, Kartellrecht, §97 Rdn 10.

<sup>102</sup> Σκέψη 33.

<sup>103</sup> Αποφ. από 21.99.1988, Συλλ. 1985, 32 σκέψη 16, πάγια νομολογία,.

<sup>104</sup> Για τη διάταξη αυτή Μαρίνος, ΝοΒ 2011/3, Γιαννακόπουλος 303 επ., ως προς την εφαρμογή της στο πλαίσιο των διατάξεων για τις δημόσιες προμήθειες, Συνοδινός 149 επ., Πούλιου 337 επ.

- (ii) διευκολύνει ή ενθαρρύνει συμπράξεις ή εναρμονισμένες πρακτικές
- (iii) ενισχύει την επενέργειά τους στην αγορά, λχ εγκρίνοντας προαποφασισθείσες από τις επιχειρήσεις τιμές ή επιβάλλοντας την ανταλλαγή εμπιστευτικών για τον ανταγωνισμό στοιχείων (τιμές, ποσότητες, επενδύσεις κλπ). Η ενθάρρυνση περιλαμβάνει κρατικές ενέργειες, οι οποίες αναλαμβάνουν τα στοιχεία μιας περιοριστικής του ανταγωνισμού συμβάσεως μεταξύ ιδιωτικών επιχειρήσεων (συμφωνία τιμολογίων στις αεροπορικές μεταφορές)<sup>105</sup>, προσδίδουν στην καρτελική σύμπραξη διαρκή χαρακτήρα και σε περίπτωση παραβάσεως προβλέπουν κυρώσεις<sup>106</sup>. Γενικά εδώ υπάγεται κάθε ενέργεια με την οποία προσδίδεται μια νομιμότητα σε πρακτικές των επιχειρήσεων αντίθετες προς τους κανόνες ανταγωνισμού<sup>107</sup>.

Υπενθυμίζεται εξάλλου ότι στο πραγματικό του άρθρου 86 παραγρ.1 (πλέον 106 παραγρ. 1 ΣΛΕΕ) περιλαμβάνεται και η επέκταση της δεσπόζουσας θέσεως επιχειρήσεως εξοπλισμένης με αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα σε γειτονικές αγορές. Το ΔΕΚ έχει δεχθεί σε μια σειρά αποφάσεων του με πρώτη την απόφαση RTT<sup>108</sup> ότι συντρέχει παράβαση του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, όταν η δημόσια επιχείρηση επεκτείνει τη μονοπωλιακή θέση της σε γειτονικές αγορές ή περιορίζει τον ανταγωνισμό σε αυτές, Ως εκ τούτου, όπως παρατηρείται, δεν αποκλείεται η τροποποίηση των αρχικών όρων εκτελέσεως ή της διάρκειας μιας συμβάσεως παραχωρήσεως να συνδέεται αιτιωδώς με μια τέτοια ανεπίτρεπτη επέκταση των αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων, έτσι ώστε να εμπίπτει στο πραγματικό του άρθρου 86 παραγρ.1 (πλέον 106 ΣΛΕΕ) σε σύνδεση με το άρθρο 82 (πλέον 102 ΣΛΕΕ)<sup>109</sup>.

## VII. Ο ανταγωνισμός μεταξύ συμμετεχόντων ελεύθερος από περιοριστικές του ανταγωνισμού συμπράξεις

Συμφωνίες μεταξύ των συμμετεχόντων σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων να υποβάλλουν προσφορά με τα αυτά οικονομικά δεδομένα ή με μικρές αποκλίσεις, με τους ίδιους ή διαφορετικούς όρους προσφοράς, να συμμετάσχουν ή να μη συμμετάσχουν σε έναν δημόσιο διαγωνισμό απαγορεύονται ήδη κατά το ελληνικό και κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού (άρθρο 1 παραγρ.1 ν. 703/1977 και άρθρο 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ). Στην απλούστερη μορφή τους μερίζεται η αγορά ή συμφωνείται μια «εναλλαγή» (rotation) στην υποβολή προσφορών, ενώ σε μια προχωρημένη

<sup>105</sup> Αποφ. από 17.11.1993, υποθ. C-2/91 Meng, Συλλ. 1993, 5751 σκέψη 19.

