

**ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ**  
**ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΑΠΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ**  
**ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**Αρ. Υπόθεσης: 18/2019**

**Μεταξύ:**

**Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, Τμήμα  
Δημοσίων Έργων**

**Αναθέτουσας Αρχής**

**-και-**

**Christos M. Charalambous Constructions LTD**

**Οικονομικού Φορέα**

**Ημερομηνία: 26 Φεβρουαρίου, 2021**

**Επιτροπή Αποκλεισμού:**

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

### **Εμφανίσεις:**

**Για την Αναθέτουσα Αρχή:** κα Στέφανη Χατζηστεφάνου, δικηγόρος Δημοκρατίας για Γενικό Εισαγγελέα.

**Για τον Οικονομικό Φορέα:** κ. Γ. Σεραφείμ δικηγόρος για Αγγελίδη, Ιωαννίδη, Λεωνίδου ΔΕΠΕ.

Παρούσα η κα Άντρη Παναγή, Γραμματέας της Επιτροπής Αποκλεισμού.

**Χ. Σολομωνίδης, Π.:** Η απόφαση της Επιτροπής δεν είναι ομόφωνη. Έχει προκύψει διαφωνία αναφορικά με τον χρόνο έναρξης του αποκλεισμού. Θα δώσω την απόφαση της πλειοψηφίας (Χ. Σολομωνίδης, Πρόεδρος και Α. Αγρότης, μέλος) Ο Π. Χατζηδημητρίου, μέλος, θα δώσει τη δική του απόφαση.

### **ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ**

**Χ. Σολομωνίδης, Π:** Με επιστολή της ημερομηνίας 18.09.2019 που λήφθηκε στις 23.09.2019, η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται όπως η Επιτροπή Αποκλεισμού εξετάσει το ενδεχόμενο αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Το αίτημα έχει ως νομικό έρεισμα τον Κανονισμό 37(1)(β) της ΚΔΠ 138/2016.

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

Στις 29/03/2017 υπογράφηκε Συμβόλαιο μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του Οικονομικού Φορέα, το οποίο αφορούσε τον Διαγωνισμό Α/17/2016, για την κατασκευή κτιρίου εντός των Κεντρικών Φυλακών (Πτέρυγα 10) και τη διαμόρφωση του περιβάλλοντα χώρου.

Ειδικότερα το Έργο περιλάμβανε την κατασκευή μεταλλικού κτιρίου, κατασκευή μεταλλικού κτιρίου, κατασκευή μεταλλικών περιφράξεων, δαπεδοστρώσεις από σκυρόδεμα και κατασκευή

γηπέδου καλαθόσφαιρα περί της Πτέρυγας 10 και Πτέρυγας 10<sup>Α</sup> στις Κεντρικής Φυλακές.

Το ποσό του Συμβολαίου (αφαιρουμένων των απροβλέπτων) ήταν €339.00,00, το οποίο δεν αναμενόταν να ξεπεραστεί (περιλαμβανομένων €40.000,00 ποσού απροβλέπτων).

Η ημερομηνία έναρξης του Έργου ήταν η 24/04/2017 και ημερομηνία αποπεράτωσης (με βάση το Παράρτημα της Προσφοράς) ήταν η 24/10/2017 (6 μήνες). Υπήρξε παράταση χρόνου 21 ημέρες, δηλαδή μέχρι 15/11/2017 και αδικαιολόγητη καθυστέρηση 127 ημέρες, δηλαδή από 15/11/2017 σε 21/3/2018, ημερομηνία παραλαβής του Έργου.

Ημερομηνία λήξης περιόδου ευθύνης για ελαττώματα ήταν η 21/3/2019.

Τα υλικά που χρησιμοποιήθηκαν, τόσο για την κατασκευή του κτιρίου όσο για την κατασκευή των υπόλοιπων εργασιών ανταποκρίνονταν στις τεχνικές απαιτήσεις του Συμβολαίου, το επίπεδο όμως της τεχνουργίας (workmanship) της κατασκευής του κτιρίου κρίθηκε το ελάχιστο αποδεκτό όσον αφορά ειδικά τα τελειώματα.

Τα αποτελέσματα των εργαστηριακών ελέγχων πληρούσαν τις τεχνικές απαιτήσεις του Συμβολαίου και σε περίπτωση που αυτά είχαν απόκλιση (υλικό επιχωμάτωσης θεμελίων κτιρίου) ο Οικονομικός Φορέας συμμορφώθηκε με τις οδηγίες του Μηχανικού και προέβη σε διορθωτικά μέτρα.

Η ανταπόκριση/ συμμόρφωση του Οικονομικού Φορέα στις οδηγίες του Μηχανικού δεν ήταν άμεση και ο Οικονομικός Φορέας αιτείτο ατεκμηρίωτης και αδικαιολόγητης παράστασης παράτασης χρόνου για να συμμορφωθεί με τις απαιτήσεις του Συμβολαίου.

Το Έργο είχε διάρκεια 6 μήνες (180 ημέρες) δηλαδή από τις 24/4/2017 μέχρι τις 24/10/2017. Παραχωρήθηκε στον Οικονομικό Φορέα δικαιολογημένη παράταση χρόνου 21 ημέρες μεταφέροντας την ημερομηνία ολοκλήρωσης του Έργου στις 15/11/2017. Το Έργο παραλήφθηκε στις 21/3/2018 με 127 ημέρες αδικαιολόγητης καθυστέρησης.

