

ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ
ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΑΠΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ
ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Αρ. Υπόθεσης: 2/22

Μεταξύ:

Υπουργείου Παιδείας, Πολιτισμού, Αθλητισμού και Νεολαίας (Τεχνικές
Υπηρεσίες)

Αναθέτουσας Αρχής

-και-

Κ.Α. ΚΥΡΙΑΝΟΥ INSTALL & CONSTRUCTION LTD

Οικονομικού Φορέα

Ημερομηνία: 24 Οκτωβρίου, 2022

Επιτροπή Αποκλεισμού:

- κ. Χάρης Σολομωνίδης – Πρόεδρος
- κ. Ανδρέας Αγρότης – Μέλος
- κ. Παναγιώτης Χατζηδημητρίου - Μέλος

Εμφανίσεις:

Για την Αναθέτουσα Αρχή: κα Μαρία Κελεπέσιη, δικηγόρος στη Νομική Υπηρεσία της Δημοκρατίας μαζί με την κα Σταυρούλλα Τουμάζου, Πολιτικό Μηχανικό στην Αναθέτουσα Αρχή.

Για τον Οικονομικό Φορέα: κα Θεογνωσία Κουσπή, δικηγόρος μαζί με τον κ. Κυριάκο Κυπριανού, Διευθύνοντα Σύμβουλο του Οικονομικού Φορέα.

Παρούσα η κα Άντρη Παναγή, Γραμματέας της Επιτροπής Αποκλεισμού.

Επιτροπή: Την ομόφωνη απόφαση θα δώσει ο κ. Χάρης Σολομωνίδης, Πρόεδρος.

ΑΠΟΦΑΣΗ

Χ. Σολομωνίδης, Π: Με επιστολή της ημερομηνίας 11.05.2022, η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται όπως η Επιτροπή Αποκλεισμού εξετάσει το ενδεχόμενο αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Το αίτημα έχει ως νομικό έρεισμα τον Κανονισμό 37(1)(β) των περί της Διαχείρισης της Εκτέλεσης Δημοσίων Συμβάσεων και των Διαδικασιών Αποκλεισμού των Οικονομικών Φορέων από Διαδικασίες Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Κανονισμών του 2016 (ΚΔΠ 138/2016) (στη συνέχεια «οι Κανονισμοί»).

Τα γεγονότα της υπόθεσης, όπως τα εξέθεσε ενώπιόν μας η Αναθέτουσα Αρχή, έχουν ως ακολούθως:

Στις 18.02.2021 υπογράφηκε Συμβόλαιο (Αρ. Διαγωνισμού Τ.Υ.117/2021) μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του Οικονομικού Φορέα για την κατασκευή, μεταφορά και τοποθέτηση προκατασκευασμένων αιθουσών σε σχολικές μονάδες Παγκύπρια.

Στο αρχικό στάδιο του έργου με επιστολή της ημερομηνίας 12.03.2021 η Αναθέτουσα Αρχή επισήμανε στον Οικονομικό Φορέα ότι η υποχρέωσή του που πηγάζει από το συμβόλαιο για έγκαιρη παράδοση των πρώτων επτά προκατασκευασμένων αιθουσών στο Β' Δημοτικό Σχολείο Λατσιών και τεσσάρων στο Γυμνάσιο Δροσιάς, είναι πάρα πολύ σημαντική, για να μην επηρεασθεί η ομαλή λειτουργία των πιο πάνω αναφερόμενων σχολείων και τον κάλεσε να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα ώστε να συμμορφωθεί με τον χρόνο παράδοσής τους.

Ο Οικονομικός Φορέας κλήθηκε επανειλημμένα να υποβάλει λεπτομερές πρόγραμμα εκτέλεσης εργασιών, κατασκευαστικά σχέδια, προδιαγραφές και τεχνικούς ελέγχους υλικών και όλα τα πιστοποιητικά που απαιτούνται βάσει των συμβατικών του υποχρεώσεων.

Το πρόγραμμα εργασιών υποβλήθηκε καθυστερημένα στις 31/3/2021 με πολλές ελλείψεις και ατέλειες χωρίς να καθορίζονται οι ημερομηνίες παράδοσης των τελευταίων 2 από τις 11 πρώτες αίθουσες στα 2 σχολεία, χωρίς να αναφέρονται οι επιμέρους εργασίες και χωρίς να συνάδει με το χρόνο παράδοσης των πρώτων 11 αιθουσών. Το πρόγραμμα δεν έγινε αποδεκτό και με επιστολή της η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε από τον Οικονομικό Φορέα να συμπληρώσει το πρόγραμμα. Αυτό δεν επαναυποβλήθηκε.

Μέχρι τις 22/4/2021 δεν είχε εκτελεσθεί οποιαδήποτε εργασία στο εργοτάξιο και η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε κληθεί για οποιαδήποτε επίβλεψη. Στάληκε προειδοποιητική επιστολή ώστε να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα για κατασκευή και έγκαιρη παράδοση των αιθουσών στα 2 πρώτα σχολεία.

Σύμφωνα με τα πιο πάνω, διαφαινόταν ότι η παράδοση των 11 αιθουσών στο Β΄ Δημοτικό Σχολείο Λατσιών και στο Γυμνάσιο Δροσιάς δεν θα ήταν έγκαιρη με αποτέλεσμα να επηρεασθεί η ομαλή λειτουργία των σχολείων και να δημιουργηθούν προβλήματα σε άλλα συμβόλαια κατασκευής έργων σε αυτά τα σχολεία.

Ως εκ τούτου η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε να γίνουν άλλες διευθετήσεις για την προμήθεια προκατασκευασμένων αιθουσών στα πιο πάνω σχολεία.

Ο Οικονομικός Φορέας δεν υπέβαλε έγκαιρα, ως όφειλε, όλα τα πιστοποιητικά, δοκιμές, κατασκευαστικά σχέδια και προδιαγραφές υλικών. Κάποια από αυτά δεν ήταν αποδεκτά και δεν υποβλήθηκαν άλλα εκ νέου για εξέτασή τους.

Μετά την λήξη της προθεσμίας (3/6/2022) παράδοσης των πρώτων 11 προκατασκευασμένων αιθουσών και πάλι αποστάληκε στον Οικονομικό Φορέα προειδοποιητική επιστολή με ημερομηνία 10/6/2022, για να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα παράδοσης των αιθουσών.

Ο Οικονομικός Φορέας δεν εκτελούσε τις εργασίες σύμφωνα με τις πρόνοιες του συμβολαίου και δεν συμμορφωνόταν με τις οδηγίες του Επιβλέποντα Μηχανικού. Ζητήθηκε από τον Οικονομικό Φορέα, όπως (α) υποβάλει πρόγραμμα κατασκευής και εγκατάστασης της κάθε αίθουσας και (β) οι αίθουσες πριν την μεταφορά τους να ολοκληρώνονται στο εργοτάξιο και να καλεί την Αναθέτουσα Αρχή να τις επιβλέπει, να τις ελέγχει, να εγκρίνονται από αυτή και μετά να μεταφέρονται στους προορισμούς τους. Ο Οικονομικός Φορέας σε καμία περίπτωση δεν ανταποκρίθηκε σ' αυτή την οδηγία.

Υποβλήθηκε αίτημα του Οικονομικού Φορέα για παράταση χρόνου λόγω ασθενείας του προσωπικού από κορονοϊό, χωρίς οικονομικές απαιτήσεις. Το αίτημα εξετάστηκε από την Τμηματική Επιτροπή Αλλαγών και Απαιτήσεων με εισήγηση από τη συντονίστρια του έργου όπως παραχωρηθεί η ζητούμενη παράταση χρόνου 15 ημερών. Η παράταση χρόνου έτυχε έγκρισης χωρίς οικονομικές απαιτήσεις.

Η 1η αίθουσα μεταφέρθηκε στο Δημοτικό Σχολείο Ψημολόφου στις 5/8/2021 σε 2 τμήματα και δεν συναρμολογήθηκε σε εύλογο χρονικό διάστημα. Και όταν συναρμολογήθηκε και επιθεωρήθηκε στις 27/9/2021 δεν ήταν σε κατάσταση παραλαβής. Δεν είχε ολοκληρωθεί η ηλεκτρολογική εγκατάσταση, το πλαστικό δάπεδο, οι εξαερισμοί σε ταβάνι και τοίχους. Γενικά δεν υπήρχε συμμόρφωση με τις πρόνοιες του συμβολαίου.

Ο Οικονομικός Φορέας από τις 5/9/2021 μέχρι 9/9/2021 μετέφερε στο Γαλλοκυπριακό Σχολείο 5 προκατασκευασμένες αίθουσες, Από επιθεώρηση που έγινε, διαπιστώθηκαν πολλές παραλείψεις, ατέλειες, ελαττώματα και μη συμμόρφωση σε οδηγίες της ομάδας επίβλεψης.