<sup>106</sup> Αποφ. από 1.10.1985, υποθ. C 311/85 Vlaamsee Reisbureaus, Συλλ. 1987, 3801 σκέψη 23.

<sup>107</sup> von der Esch, Die Art. 5, 3f, 85/85 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerblichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, ZHR 155(1991), 278.

<sup>108</sup> Υποθ. C-18/88, Συλλ. 1991, I -5941. ΔΕΚ υποθ. C-41/90 Hoefner, Συλλ. 1991, I-1979 σκέψη 34, , υποθ. C-475/99 Ambulanz Gloeckner, Συλλ. 2001, I-8089, σκέψη 91, Buendia Sierra σε Faull & Nickpay, The EC Law of Competition, London 2007, 6.71 επ., Mestmaecker/Schweitzer, Europaeisches Wettbewerbsrecht 867.

<sup>109</sup> Γιαννακόπουλος 513. Αναλυτικά για την περιπτώσιολογία Μαρίνος, Κρατικοί περιορισμοί του ανταγωνισμού με κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως δημόσιας επιχείρησης ή επιχείρησης εξοπλισμένες με αποκλειστικά ή ιδιαίτερα δικαιώματα - Μια κριτική ανάλυση της κοινοτικής νομολογίας, NoB 2011/3...

μορφή μέσω εικονικών προσφορών εξασφαλίζει στα μέρη της σύμπραξης έσοδα από την καρτελική αυτή συμπεριφορά<sup>110</sup>, χωρίς να ενδιαφέρει η κατακύρωση του διαγωνισμού (panthom binding).

Έχουν ως κύριο στόχο ή αποτέλεσμα την αύξηση των τιμών. Νοθεύουν τον ανταγωνισμό μέσω του τεχνητού περιορισμού των συμμετεχόντων στον συγκεκριμένο δημόσιο διαγωνισμό (διοχέτευση των διαφορετικών προσφορών μέσω της σύμπραξης σε περιοριστικές του ανταγωνισμού κοινοπραξίες ή συμφωνίες που περιορίζουν το περιεχόμενο των προσφορών μέσω προσβολής του μυστικού ανταγωνισμού, λχ συμφωνίες ανταλλαγής των τεχνικών και οικονομικών στοιχείων ενός διαγωνισμού<sup>111</sup> με αποτέλεσμα την υποβολή εικονικών προσφορών<sup>112</sup>. Κοινός παρονομαστής τους είναι ότι η υποβολή της προσφοράς του συμμετέχοντα ή των συμμετεχόντων απορρέει από μια απαγορευμένη κατά το δίκαιο του ανταγωνισμού συμφωνία και όχι αυτόνομα· υπάρχει δηλ. αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της συμφωνίας, άκυρης κατά το άρθρο 1 παραγρ.1 ν. 703, άρθρο 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ) και της υποβαλλόμενης προσφοράς.

Εξ αυτού συνάγεται ότι συμφωνίες ή πρακτικές πριν, κατά τη διάρκεια ή και μετά το πέρας ενός δημοσίου διαγωνισμού μεταξύ συμμετεχόντων να ανταλλάσσουν τις προσφορές τους που έχουν υποβάλει σε δημόσιο διαγωνισμό, εμπίπτουν άνευ άλλου στην απαγόρευση του άρθρου 1 παραγρ.1 και 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ. Υπό το πρίσμα αυτό, ακόμα και αν υπάρχει συναίνεση ενός εξ αυτών σύμφωνα με την Οδηγία 2004/18, η συναίνεση αυτή είναι άκυρη. Και τούτο, διότι η απαγόρευση ανταλλαγής πληροφοριών δεν εξυπηρετεί μόνον ιδιωτικά συμφέροντα αλλά πρωτίστως και κυρίως το θεσμό του ανταγωνισμού, και μάλιστα θεσμού εντόνως δημοσίας τάξης, όπως συνάγεται από την πάγια πλέον νομολογία του ΔΕΚ<sup>113</sup>. Η επιφύλαξη της Οδηγίας 2004/18 στο άρθρο 6 θα πρέπει να ερμηνευθεί υπό το φως του υπέρτερου πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, το οποίο εφαρμόζεται συμπληρωματικά.