Στις 09/10/2021 ο Οικονομικός Φορέας επιχείρησε την μεταφορά των αιθουσών στον χώρο που του υποδείχθηκε διαμέσου υφιστάμενου στεγάστρου δίπλα από το κυλικείο. Δεν του επιτράπηκε όμως η εγκατάσταση από την Σχολική Εφορεία για λόγους ασφαλείας, επειδή υπήρχε κίνδυνος πρόσκρουσης των τμημάτων των αιθουσών στο στέγαστρο με δυσάρεστες συνέπειες όπως παραμόρφωση ή κατάρρευση του στεγάστρου. Έτσι δυο τμήματα μια προκατασκευασμένης αίθουσας αφέθηκαν στον χώρο στάθμευσης.

Στις 11/10/2021 αποστάληκε επιστολή προς τον Οικονομικό Φορέα να μεταφέρει τις προκατασκευασμένες αίθουσες με περισσότερη ασφάλεια δια μέσου του γηπέδου, όπου απαιτείται η χρήση γερανού αντί 2 forklift που υπολόγιζε ο Οικονομικός Φορέας. Σε απαντητική επιστολή του ο Οικονομικός Φορέας διαφώνησε με την παρεμπόδιση του και την αλλαγή του τρόπου εγκατάστασης των αιθουσών στην θέση τους και απαίτησε την πληρωμή του για το πρόσθετο κόστος που επωμίσθηκε και χρόνο παράτασης 15 ημερών χωρίς οικονομικές απαιτήσεις. Το αίτημα εξετάστηκε από την Τμηματική Επιτροπή Αλλαγών και Απαιτήσεων με εισήγηση από τη συντονίστρια του έργου όπως παραχωρηθεί επιπρόσθετο ποσό και η ζητούμενη παράταση χρόνου 15 ημερών. Η παράταση χρόνου έτυχε έγκρισης χωρίς οικονομικές απαιτήσεις.

Συνολικά ο Οικονομικός Φορέας κατασκεύασε και εγκατέστησε 8 προκατασκευασμένες αίθουσες οι οποίες μεταφέρθηκαν στο Δημοτικό Σχολείο Ψημολόφου, στο Γαλλοκυπριακό Σχολείο και στο Λύκειο Ιδαλίου. Όλες οι αίθουσες έχουν πολλές ελλείψεις, ατέλειες και ελαττώματα για τα οποία ο Οικονομικός Φορέας παρέλειψε να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα επιδιόρθωσης τους μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα παρ' όλο ότι επανειλημμένα κλήθηκε να το πράξει.

Μετά από επανειλημμένες προειδοποιήσεις (επιστολές 12/10/2021 & 10/11/2021) στις οποίες ο Οικονομικός Φορέας δεν ανταποκρίθηκε, στις 11 Νοεμβρίου 2021 στάληκε στον Οικονομικό Φορέα διπλοσυστημένη γραπτή προειδοποίηση για λύση της εργοδότησης.

Στις 25/11/2021 η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε στη λύση της εργοδότησης του Οικονομικού Φορέα. Σημειώνεται ότι κατά τη λύσης εργοδότησης ο Οικονομικός Φορέας παρευρέθηκε μόνο στο χώρο του Γαλλοκυπριακού Σχολείου και όχι στο Δημοτικό Σχολείο Ψημολόφου και στο Λύκειο Ιδαλίου.

Στις 7/12/2021 αποστάληκε στον Οικονομικό Φορέα επιστολή με την καταγραφή των εργασιών, αστοχιών, ελαττωμάτων, βλαβών και ελλείψεων των προκατασκευασμένων αιθουσών και στη συνέχεια στις 8/12/2021 αποστάληκε με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο φωτογραφικό υλικό που αφορούσε την κατάσταση των προκατασκευασμένων αιθουσών κατά την ημέρα της λύσης εργοδότησης.

Μετά τη λύση της εργοδότησης η Αναθέτουσα Αρχή ανέθεσε σε ανεξάρτητο διαπιστευμένο εργαστήριο ποιοτικού ελέγχου τον έλεγχο με μη καταστρεπτικές μεθόδους διαφόρων υλικών των αιθουσών. Οι έλεγχοι κατέδειξαν ανεπάρκεια στα υλικά που χρησιμοποιήθηκαν για την κατασκευή των αιθουσών. Ο Οικονομικός Φορέας ενημερώθηκε γραπτώς για τα αποτελέσματα των ελέγχων.

Η επιδιόρθωση των ελαττωμάτων και παραλείψεων θα ανατεθεί σε άλλους σύμφωνα με τις νενομισμένες διαδικασίες μετά το κλείσιμο των σχολείων για να μην δημιουργηθεί παρενόχληση κατά την λειτουργία τους.

Με βάση τα πιο πάνω γεγονότα, είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο Οικονομικός Φορέας, διέπραξε σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιωδών απαιτήσεων του Συμβολαίου.

Καταληκτικά, είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να αποκλειστεί οριζοντίως από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κανονισμού 37(2)(β) των Κανονισμών.

Προς υποστήριξη της θέσης της η συνήγορος της Αναθέτουσας Αρχής παρέπεμψε την Επιτροπή Αποκλεισμού σε σχετική επί του θέματος νομολογία.

Ο Οικονομικός Φορέας παραδέχεται τις κακοτεχνίες και τις καθυστερήσεις στην εκτέλεση του έργου, όχι όμως στο βαθμό και την έκταση που ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή. Ο Οικονομικός Φορέας αμφισβητεί τον υπολογισθέντα αριθμό ημερών καθυστέρησης, λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι η Αναθέτουσα Αρχή, μετά από υποβολή σχετικού αιτήματος από τον Οικονομικό Φορέα, ενέκρινε παράταση διάρκειας 15 ημερών σε δύο περιπτώσεις χωρίς οικονομικές απαιτήσεις καθότι το προσωπικό του Οικονομικού Φορέα που εργαζόταν στο εργοτάξιο ήταν εξ ανάγκης μειωμένο λόγω σημαντικών απουσιών τεχνικού προσωπικού εξαιτίας κρουσμάτων με τον ιό Covid – 19. Επίσης, ο Οικονομικός Φορέας εξέφρασε την πρόθεση του να καταβάλει σχετική αποζημίωση προς αποκατάσταση της ζημίας της Αναθέτουσας Αρχής πλην όμως η τελευταία αρνήθηκε να την αποδεχθεί καθότι η ζημιά που υπέστη ήταν πολύ μεγαλύτερη και δεν είχε υπολογιστεί επακριβώς μέχρι τότε.

Ισχυρίστηκε ακόμα ο Οικονομικός Φορέας ότι τους τελευταίους μήνες έχει προχωρήσει στην πρόσληψη προσθετού προσωπικού και προτίθεται να αυξήσει περαιτέρω το προσωπικό του ώστε να μην παρουσιάζονται προβλήματα κατά την διεκπεραίωση των συμβάσεων που έχει αναλάβει και να μην σημειώνονται καθυστερήσεις.

Δήλωσε επίσης ότι τα τελευταία χρόνια έχει αναλάβει και εκτελέσει επιτυχώς αριθμό άλλων δημοσίων συμβάσεων.

Κατά τον Οικονομικό Φορέα η καθυστέρηση στην διεκπεραίωση των εργασιών και στη μη ολοκλήρωση της συμβάσης δεν οφειλόταν σε ηθελημένη ή παραπταματική συμπεριφορά του ίδιου αλλά στη μείωση του προσωπικού του λόγω του ιού COVID – 19.

Είναι η θέση της συνηγόρου του Οικονομικού Φορέα ότι οι πιο πάνω παράγοντες συνηγορούν, υπό το φως της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, υπέρ του μη οριζόντιου αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικούς δημόσιους διαγωνισμούς. Σε περίπτωση που τέτοιος αποκλεισμός επιβληθεί από την Επιτροπή, είναι η θέση της συνηγόρου ότι, υπό τις περιστάσεις, θα πρέπει να είναι μικρής διάρκειας ώστε τα αποτελέσματα του αποκλεισμού να μην επενεργήσουν δυσανάλογα και / ή καταστρεπτικά στην βιωσιμότητα και / ή τη δυνατότητα συνέχισης της επαγγελματικής δραστηριότητας του Οικονομικού Φορέα.

Προς επίρρωση της θέσης της η συνηγόρος του Οικονομικού Φορέα παρέπεμψε την Επιτροπή Αποκλεισμού σε σχετική επί του θέματος νομολογία.

Η Επιτροπή Αποκλεισμού δεν είναι αναθεωρητικό όργανο και ούτε εξετάζει κατ'έφεση την απόφαση της αναθέτουσας αρχής που απέκλεισε τον οικονομικό φορέα. Η νομιμότητα απόφασης αποκλεισμού εξετάζεται και αποφασίζεται είτε από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, είτε από το Διοικητικό Δικαστήριο και κατ'έφεση από το Ανώτατο Δικαστήριο. Η Επιτροπή Αποκλεισμού έχει δικές της αποκλειστικές αρμοδιότητες, ως ανεξάρτητη Αρχή, να εξετάζει σε διαδικασία που περιλαμβάνει ακρόαση ενώπιον της και αποκλεισμό από δημόσιους διαγωνισμούς, δηλαδή κατά πόσο θα αποκλειστεί ο οικονομικός φορέας από άλλους διαγωνισμούς.