VIII. Εφαρμογή του άρθρου 1 παραγρ.1 ν. 703/1977 ή του άρθρου 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ στην σχέση αναθέτουσας αρχής και επιχείρησης

Η καταρχήν εφαρμογή του άρθρου 1 παραγρ.1 ν. 703 ή του άρθρου 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ θα πρέπει να γίνει δεκτή και στις περιπτώσεις, όπου η αναθέτουσα αρχή, εφόσον μπορεί να χαρακτηριστεί ως επιχείρηση κατά την έννοια του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, συνάπτει μέσω δημοσίου διαγωνισμού μια μακρόχρονη αποκλειστική σύμβαση με μια ιδιωτική επιχείρηση, με αποτέλεσμα να «κλείνει» ο ανταγωνισμός για το συγκεκριμένο προϊόν ή υπηρεσία<sup>114</sup>, κίνδυνος που φαίνεται να παρουσιάζεται ιδίως στις συμβάσεις πλαίσιο. Ναι μεν η κοινοτική και

<sup>110</sup> Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb 127.

<sup>111</sup> Janssen, Wettbewerbsbeschränkende Abreden im Vergabeverfahren, WuW 2005, 502, Lux 57 επ.

<sup>112</sup> Πρβλ. και Γέροντα 344 και Πούλιου 324 επ. και την απόφαση της ΕΑ Agfa 62/1988, η οποία αφορούσε κατανομή της αγοράς νοσοκομείων, για άλλες περιπτώσεις στην γαλλική νομολογία Οικονόμου 204 επ. βλ. και Τέτοκα, ΝοΒ 2001, 1789 επ.

<sup>113</sup> Απόφαση ΔΕΚ από 20.9.2001, υποθ. C-453/1999, ΔΕΕ 2002, 183 με παρατηρ. Μαρίνου, αποφ. από 13.7.2006, υποθ. C-298/04 Manfredi, ΧρΙΔ 2006, 827 επ., με παρατηρ. Μαρίνου.

<sup>114</sup> Mestmaecker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht 927.

εθνική νομοθεσία (άρθρο 28 ΠΔ 60/2007, άρθρο 32 Οδηγίας 2004/18) προβλέπουν μια ανώτατη διάρκεια των συμφωνιών πλαίσιο τεσσάρων ετών, αλλά αυτό υπό την προϋπόθεση που αυτή η συμφωνία δεν «εμποδίζει, περιορίζει ή νοθεύει τον ανταγωνισμό», πράγμα που δύναται να συντρέχει με βάση τη δομή της αγοράς για μια τετραετή συμφωνία<sup>115</sup>.

## IX. Συμπεράσματα

1. Η έννοια του πραγματικού ή αποτελεσματικού ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών περικλείει αυτονοήτως και την προστασία του μυστικού ανταγωνισμού. Αυτός προστατεύεται τόσο από την ειδική αυτή νομοθεσία όσο και από το γενικό δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. Δίκαιο δημοσίων διαγωνισμών και δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού βαίνουν παράλληλα ως προς την κανονιστική εμβέλεια και εφαρμογή τους στο σημείο αυτό.

2. Η ανταλλαγή εμπιστευτικών πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστών, οι οποίες δύνανται να ταυτοποιηθούν, ήτοι να αποδοθούν σε έναν συμμετέχοντα λόγω της δομής της αγοράς ή της φύσης της διαδικασίας (λχ. κλειστός διαγωνισμός), συνιστά πλέον αυτόνομο περιορισμό του ανταγωνισμού, απαγορευμένο κατά το εθνικό και το κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού (άρθρο 1 παραγρ.1 ν. 703/1977 και άρθρο 81 παραγρ. ΣυνθΕΚ [πλέον 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ]).

3. Η εμπιστευτικότητα από ανταγωνιστική άποψη ευαίσθητων στοιχείων επιδιώκει όχι μόνον την λειτουργία του ανταγωνισμού αλλά και την εξασφάλιση ισότητας συνθηκών ανταγωνισμού, ήτοι υπό καθεστώς ανασφάλειας, ενώ δρα προληπτικά, αποτρέποντας ανταλλαγές στοιχείων σε βάρος του αναδόχου- δημοσίου. Έχει απολύτως θετική λειτουργία, ενισχύοντας τον ανταγωνισμό.

4. Η προστασία της εμπιστευτικότητας καλύπτει την τεχνική και οικονομική προσφορά κάθε προσφέροντα. Η προστασία αυτή απορρέει από την απαγόρευση ανταλλαγής εμπιστευτικών πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστών, είτε είναι άμεση είτε έμμεση μέσω της αναθέτουσας αρχής. Η υποχρέωση δίκαιης δίκης σταθμίζεται κάθε φορά με την υποχρέωση προστασίας των επιχειρηματικών απορρήτων, η οποία απορρέει από την ίδια την αρχή προστασίας του ανταγωνισμού.

5. Αν γίνεται ανταλλαγή πληροφοριών με συμφωνία των μερών-διαγωνιζομένων, η συμφωνία αυτή είναι άκυρη. Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αποκλείσει από την διαδικασία του ανταγωνισμού τους συμμετέχοντες<sup>116</sup>. Πρόκειται για έννομη συνέπεια η οποία συνάγεται και από το άρθρο 2 ν. 3886/2010. Η παράβαση διατάξεων του δικαίου του ανταγωνισμού (εθνικού και κοινοτικού) οδηγεί μεταξύ άλλων στην ακύρωση της παράνομης πράξης της αναθέτουσας αρχής<sup>117</sup>.

6. Η συμπεριφορά των επιχειρήσεων («συμπαιγνία με εικονικές προσφορές») επισύρει τις αστικές, διοικητικές και ποινικές κυρώσεις του ν. 703/1977, μεταξύ άλλων ακυρότητα της σχετικής συμφωνίας των συμμετεχουσών επιχειρήσεων,

<sup>115</sup> Πρβλ. για τις αρνητικές συνέπειες μιας μεγάλης διάρκειας τέτοιων συμβάσεων-πλαίσιο στον ανταγωνισμό Segeth, Rahmenvereinbarungen, Baden Baden 2010, 2156 επ.

<sup>116</sup> Οικονόμου 100, Bungenberg σε Loewenheim/Mees/Riesenkampff, Kartellrecht, §97 Rdn 10.

<sup>117</sup> Πρβλ. και άρθρο 7 ν.3886/2010 και Οικονόμου 112.

διοικητικές κυρώσεις (πρόστιμο) και ποινικές κυρώσεις (άρθρα 1 παραγρ.2 , άρθρα 28 επ. ν. 703/1977).

7. Η συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει, έστω με τη συναίνεση προσφέροντος ανταγωνιζόμενου και ανταγωνιστή απόρρητα στοιχεία σε τρίτον είτε αυτή συμμετέχει στο διαγωνισμό είτε κατά μείζονα λόγο είναι εκτός αυτού, αντιβαίνει στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. (άρθρο 1 παραγρ.1, άρθρο 101 παραγρ.1 ΣΛΕΕ) και ενδεχομένως στο άρθρο 106 παραγρ.1 ΣΛΕΕ, συνιστώντας έμμεση ανταλλαγή ευαίσθητων για τον ανταγωνισμό πληροφοριών.

8. Αν η αναθέτουσα αρχή είναι δημόσια επιχείρηση με δεσπύουσα θέση, τότε η συμπεριφορά αυτή ενδέχεται να αποτελεί κατάχρηση της δεσπύουσας θέσης της. Ενδέχεται μάλιστα να πληρούται και το πραγματικό του άρθρου 106 παραγρ.1 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρου 86 ΣυνθΕΚ).