Οι λόγοι για οριζόντιο αποκλεισμό δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι αφήνονται στην κρίση άλλου οργάνου, δηλαδή της αναθέτουσας αρχής, που προέβη στον αποκλεισμό από συγκεκριμένο δημόσιο διαγωνισμό.

Η αναθέτουσα αρχή έχει άλλη, ξεχωριστή αρμοδιότητα, να κρίνει περί της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των οικονομικών φορέων σε διαγωνισμό και να αποκλείει οικονομικό φορέα από τον συγκεκριμένο δημόσιο διαγωνισμό για τον οποίο η ίδια είναι αρμόδια. Τούτο δε περαιτέρω, διότι ο οριζόντιος αποκλεισμός, ενώ έχει αποτρεπτικό χαρακτήρα με την πρόβλεψη του, ως εκ του αποτελέσματος, από την επιβολή του, έχει κυρωτικό χαρακτήρα. Ως εκ τούτου, θεωρούμε πως η επιλεγείσα διαδικασία προς λήψη απόφασης θα πρέπει να εξασφαλίζει στον οικονομικό φορέα τα εχέγγυα της δίκαιης δίκης του άρθρου 6.1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Το ζήτημα αυτό θεωρούμε πως είχε υπόψη του ο κανονιστικός νομοθέτης της ΚΔΠ 318/2016, αφού ανέθεσε την αρμοδιότητα αυτή σε ξεχωριστό ανεξάρτητο όργανο, αποτελούμενο από Πρόεδρο και Μέλη προερχόμενα από την δικαστική εξουσία.

Επομένως το γεγονός ότι ήδη αποφασίστηκε από άλλη Αρχή, την αναθέτουσα αρχή συγκεκριμένου δημόσιου διαγωνισμού, ο αποκλεισμός προσφοροδότη, για συγκεκριμένη αιτία κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής σε εκείνη τη διαδικασία, δεν επιβάλλει ούτε δεσμεύει την Επιτροπή Αποκλεισμού να δεχτεί άνευ ετέρου την απόφαση της αναθέτουσας αρχής αποψιλώνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο και αρνούμενη τις αρμοδιότητες της να ελέγξει την πλήρωση των θεσμοθετημένων προϋποθέσεων του οριζόντιου αποκλεισμού σε χρονική έκταση και για όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς. Αντίθετα θεωρούμε πως επιβάλλεται να το πράξει αφού δώσει την ευκαιρία στον οικονομικό φορέα να ακουστεί, εκδίδοντας ακόμη και αντίθετη απόφαση από αυτή της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με την πλήρωση των προϋποθέσεων.

Το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής στηρίζεται στον Κανονισμό 37 (1) (β) των Κανονισμών. Παραθέτουμε πιο κάτω το σχετικό μέρος του Κανονισμού:

«37(1)(β) Χωρίς επηρεασμό των διατάξεων της παραγράφου (α), η Επιτροπή Αποκλεισμού δύναται, κατόπιν πληροφόρησής της με οποιοδήποτε μέσο, ότι συντρέχει περίπτωση πλημμελούς εκτέλεσης σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα το πρόωρο τερματισμό της, βάσει της παραγράφου (ζ) του εδαφίου (4) του άρθρου 57 του Νόμου, να επιληφθεί του θέματος ενεργώντας σύμφωνα με τον παρόντα Κανονισμό».

Ο Νόμος, ο οποίος διέπει το παρόν Συμβόλαιο είναι ο περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016 (Νόμος 73)(Ι)/2016 (στη συνέχεια «ο Νόμος»).

Το άρθρο 57(4) (ζ) του Νόμου διαλαμβάνει τα ακόλουθα:

«Οι Αναθέτουσες Αρχές δύναται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοδήποτε Οικονομικό Φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις.

.....

(ζ) Όταν ο Οικονομικός Φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις, ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις».

Σχετικός με την υπό εξέταση υπόθεση είναι και ο Κανονισμός 37 (3) (β) των Κανονισμών, ο οποίος έχει ως ακολούθως:

«Για τους σκοπούς της παραγράφου (α), ο Οικονομικός Φορέας δύναται, παρότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού, να υποδεικνύει στην Επιτροπή

Αποκλεισμού τυχόν συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα που έλαβε, περιλαμβανομένων μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, τα οποία είναι κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης παρόμοιων περιστατικών ή/και διάπραξης περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων.

Νοείται ότι σε περίπτωση που η Επιτροπή Αποκλεισμού κρίνει, τηρουμένης της παραγράφου (γ), ότι τα συγκεκριμένα μέτρα δικαιολογούν το μη αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές δεν τον αποκλείουν από αυτές».

Σχετικό με την υπό εξέταση υπό την εξέταση υπόθεση είναι και το άρθρο 57(6) του Νόμου, το οποίο έχει ως εξής:

(α) Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στα εδάφια (1) και (4) μπορεί να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

(β) Για το σκοπό που αναφέρεται στην παράγραφο (α), ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων.

(γ) Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής:

Νοείται ότι, οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει του παρόντος εδαφίου, κατά την περίοδο του αποκλεισμού, που ορίζεται στην απόφαση».

Το πιο πάνω άρθρο είναι ταυτόσημο με το άρθρο 57(6) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στην οποία γίνεται αναφορά πιο κάτω.

Σχετική με τα υπό κρίση ζητήματα είναι και η Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26.02.2014, η οποία εισήχθη στην Κυπριακή έννομη τάξη με το δικό μας Νόμο.

Βρίσκουμε κάποια καθοδήγηση στην προοιμακή σκέψη (101) και συγκεκριμένα στην πρώτη και δεύτερη παράγραφο.

Στην πρώτη παράγραφο της προοιμακής σκέψης (101) αναφέρεται πως οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς, οι οποίοι έχουν κριθεί αναξιόπιστοι λόγω σοβαρού παραπτώματος. Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του Οικονομικού Φορέα και ως εκ τούτου να καταστήσει τον Οικονομικό Φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο Οικονομικός Φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει το Συμβόλαιο.

Στην προοιμακή σκέψη (101), δεύτερη παράγραφος της πιο πάνω Οδηγίας, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει επίσης να μπορεί να αποκλείει υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για το σκοπό για τον οποίο προοριζόταν ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του Οικονομικού Φορέα.

Στην παρούσα υπόθεση το αίτημα έγινε στη βάση του Κανονισμού 37(1)(β) των Κανονισμών και του Άρθρου 57 (4)(ζ) του Νόμου και αυτό που πρέπει να αποφασίσουμε είναι εάν ο Οικονομικός Φορέας έχει επιδείξει «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» κατά την εκτέλεση του Συμβολαίου.

Ούτε στο Νόμο ούτε στους Κανονισμούς δίδεται ο ορισμός του όρου «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια». Αναζητήσαμε απάντηση στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26.02.2014, η οποία έχει εισαχθεί στην Κυπριακή Νομοθεσία με το Ν. 73(Ι)/16. Έχουμε βρει σημαντική καθοδήγηση στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση Forposta SA (C 465/11), ημερ. 13.12.2012. Πρόκειται για απόφαση σε προδικαστική παραπομπή από Δικαστήριο της Πολωνίας, αντικείμενο της οποίας ήταν, μεταξύ άλλων, η ερμηνεία του άρθρου 45(2)(δ) της οδηγίας 2004/18, οι πρόνοιες του οποίου, σε ό,τι αφορά την υπόθεση έχουν ως εξής:

«45(2) Κάθε Οικονομικός Φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή του στη σύμβαση, όταν (δ) έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές».

Μεταξύ άλλων τα ερωτήματα του Εθνικού Δικαστηρίου επικεντρώνονταν στην ερμηνεία του όρου «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα».

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει ο Ν. 73(Ι)/2016 μεταφέρει στην Κυπριακή Νομοθεσία την οδηγία 2014/24, η οποία αναθεώρησε και εκσυγχρόνισε την πιο πάνω οδηγία 2004/18. Σημειώνουμε ότι το άρθρο 45(2)(δ) της παλιάς οδηγίας αντικαταστάθηκε από το άρθρο 57(4)(ζ) του δικού μας Ν. 73 (Ι)/2016 στην Κυπριακή έννομη τάξη. Στο νέο άρθρο της Οδηγίας δεν χρησιμοποιείται ο όρος «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», αλλά ο όρος «σοβαρή πλημμέλεια». Κρίνουμε όμως ότι και οι δύο όροι αποδίδουν την ίδια έννοια και έχουν τον ίδιο στόχο, δηλαδή να αποκλείσουν ενδεχομένως Οικονομικό Φορέα, ο οποίος διέπραξε κάποια σοβαρή παράβαση της Σύμβασης που τον δεσμεύει έναντι της Αναθέτουσας Αρχής. Γι'αυτό θεωρούμε ότι η απόφαση στην υπόθεση Forposta (πιο πάνω) αποτελεί δεσμευτικό προηγούμενο επί του θέματος που μας απασχολεί. Παραθέτουμε πιο κάτω τα κρίσιμα, για την ενώπιον μας υπόθεση, σημεία της εν λόγω απόφασης.

Από τη παράγραφο 29 διαβάζουμε: «Επομένως η μη τήρηση από Οικονομικό Φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί, καταρχήν, να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα».

Από την παράγραφο 30 διαβάζουμε: «Εν πάση περιπτώσει «το σοβαρό παράπτωμα» υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά του οικείου Οικονομικού Φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού. Έτσι οποιαδήποτε εσφαλμένη, ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου Οικονομικού Φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα».

Τέλος, από την παράγραφο 31 διαβάζουμε: «Περαιτέρω για τη διαπίστωση υπάρξεως «σοβαρού παραπτώματος», απαιτείται, καταρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του Οικονομικού Φορέα».

Το ερώτημα βέβαια που εδώ εγείρεται είναι κατά πόσον, δεδομένης της κατάργησης της Οδηγίας 2004/18 και την αντικατάστασή της από την Οδηγία 2014/24, μπορεί να τύχει εφαρμογής η κρίση του ΔΕΚ επί του ζητήματος στην υπόθεση Forposta, ως έχει ανωτέρω εκτεθεί. Επί τούτου αναφέρουμε ότι, η ίδια η Οδηγία 2014/24, φαίνεται εκ πρώτης όψεως να διαχωρίζει στο κείμενό της το επαγγελματικό παράπτωμα από την πλημμελή εκτέλεση σύμβασης, για την οποία δεν γινόταν ειδική αναφορά στην προγενέστερη Οδηγία 2004/18. Συγκεκριμένα, το άρθρο 57 προβλέπει ως εξής:

‘Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας

οποιοδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

(α).....

γ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του·

(δ).....

ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις».

Παρόλα αυτά, θεωρούμε ότι η απόφαση στην υπόθεση Forposta αποτελεί και σήμερα μια ισχύουσα νομολογία επί του θέματος που εδώ απασχολεί, δεδομένου ότι φαίνεται η πρόθεση διεύρυνσης του ζητήματος προκειμένου να περιλαμβάνει, πέραν του επαγγελματικού παραπτώματος, και ρητή αναφορά για πλημμελή εκτέλεση, χωρίς αυτή η διεύρυνση να καθιστά ανενεργή ή άνευ ισχύος νομολογία αφορώσα στα θέματα, καθ' όν χρόνο ήταν σε ισχύ η Οδηγία 2014/18. Επί τούτου σχετική είναι και η εύστοχη τοποθέτηση του Γενικού Εισαγγελέα MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA στα πλαίσια των προτάσεων του στην υπόθεση C-41/18 Meca Srl κατά Comune di Napoli ενώπιον του ΔΕΕ, όπου και ανέφερε επί του ζητήματος τα εξής:

«Το άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24 περιλαμβάνει, στις συμπεριφορές των οικονομικών φορέων οι οποίες ενδέχεται να δικαιολογούν τον αποκλεισμό τους από διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, τόσο «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του[ς]» (στοιχείο γ'), όσο και «σοβαρή [...] πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης [...] που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης» (στοιχείο ζ').

Από την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24 συνάγεται ότι τα επαγγελματικά παραπτώματα του στοιχείου γ' έχουν κυρίως εξωσυμβατικό χαρακτήρα, ήτοι πρόκειται για παράτυπες συμπεριφορές οι οποίες εκδηλώνονται, γενικά, εκτός του πεδίου των συμβατικών σχέσεων. Αυτό συμβαίνει όσον αφορά τις συμπεριφορές που σχετίζονται με την παράβαση περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, παραβάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμά-

των διανοητικής ιδιοκτησίας ή παραβάσεις φορολογικών ή κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεων. Αντιθέτως, η εκτιθέμενη στο στοιχείο ζ' συμπεριφορά συνιστά χαρακτηριστική περίπτωση αθετήσεως συμβατικής υποχρεώσεως.

Αναμφίβολα, πάντως, ορισμένες αθετήσεις συμβατικών υποχρεώσεων θα μπορούν να περιλαμβάνουν, ταυτόχρονα, κάποιο είδος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ήτοι παραπτώματος διαπραχθέντος στο πλαίσιο προηγούμενης διοικητικής συμβάσεως, αρκούντως σοβαρής ώστε να δικαιολογείται η λύση της συμβατικής σχέσεως.

Από την άποψη αυτή, ο σύνδεσμος μεταξύ των δύο στοιχείων θα είναι σχέση *lex generalis* (στοιχείο γ') προς *lex specialis* (στοιχείο ζ'), πράγμα που σημαίνει ότι είναι δυνατή η επίκληση των σκοπών και των δικαιολογητικών λόγων της γενικής διατάξεως για τον προσδιορισμό των αρχών που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά την ερμηνεία του κανόνα που περιέχεται στο στοιχείο ζ'.

Αμφότεροι οι λόγοι αποκλεισμού στηρίζονται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, ήτοι την αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν. Καίτοι δεν μνημονεύεται ρητώς στην οδηγία 2004/18, το στοιχείο αυτό επισημαίνεται στη νομολογία του Δικαστηρίου. (η έμφαση δική μας)

Η οδηγία 2014/24 περιλαμβάνει πλέον την αξιοπιστία ως καθοριστικό στοιχείο της σχέσεως, ακριβώς σε σχέση με το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Κατά την αιτιολογική σκέψη 101, πρώτο εδάφιο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν «οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι». Στο δεύτερο εδάφιο της ίδιας αιτιολογικής σκέψεως, εξετάζονται οι επιδόσεις σε παλαιότερες συμβάσεις οι οποίες «δημιουργούν σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα».

Η σημασία που αποδίδεται στην αξιοπιστία του οικονομικού φορέα είναι έκδηλη σε μερικές παραγράφους (6 και 7) του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24, καθώς στον παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα να λάβει μέτρα για να αποδείξει ότι είναι αξιόπιστος, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού. Επομένως, το στοιχείο της αξιοπιστίας διαπνέει τους λόγους αποκλεισμού που σχετίζονται με τις προϋποθέσεις που αφορούν το πρόσωπο του υποψηφίου.»

Στην προοιμιακή σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24 η οποία, ως έχει ήδη ανωτέρω αναφερθεί, επίσης παρέχει καθοδήγηση επί του εξεταζόμενου ζητήματος, αναφέρονται, τα εξής:

«Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων

με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.

Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών.

Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του».

Συνάγεται από το μέρος αυτό της προοιμιακής σκέψης 101 της σχετικής οδηγίας ότι ελάχιστονες παρατυπίες δεν συνιστούν επαρκή λόγο για αποκλεισμό Οικονομικού Φορέα, όμως κατ' εξαίρεση και ελάχιστονες παρατυπίες είναι δυνατόν να οδηγούν σε τέτοιο αποτέλεσμα εφόσον είναι επαναλαμβανόμενες. Βεβαίως το ζήτημα μένει ανοικτό για συζήτηση και απόφαση πότε μια παρατυπία είναι ελάσσονος σημασίας και πότε όχι. Η λογική απάντηση θα πρέπει να αναζητηθεί στη σημασία και στη συνέπεια που μια τέτοια παρατυπία ή πλημμέλεια, όπως χαρακτηρίζεται στον σχετικό νόμο, θα έχει στην εκτέλεση του συμβολαίου με-

ταξύ Αναθέτουσας Αρχής και Οικονομικού Φορέα. Αν δηλαδή η πλημμύεια επηρεάζει μια σημαντική υποχρέωση του συμβολαίου και πλήττει έναν βασικό όρο του μεταξύ των μερών συμβολαίου.

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν αποδέχεται τον ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα ότι αρνήθηκε να αποδεχθεί την καταβολή αποζημίωσης προς αποκατάσταση της ζημιάς που έχει υποστεί. Είναι η θέση της ότι δεν μπορούσε να καταλήξει σε συμφωνία σε ό,τι αφορά την αποζημίωση γιατί δεν μπορούσε να εξακριβωθεί επακριβώς η ζημία που υπέστη.

Είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι τα άλλα μέτρα αυτοκάθαρσης που ισχυρίζεται ότι έλαβε ο Οικονομικός Φορέας συνιστούν διορθωτικά μέτρα εντός της έννοιας του Νόμου, της Οδηγίας και των Κανονισμών, γιατί είναι γενικά και αόριστα και γιατί, πέραν της πρόθεσής του, δεν έχει καταβάλει οποιαδήποτε αποζημίωση ούτε και έχει λάβει τέτοια δέσμευση.

Ως εκ των πιο πάνω, απομένει να εξετασθεί το κατά πόσον, με βάση τα γεγονότα που περιβάλλουν την παρούσα υπόθεση, πληρούται η προϋπόθεση της σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμύειας, ώστε να δικαιολογείται ο οριζόντιος αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα.

Στο παρόν στάδιο θεωρούμε σκόπιμο να ασχοληθούμε με τις πρόνοιες της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το νομικό προσδιορισμό του μέτρου του οριζόντιου αποκλεισμού σε συνάρτηση με τη διαδικασία της «αυτοκάθαρσης» (self – cleaning).

Γενικά, ο αποκλεισμός οικονομικών φορέων από τις δημόσιες συμβάσεις σκοπεί στην προστασία της ακεραιότητας των διαδικασιών των δημοσίων συμβάσεων (integrity / probity), με το να αποτρέπεται η συμμετοχή ανεπιθύμητων συνεταίρων στη δημόσια διοίκηση.

Ο οριζόντιος αποκλεισμός, ήρθε και εγκαθιδρύθηκε μέσα στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ, όχι ως κύρωση που επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα για να τον τιμωρήσει που εγκλημάτησε κ.λπ. ή σε οποιαδήποτε άλλη περίπτωση, αλλά ως η φυσιολογική και λογική συνέπεια της δικής του αδυναμίας να αποδείξει και να περισώσει την αξιοπιστία του, να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία «αυτοκάθαρσης» και να βγει επιτυχώς από αυτήν.

Σύμφωνα με την εισαγωγική σκέψη 101, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, μεταξύ άλλων, λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων. Προφανέστατα, ο αποκλεισμός μπορεί να επιβληθεί από την ίδια την αναθέτουσα αρχή (σε διοικητικό επίπεδο), στη βάση αναξιопιστίας που δημιουργεί (αντικειμενικά) ο ίδιος ο οικονομικός φορέας. Το

δε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ή η επανειλημμένη ή σοβαρή πλημμελής εκτέλεση μιας σύμβασης ή οτιδήποτε άλλο, συνιστούν απλά παραδείγματα τέτοιας αναξιοπιστίας, που μπορεί να δώσει βάση για τον δυνητικό αποκλεισμό. Συνεχίζοντας, εξάλλου, η εισαγωγική σκέψη 101, διευκρινίζει ότι, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα θα πρέπει να μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.

Η ίδια σκέψη 101, που αφορά στους λόγους δυνητικού αποκλεισμού, αναφέρει ότι, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγω υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του.

Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρεσχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για το σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές, θα πρέπει να δίνουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. Για τον δυνητικό ή προαιρετικό αποκλεισμό, επομένως, δεν προαπαιτείται κάποια απόφαση, τελική ή δεσμευτική, αλλά, στη βάση της αρχής της δυνητικότητας και κατ'επέκταση της ελευθερίας, αρκεί η δυνατότητα απόδειξης, με ενδεδειγμένα μέσα, και το εύλογο, ενώ ο άξονας γύρω από τον οποίο περιφέρονται οι ρυθμίσεις και οι έννοιες είναι η γέννηση αμφιβολιών ως προς την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Στη βάση της ίδιας ελευθερίας, αυτού του πνεύματος που η ίδια η Οδηγία θέτει, δεν δικαιολογείται η στενή ερμηνεία εννοιών (π.χ. της έννοιας του επαγγελματικού παραπτώματος ή της έννοιας της πλημμελούς εκτέλεσης σύμβασης).

Η εισαγωγική σκέψη 102 συνεχίζει, προς αυτή την κατεύθυνση, ότι θα πρέπει να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία σύμβασης.

Σε αμέλεια είχε αναφερθεί και η παλαιότερη Forposta SA, κ.α. κατά Poczta Polska Sa, C-465/11, ημερομηνίας 13.12.2012. Σύμφωνα με την Forposta το «επαγγελματικό παράπτωμα» ή η «πλημμελής εκτέλεση σύμβασης», συνιστούν επιμέρους συμπεριφορές ενδεικτικές της αναξιοπιστίας (ή έλλειψης αξιοπιστίας) του οικονομικού φορέα που η αξιοπιστία είναι εκείνο το ποιοτικό κριτήριο που πρέπει να πληρείται, σε συνάρτηση με τον σκοπό της ρύθμισης της Οδηγίας.

Το κυριότερο νόημα της **Forposta** δεν ήταν ως προς την έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος», όπου σαφώς τέθηκε βοηθητικά, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις. Λέχθηκε, εκεί, ότι οι αρχές και οι κανόνες του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων δεν δικαιολογούν, για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και των εννόμων συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής καθώς και για την εξασφάλιση του θεμιτού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων, εθνική ρύθμιση η οποία επιβάλλει σε αναθέτουσα αρχή αυτόματο αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα από διαδικασία ανάθεσης δημοσίας σύμβασης λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος χωρίς να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα.

Όταν λόγος αποκλεισμού είναι ενταγμένος στον κατάλογο των λόγων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως για λόγους προαιρετικού αποκλεισμού που περιλαμβάνονται στο άρθρο 75 (4) της Οδηγίας, δεν υπάρχει καταρχάς δικαίωμα αμφισβήτησης της «νομιμότητάς» του.

Σηματοδοτεί η εν λόγω Οδηγία το σημείο έναρξης της υποχρέωσης του κράτους μέλους και της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε διαβήματα υποχρεωτικού ή προαιρετικού αποκλεισμού και δεν αλλοιώνει και τα δικαιώματα συμμετοχής των υποψηφίων οικονομικών φορέων που πληρούν τα ποιοτικά κριτήρια

επιλογής (εντιμότητα, αξιοπιστία, κ.λπ.) και τα δικά τους μέσα απόδειξης που είναι συναφή με τη διαδικασία των δημόσιων διαγωνισμών.

Για να αναφερθούμε στους Κανονισμούς, από τα παραπάνω που εκτέθηκαν, προκύπτει σαφώς ότι ο Κυπριακός Νόμος ενσωματώνει πλήρως την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και η Επιτροπή Αποκλεισμού οφείλει να τον εφαρμόσει, χωρίς να αγνοήσει, με οποιοδήποτε τρόπο, το περιεχόμενο του Νόμου, αφού κάτι τέτοιο θα συνιστούσε καθαρή παρανομία.

Θα ασχοληθούμε στη συνέχεια με τον οριζόντιο αποκλεισμό με βάση την Κ.Δ.Π. 138/2016, τη διαδικασία «αυτοκάθαρσης» και τον ρόλο της Επιτροπής Αποκλεισμού: Δεν αναθεωρεί πράξεις των αναθετουσών αρχών ούτε δικάζει διαφορές. Εξετάζει την επάρκεια των μέτρων του άρθρου 57 (6) του Νόμου.

Από το άρθρο 57 (7) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προκύπτει μεταξύ άλλων ότι υπάρχει δυνατότητα επιβολής αποκλεισμού και από το Δικαστήριο στο πλαίσιο κάποιας ποινής, ανάμεσα στις δυνατότητες ενός Δικαστηρίου να επιλέγει τρόπους ποινικής μεταχείρισης ενώπιον του παραβατών. Αυτή η διαδικασία, όμως δεν έχει οποιαδήποτε σχέση με το κεφάλαιο των δημοσίων συμβάσεων, ούτε με το έργο και τον ρόλο της Επιτροπής Αποκλεισμού, ως όργανο, ούτε με το μέτρο του οριζόντιου αποκλεισμού που δύναται να επιβάλει ή να άρει η Επιτροπή Αποκλεισμού.

Επίσης προκύπτει ότι ο νόμιμος ή οριζόντιος αποκλεισμός επιβάλλεται εφόσον ο οικονομικός φορέας στον οποίο αφορά δεν αποδεικνύει την αξιοπιστία του σύμφωνα με το άρθρο 57 (6) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Ο Νόμος, με την ίδια αρίθμηση, ενσωμάτωσε κανονικά το άρθρο 57 της Οδηγίας.

Οι προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 57 του Νόμου είναι οι ίδιοι με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού του άρθρου 57 της Οδηγίας, δηλαδή αναφέρονται στις ίδιες επιλήψιμες συμπεριφορές, που είναι συναρτώμενες με την εντιμότητα, την αξιοπιστία, κ.λπ., του οικονομικού φορέα.

Το έργο της Επιτροπής Αποκλεισμού είναι, ανάμεσα σε άλλα, να εξετάζει το ενδεχόμενο αποκλεισμού, όταν ο οικονομικός φορέας έχει ήδη αποκλειστεί από κάποια αναθέτουσα αρχή σε συγκεκριμένη διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού, όταν συντρέχουν σοβαροί λόγοι όπως πλημμελής εκτέλεση δημόσιας σύμβασης συνεπεία της οποίας υπήρξε τερματισμός ώστε να μπορεί να παρέμβει και αυτεπαγγέλτως, ανεξαρτήτως του διαβήματος κάποιας αναθέτουσας αρχής να το θέσει ενώπιόν της.

Από τις πρόνοιες του Κανονισμού, προκύπτει, σαφώς, ότι η Επιτροπή Αποκλεισμού, εξετάζοντας το ενδεχόμενο μετατροπής του ήδη επιβληθέντος «κάθετου αποκλεισμού» (από συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση) σε «οριζόντιο αποκλεισμό» (από κάθε δημόσια σύμβαση), για συγκεκριμένο περιορισμένο

χρονικό διάστημα, με δυνατότητα παρέκκλισης ή άρσης τέτοιου οριζόντιου αποκλεισμού και άλλες δυνατότητες, κατ'αποτέλεσμα, δεν πράττει οτιδήποτε διαφορετικό από ό,τι θα έπραττε η κάθε επόμενη αναθέτουσα αρχή. Προλαμβάνει, κατά κάποιον τρόπο, το έργο της κάθε επόμενης αναθέτουσας αρχής, αντίστοιχα, δίνοντας τη δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να επαναφέρει την αξιοπιστία του για όλες και μάλιστα κατά κάποιον διαφανή τρόπο.

Υφίσταται, κατά (μαχητό) τεκμήριο, τέτοιος λόγος οριζόντιου αποκλεισμού (τεκμήριο που απορρέει από τον ήδη υφιστάμενο κάθετο αποκλεισμό), εκτός εάν ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας προσέλθει και αποδείξει την αξιοπιστία του, σύμφωνα με το άρθρο 57 (6) της Οδηγίας και του Νόμου εκτός εάν ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας αποδείξει, ο ίδιος, ότι δεν θα πρέπει ο αποκλεισμός που του επιβλήθηκε μία φορά από την αναθέτουσα αρχή να μετατραπεί σε οριζόντιο αποκλεισμό (π.χ. γιατί δεν είχε σχέση με την αξιοπιστία του ο κάθετος αποκλεισμός ή τερματισμός).

Το αντικείμενο της διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού δεν είναι η απόδειξη της ουσιαστικής συνδρομής του λόγου κάθετου αποκλεισμού που ήδη επιβλήθηκε ή του τερματισμού που ήδη έλαβε χώρα, στη βάση των οποίων εξετάζεται το ενδεχόμενο επιβολής οριζόντιου αποκλεισμού. Δεν είναι έργο της Επιτροπής Αποκλεισμού να κρίνει, να εξετάζει, να ελέγχει εάν καλώς ή κακώς η αναθέτουσα αρχή, απέκλεισε τον οικονομικό φορέα, εάν καλώς ή κακώς η αναθέτουσα αρχή, τερμάτισε τη σύμβασή της με τον οικονομικό φορέα για πλημμελή εκτέλεση. Υπάρχουν άλλα δικαιοδοτικά όργανα που έχουν αυτό τον ρόλο, είτε η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (και μετέπειτα τα διοικητικά δικαστήρια), είτε τα Αστικά Δικαστήρια, είτε άλλα.

Στη διαδικασία του οριζόντιου αποκλεισμού από την Επιτροπή Αποκλεισμού, τι συμβαίνει ακριβώς: Εφόσον η Επιτροπή Αποκλεισμού λάβει την αναφορά από κάποια αναθέτουσα αρχή, ότι έχει ήδη αποκλείσει κάποιον οικονομικό φορέα (στη βάση της θεώρησης της αναθέτουσας αρχής ότι χρήζει εξέτασης το ενδεχόμενο οριζόντιου αποκλεισμού, προφανώς στις σοβαρές περιπτώσεις), ή εφόσον καλέσει αυτεπαγγέλτως τον οικονομικό φορέα στη βάση της από μέρους της πληροφόρησης συνδρομής υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού ή τερματισμού δημόσιας σύμβασης για πλημμελή εκτέλεσή της, ό,τι εξετάζει στην δική της διαδικασία, είναι εάν δεν συντρέχει λόγος οριζόντιου αποκλεισμού όχι εάν συνέτρεξε καθόλου ο λόγος κάθετου αποκλεισμού που δημιούργησε την κατάσταση στην οποία βρίσκεται ο οικονομικός φορέας, ούτε καν εάν συντρέχει, σε γενικότερο θεωρητικό επίπεδο, υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος τερματισμού με βάση την ουσία του άρθρου 57του Νόμου (που τέτοια είναι πάντοτε η αρμοδιότητα ενός άλλου οργάνου), γιατί η Επιτροπή Αποκλεισμού δεν θα ενεργήσει ως μια αναθέτουσα αρχή σε μια παράλληλη νομική διάσταση

πριν από κάποια ανάθεση ή προκειμένου να τερματίσει. Δεν θα χρειαστεί βέβαια ούτε να μπει στα παπούτσια της αναθέτουσας αρχής που έχει ήδη ενεργήσει για να κρίνει εάν θα έπραττε ομοίως. Μάλιστα, θα λέγαμε ότι οφείλει και τον δέοντα σεβασμό στις ενέργειες των αναθετουσών αρχών, ελλείψει κάποιας αναθεωρητικής εξουσίας της.

Ο ρόλος της Επιτροπής Αποκλεισμού **δεν** είναι να δικάσει κάποια ιδιωτική διαφορά μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα.

Δεν μπορούν να τεθούν, στο πλαίσιο αυτής της διαδικασίας, υπό αμφισβήτηση, είτε τα γεγονότα αυτά, είτε οι αιτίες τους, και οτιδήποτε άλλο αφορά στα ιδιωτικά δικαιώματα του οικονομικού φορέα. Εδώ εξετάζεται συγκεκριμένα το δικαίωμα του οικονομικού φορέα να συνάπτει δημόσιες συμβάσεις, με σημείο αναφοράς την αξιοπιστία και την εντιμότητα του ίδιου, λόγω αυτών των γεγονότων, που, είτε καλώς έγιναν είτε κακώς έγιναν, έγιναν.

Στη βάση των ανωτέρω παρατηρήσεων, είναι ο κληθείς οικονομικός φορέας που θα πρέπει να αποδείξει την ύπαρξη αξιοπιστίας του, ώστε, ανεξαρτήτως του κάθετου αποκλεισμού που του επιβλήθηκε ήδη από κάποια αναθέτουσα αρχή ή του τερματισμού της σύμβασης λόγω πλημμελούς εκτέλεσης που έγινε ήδη, είτε η ίδια η αναθέτουσα αρχή το έθεσε ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού είτε όχι, να εξετάσει, η Επιτροπή Αποκλεισμού, γιατί να μην πρέπει ο κάθετος αποκλεισμός να ισχύσει οριζόντια για κάποιο χρονικό διάστημα, που καθορίζουν οι Κανονισμοί στο μέγιστό του.

Έτσι λειτουργεί αυτή η διαδικασία και αυτός ο τρόπος λειτουργίας της είναι απόλυτα συναφής με το γεγονός ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 57 του Νόμου ή της Οδηγίας κινούνται, ακριβώς, στη βάση συγκεκριμένων ποιοτικών κριτηρίων, σταθερών, εξαντλητικά τιθέμενων, όπως είναι και ο λόγος σειράς αποφάσεων του ΔΕΕ, ώστε αυτά τα ίδια ποιοτικά κριτήρια, εάν δεν πληρούνται μία φορά να μην πρέπει να εξετάζονται κάθε φορά, εκτός εάν, όντως, η μη συνδρομή τους ή η διάψυσή τους τη μία φορά ήταν μεμονωμένη, και ο οικονομικός φορέας έχει την αξιοπιστία, ανεξαρτήτως εκείνης της περίπτωσης κάθετου αποκλεισμού ή τερματισμού, να συνεχίσει να μετέχει στις δημόσιες συμβάσεις, ή εάν έχει επαναφέρει την αξιοπιστία του.

Με δεδομένη τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και του τερματισμού που αναφέρθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή και περιήλθαν σε γνώση της Επιτροπής Αποκλεισμού, εφόσον προσκομίστηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή όλα τα στοιχεία ώστε να αποδεικνύονται ως γεγονότα που έλαβαν χώρα (ως καταστάσεις στις οποίες εμπίπτει ο οικονομικός φορέας), ότι πράγματι υφίστανται και δεν κινούνται σε κάποια σφαίρα φαντασίας, δεν υπάρχει οτιδήποτε άλλο να εξεταστεί σε σχέση με αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, την ουσία τους. Η Επιτροπή Αποκλεισμού ούτε ποινικό δικαστήριο είναι ούτε

αστικό δικαστήριο ούτε έχει το ρόλο να αναθεωρεί τις ενέργειες των αναθετουσών αρχών ούτε διοικητικό δικαστήριο συνιστά.

Η μόνη σημασία που μπορούν να έχουν στο πλαίσιο αυτής της διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού, είναι ως στοιχεία εξέτασης του οριζόντιου αποκλεισμού, ως στοιχεία που σχετίζονται με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα, συνεκτιμώμενα με όλα τα υπόλοιπα στοιχεία (κυρίως με τη σοβαρότητα των αδικημάτων, η συνεκτίμηση της οποίας ρητά προβλέπεται). Με δεδομένη, εν προκειμένω, τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν έλαβε, επαρκή μέτρα απόδειξης αυτής της εντιμότητας και αξιοπιστίας του: Είναι θέμα αξιοπιστίας και εντιμότητας. Αυτά ενδιαφέρουν τις δημόσιες συμβάσεις. Αυτά ενδιαφέρουν εάν πλήττονται ή όχι από επιμέρους γεγονότα, μεταξύ των οποίων επαγγελματικά παραπτώματα, κ.λπ. Και οι ενέργειες που έγιναν και γίνονται, ακόμα κι εδώ ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού δεν ενδεικνύουν τον απαραίτητο βαθμό αξιοπιστίας σύμφωνα με το άρθρο 57 (6) του Νόμου και της Οδηγίας.

Ενισχυτική της θέσης ότι η Επιτροπή Αποκλεισμού δεν «δικάζει» διαφορές ούτε παρεμβαίνει άλλως πώς στο έργο των αναθετουσών αρχών είναι η ύπαρξη του Κανονισμού 37(3)(α) που δίνει δικαίωμα στην Επιτροπή Αποκλεισμού να ακούει το καταγγελλόμενο σε περιπτώσεις άλλες από αυτήν που ο καταγγελλόμενος εξετάστηκε ήδη από την αναθέτουσα αρχή κατά τη διαδικασία συνοπτικής εξέτασης καταγγελίας. Πρώτα ακούγεται μόνον ο καταγγέλλων. Ύστερα δίνεται η δυνατότητα ακρόασης (εκεί όπου υφίσταται) στον καταγγελλόμενο και μόνον για να προσκομίσει στην Επιτροπή τα στοιχεία, να υποδείξει τα μέτρα που έλαβε για τη διάσωση της αξιοπιστίας του. Δεν έχει λόγο, ο καταγγελλόμενος, να αρχίσει να βάλλει εναντίον της αναθέτουσας αρχής που τον απέκλεισε από κάποια δημόσια διαδικασία ή που τερμάτισε κάποια δημόσια σύμβαση. Δεν ακούγεται, σε σχέση με αυτά τα ζητήματα. Σε αυτή την καθαρά εξεταστική διαδικασία του καταγγελλόμενου, με αναφορά πάντα στα στοιχεία του άρθρου 57(6) του Νόμου, ο καταγγελλόμενος, είτε αποκλείεται και οριζοντίως είτε όχι, με αιτιολογημένη απόφαση της Επιτροπής επί τούτου μόνο.

Σύμφωνα με αυτό το άρθρο 57 (6) του Νόμου, οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στα εδάφια (1) και (4) (γιατί περί δεδομένων καταστάσεων πρόκειται που δεν «εκδικάζονται» ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού) μπορεί να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για το σκοπό αυτό, ο οικονομικός φορέας:

(α) Θα πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα.

(β) Θα πρέπει να αποδείξει ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές.

(γ) Θα πρέπει να αποδείξει ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων.

Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους Οικονομικούς Φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Αυτό συνιστά και το περιεχόμενο και το σκεπτικό της απόφασης της Επιτροπής Αποκλεισμού, το εάν λήφθηκαν μέτρα από τον οικονομικό φορέα και εάν αυτά που ελήφθησαν είναι επαρκή, σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα της κατάσταση, για να μην επιβληθεί οριζόντιος αποκλεισμός.

Ακριβώς, λόγω του παραπάνω ρόλου της Επιτροπής Αποκλεισμού, η μόνη διακριτική ευχέρεια που της παρέχουν η Οδηγία, ο Νόμος και οι Κανονισμοί, είναι να εκτιμήσει την επάρκεια των μέτρων που λήφθηκαν, εάν τέτοια λήφθηκαν, και τη σοβαρότητα της κατάστασης, και να χρησιμοποιήσει την αρχή της αναλογικότητας, για το εάν θα πρέπει να επιβληθεί ή όχι (και) οριζόντιος αποκλεισμός.

Στο οικονομικό φορέα εναπόκειται το εάν θα επιβληθεί και θα διατηρηθεί οριζόντιος αποκλεισμός ή όχι, στη δική του δυνατότητα απόδειξης της αξιοπιστίας του.

Ο οριζόντιος αποκλεισμός δεν είναι οτιδήποτε άλλο από περισσότερους στη σειρά προληπτικά επιβαλλόμενους κάθετους αποκλεισμούς, κοινά, λόγω συνδρομής των ίδιων προαναφερόμενων υποχρεωτικών ή δυναμικών / προαιρετικών λόγων αποκλεισμού στη μία περίπτωση, που δεν υπάρχει λόγος να μην συμπαρασύρει και τις παράλληλες ή αμέσως επόμενες.

Ο οριζόντιος αποκλεισμός συνιστά μέτρο διασφάλισης της διαδικασίας των δημοσίων συμβάσεων και σχεδόν όλων των αρχών που τις διέπουν, σχετικά με τη νομιμότητα, την ισότητα, την ασφάλεια δικαίου, τη διαφάνεια, την προστασία του ανταγωνισμού, κ.λπ.

Έχοντας κατά νου όλα τα οποία εκθέσαμε πιο πάνω προχωρούμε στην εξέταση της παρούσας υπόθεσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιόν μας μια σειρά από παραβάσεις του Συμβολαίου εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα, οι οποίες οδήγησαν στον

τερματισμό του. Αυτές οι παραβάσεις καταγράφονται λεπτομερώς στα γεγονότα που εξέθεσε η Αναθέτουσα Αρχή και δε χρειάζεται να τις επαναλάβουμε. Περιληπτικά αναφέρουμε ότι πέραν των δικαιολογημένων, λόγω COVID - 19, καθυστερήσεων για τις οποίες δόθηκαν, σε δυο περιπτώσεις παρατάσεις χρόνου χωρίς οικονομικές απαιτήσεις από την Αναθέτουσα Αρχή, υπήρξαν πολλές άλλες αδικαιολόγητες καθυστερήσεις, ουσιώδεις κακοτεχνίες και γενικά ουσιώδεις παραβάσεις του μεταξύ των μερών συμβολαίου από πλευράς του Οικονομικού Φορέα. Σημειώνουμε επίσης ότι στο αρχικό στάδιο του έργου με επιστολή της η Αναθέτουσα Αρχή επισήμανε στον Οικονομικό Φορέα ότι η υποχρεωσή του που πηγάζει από το συμβόλαιο για έγκαιρη παράδοση των πρώτων επτά προκατασκευασμένων αιθουσών στο Β' Δημοτικό Λασιών και τεσσάρων στο Γυμνάσιο Δροσιάς, είναι παρά πολύ σημαντική για να μην επηρεαστεί η ομαλή λειτουργία των πιο πάνω σχολείων και τον κάλεσε να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα ώστε να συμμορφωθεί με το χρόνο παράδοσής τους.

Παραμένει να αποφασίσουμε αν στη βάση των πιο πάνω παραβάσεων, μπορεί να εξαχθεί συμπέρασμα «σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας» από πλευράς του Οικονομικού Φορέα.

Χαρακτηρίζουμε τη συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα όσον αφορά στη μη συμμόρφωσή του προς τις πρόνοιες του Συμβολαίου ως συμπεριφορά ενέχουσα αμέλεια σοβαρού βαθμού. Βρίσκουμε ότι, υπό τις περιστάσεις, αυτή η παράβαση του Συμβολαίου συνιστά «σοβαρή πλημμέλεια»

Σημαντική καθοδήγηση σε σχέση με τον όρο «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» αντλήσαμε από την Τρίτη παράγραφο της προοιμιακής σκέψης (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία έχει ως εξής:

«Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού Φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία Οικονομικού Φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό τους».

Ακόμη όμως και αν οι παραλείψεις του Οικονομικού Φορέα ήθελαν θεωρηθεί ως ελάχιστονες παρατυπίες, εντούτοις και πάλι δικαιολογείται ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα ενόψει της επανάληψης των καθυστερήσεων αφού, με βάση την προοιμιακή σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24, ελάχιστονες παρατυπίες δεν συνιστούν επαρκή λόγο για αποκλεισμό Οικονομικού Φορέα, όμως κατ'εξίραση και ελάχιστονες παρατυπίες είναι δυνατόν να οδηγούν σε τέτοιο αποτέλεσμα εφόσον είναι επαναλαμβανόμενες.

Με βάση τα γεγονότα, τα οποία η Αναθέτουσα Αρχή εξέθεσε ενώπιόν μας, κρίνουμε ότι υπήρξε σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμύεια από πλευράς του Οικονομικού Φορέα και ότι συντρέχει λόγος δυνητικού αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Παραμένει να εξετάσουμε κατά πόσον ο Οικονομικός Φορέας έλαβε συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης (self – cleaning) που να δικαιολογούν το μη αποκλεισμό του.

Ακόμη όμως και στην περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας έλαβε μέτρα η Επιτροπή Αποκλεισμού συνεκτιμά τα μέτρα που λήφθηκαν συναρτώντας τα με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις της παράβασης ή της πλημμύειας. Είναι σαφές ότι η απόφαση της Επιτροπής είναι θέμα άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας και δεν είναι μια υπεράσπιση την οποία αυτόματα δικαιούται ο Οικονομικός Φορέας.

Στην υπό κρίση υπόθεση ο Οικονομικός Φορέας δεν έχει προσκομίσει ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού οποιαδήποτε επαρκή αποδεικτικά στοιχεία ούτως ώστε να εξεταστεί κατά πόσο θα μπορούσε να τύχει του ευεργετήματος του άρθρου 57(6)(α)(β)(γ) του Νόμου, της Οδηγίας και του Κανονισμού 37(3)(β) των Κανονισμών που γίνεται αναφορά πιο πάνω. Ο Οικονομικός Φορέας απλώς αναφέρει, γενικά και αόριστα, ότι έχει προχωρήσει στην πρόσληψη πρόσθετου προσωπικού και προτίθεται να αυξήσει περαιτέρω το προσωπικό του ώστε να μην παρουσιάζονται προβλήματα κατά την διεκπεραίωση των συμβάσεων που έχει αναλάβει και να μη σημειώνονται καθυστερήσεις.

Από την άλλη όμως δεν μπορούμε να παραγνωρίσουμε τη δήλωση του Οικονομικού Φορέα ότι δεσμεύεται να καταβάλει στην Αναθέτουσα Αρχή σχετικές αποζημιώσεις και θεωρούμε ότι η πιο πάνω δέσμευσή του θα πρέπει να προσμετρήσει, σε κάποιο βαθμό, προς όφελός του.

Σημειώνουμε επίσης υπέρ του Οικονομικού Φορέα ότι η καθυστέρηση στην διεκπεραίωση του συμβολαίου οφειλόταν, σε κάποιο βαθμό, και στη μείωση του προσωπικού του λόγω του ιού COVID - 19, καθώς και στο ό,τι στο παρελθόν έχει διεκπεραιώσει επιτυχώς αριθμό άλλων δημοσίων συμβάσεων που είχε αναλάβει.

Αφού έχουμε καταλήξει στην απόφαση ότι από πλευράς του Οικονομικού Φορέα έχει διαπραχθεί «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμύεια» κατά την εκτέλεση ουσιωδών όρων του Συμβολαίου, βρίσκουμε ότι είναι δυνατό να ενεργοποιηθούν οι σχετικές πρόνοιες των Κανονισμών 37(1) (β) και 37 (2)(β) και να εξετάσουμε αν, υπό τις περιστάσεις, δικαιολογείται ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις.

Είναι σαφές, ιδιαίτερα με βάση τις πρόνοιες του Κανονισμού 37(2)(β) ότι η εξουσία της Επιτροπής να επιβάλει οριζόντιο αποκλεισμό είναι δυνητική. Η Επιτροπή, δηλαδή, έχει την ευχέρεια να επιβάλει ή μη έναν τέτοιο αποκλεισμό λαμβάνοντας υπόψη τα συγκεκριμένα περιστατικά της κάθε υπόθεσης. Θα

ασκήσουμε τη διακριτική μας ευχέρεια λαμβάνοντας επίσης υπόψη ότι βρισκόμαστε ενώπιον μιας περίπτωσης δυνητικού ή προαιρετικού αποκλεισμού, η οποία εξ ορισμού θεωρείται από τις ολιγότερο σοβαρές περιπτώσεις σε αντιδιαστολή με τις υποχρεωτικές περιπτώσεις αποκλεισμού, κάτι που αντανακλάται και στη διαφορά που υπάρχει όσον αφορά τη μέγιστη δυνατή περίοδο αποκλεισμού για τη μια και για την άλλη περίπτωση.

Προβλέπεται μέγιστος αποκλεισμός διάρκειας τριών(3) ετών για την πρώτη και πέντε (5) ετών για τη δεύτερη περίπτωση. Γι'αυτό δώσαμε ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας.

Αφού σταθμίσαμε όλα τα πιο πάνω, θα ασκήσουμε τη διακριτική μας ευχέρεια υπέρ του οριζόντιου αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις.

Το άρθρο 57(7)(α) και (β) του Νόμου προνοεί τα ακόλουθα:

«(α) Οι όροι εφαρμογής του παρόντος άρθρου ρυθμίζονται, τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου, με Κανονισμούς που εκδίδονται δυνάμει του άρθρου 93 του παρόντος Νόμου.

(β) Οι Κανονισμοί που αναφέρονται στην παράγραφο (α) καθορίζουν ιδίως, το αρμόδιο όργανο για την επιβολή αποκλεισμού από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων και τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός Φορέας δεν λάβει επαρκή μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στο εδάφιο (6).

Νοείται ότι, σε περίπτωση που η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση ή της παραδοχή στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (1) και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος, στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (4).

Νοείται

Ο Κανονισμός 37 (2) (β) των Κανονισμών, όπως έχει τροποποιηθεί προνοεί τα ακόλουθα:

«Στις δυνητικές περιπτώσεις αποκλεισμού που αναφέρονται στο εδάφιο (4) του άρθρου 57 του Νόμου, η Επιτροπή Αποκλεισμού δύναται να επιβάλει στον Οικονομικό Φορέα αποκλεισμό από διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για περίοδο η οποία δεν υπερβαίνει τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος».

Το τι αποτελεί «σχετικό γεγονός» αποφασίστηκε στην απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων της 24^{ης} Οκτωβρίου 2018 στην

υπόθεση C 124/17, Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH όπου κρίθηκαν τα εξής:

«37. Μολονότι η παράγραφος 7 του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24 δεν διευκρινίζει περαιτέρω τη φύση του «σχετικού γεγονότος» ούτε, μεταξύ άλλων, το χρονικό σημείο επελεύσεως του γεγονότος αυτού, επισημαίνεται ότι η διάταξη αυτή προβλέπει, για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στην παράγραφο 1 του άρθρου αυτού και εφόσον η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, ότι η χρονική περίοδος των πέντε ετών πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της καταδίκης με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση αυτή, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνίας επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών λόγων των οποίων επιβλήθηκε η καταδίκη αυτή. Επομένως, όσον αφορά αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, η εν λόγω χρονική περίοδος υπολογίζεται με αφετηρία μια ημερομηνία η οποία, σε ορισμένες περιπτώσεις, είναι μεταγενέστερη της επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το σχετικό ποινικό αδίκημα.

38. Εν προκειμένω, για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου. Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμό της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλεια δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής.

39. Η λύση αυτή παρίσταται κατά μείζονα λόγο δικαιολογημένη δεδομένου ότι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας με τα σημεία 83 έως 85 των προτάσεων του, η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας αποφάσεως, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά.

40. Εξάλλου, όπως υπογράμμισε η Επιτροπή, ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας διατηρεί την ευχέρεια, κατά την περίοδο αυτή, να λάβει μέτρα τα οποία διαλαμβάνονται στο άρθρο 57, παράγραφο 6, της οδηγίας 2014/24, προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του, αν παρά ταύτα επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

41. Κατά συνέπεια η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία όχι τη συμμετοχή στη σύμπραξη αλλά την ημερομηνία κατά την οποία η αρμόδια αρχή διαπίστωσε ότι η επίμαχη συμπεριφορά είναι παραβατική.

42. Επομένως, στο τρίτο και τέταρτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 57 παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπίπτουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφο 4, στοιχείο δ΄ της οδηγίας αυτής, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση από αρμόδια αρχή, η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρχής αυτής».

Ενόψει των όσων προσπαθήσαμε να εξηγήσουμε πιο πάνω επιβάλλουμε οριζόντιο αποκλεισμό στον Οικονομικό Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για περίοδο εικοσιτεσσάρων (24) μηνών από το σχετικό γεγονός ήτοι από την ημερομηνία λύσης της εργοδότησής του, δηλαδή από τις 25/11/2021.

(Υπ.).....
Χάρης Σολομωνίδης
Πρόεδρος

(Υπ.)
Ανδρέας Αγρότης
Μέλος

(Υπ.).....
Παναγιώτης Χατζηδημητρίου
Μέλος