Οικονομικός Φορέας τους πρώτους 4 μήνες εκτέλεσης του Έργου δεν ήταν οργανωμένος με αποτέλεσμα η παρουσία του στο Έργο, τόσο σε Εργοδηγό (επιστάτη) όσο και σε εργατοτεχνίτες αλλά και σε μηχανικό εξοπλισμό, να είναι ελάχιστη. Η συνεργασία και συντονισμός του Οικονομικού Φορέα με τους υπεργολάβους ήταν ελλιπής καθότι, ο Επιστάτης του Έργου δεν ήταν παρών επί μονίμου βάσεως αλλά εκτελούσε, παράλληλα με το παρόν Έργο και άλλα Έργα της Αναθέτουσας Αρχής.

Ο χρόνος αδικαιολόγητης καθυστέρησης ανέρχεται σε 4,5 μήνες και ο χρόνος αποπεράτωσης ανέρχεται σε 6,5 μήνες.

Οι υποβολές απαιτήσεων του Οικονομικού Φορέα για οικονομικές αποζημιώσεις γίνονταν εντός της προθεσμίας που καθορίζεται στο Συμβόλαιο αλλά κρίθηκαν ως παράλογες και υπερβολικές. Ο οικονομικός φορέας αιτείτο παραχώρησης ποσού €150.000,00 για οικονομικές αποζημιώσεις και του παραχωρήθηκε το συνολικό ποσό των €2.100,00.

Ο Προσωρινός Τελικός Λογαριασμός υποβλήθηκε από τον Οικονομικό Φορέα εντός της προθεσμίας που καθορίζεται στο Συμβόλαιο αλλά χωρίς τεκμηρίωση.

Όσον αφορά τα εργατικά θέματα υπήρχαν παράπονα (προφορικώς και γραπτώς) από προσωπικό και υπεργολάβους του Οικονομικού Φορέας για μη καταβολή ημερομισθίων και οφειλών.

Υπήρξαν παραβάσεις από τον Οικονομικό Φορέα άλλων προνοιών του Συμβολαίου, όπως

- Μη αναθεώρηση και έγκαιρη υποβολή προγράμματος εργασίας,
- Μη ανανέωση Ασφάλειας Έργου
- Μη εκτέλεση εκκρεμοσών εργασιών του καταλόγου που επισυνάπτεται στην προσωρινή παραλαβή του Έργου.

Σε σχέση με την αδικαιολόγητη καθυστέρηση ο Οικονομικός Φορέας υστέρησε στους ακόλουθους παράγοντες.

- Οργάνωση και προγραμματισμός

- Καταλληλότητα και επάρκεια προσωπικού
- Καταλληλότητα και επάρκεια μηχανικού εξοπλισμού
- Συνεργασία και συντονισμός με υπεργολάβους

Στη γραπτή αγόρευση του Οικονομικού Φορέα υπάρχει γενική άρνηση των γεγονότων όπως τα εξέθεσε ενώπιον μας η Αναθέτουσα Αρχή. Τίποτε περισσότερο.

Ακολούθησε η γραπτή αγόρευση της συνηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής η οποία απαντά λεπτομερώς στη γραπτή αγόρευση του Οικονομικού Φορέα και αντικρούει όλους τους ισχυρισμούς που περιέχονται σε αυτή.

Στην εν λόγω γραπτή αγόρευση αναφέρεται ότι οι ισχυρισμοί αυτοί του Οικονομικού Φορέα περί των γεγονότων, δεν δύνανται όπως αποτελέσουν αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας. Η διαδικασία η οποία καθορίζεται από την εναρμονιστική νομοθεσία, κατά την εισήγηση της Αναθέτουσας Αρχής, έχει ως ακολούθως:

Η Αναθέτουσα Αρχή στην προκειμένη περίπτωση, αποφάσισε ότι συντρέχει λόγος δυνητικού αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα, δυνάμει του άρθρου 57(4)(ζ) του Ν.73(Ι)/16. Ακολούθως ενημέρωσε την Επιτροπή Αποκλεισμού, κατ' εφαρμογή του Κανονισμού 37 των σχετικών Κανονισμών (ΚΔΠ 138/2016). Η Επιτροπή Αποκλεισμού θα αποφασίσει κατά πόσο θα επιβάλει στον Οικονομικό Φορέα αποκλεισμό από τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων. Ο Οικονομικός Φορέας, αντί να υποδείξει με την Γραπτή αγόρευση του, συγκεκριμένα μέτρα τα οποία έλαβε για την αποφυγή επανάληψης παρόμοιων περιστατικών, όπως οφείλει, βάσει του Κανονισμού 37(3)(β) των σχετικών Κανονισμών (ΚΔΠ 138/2016), απορρίπτει τους λόγους τερματισμού της σύμβασης και αρνείται ότι εκτέλεσε πλημμελώς τη σύμβαση, παραθέτοντας σχετικά γεγονότα.

Είναι η εισήγηση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η Επιτροπή Αποκλεισμού, δεν έχει αρμοδιότητα όπως αποφασίσει κατά πόσο ο Οικονομικός Φορέας εκτέλεσε πλημμελώς ή μη την σύμβαση και ούτε ασκεί αναθεωρητικό έλεγχο επί της απόφασης της

Αναθέτουσας Αρχής. Αυτό το οποίο δύναται όπως αποφασίσει η Επιτροπή Αποκλεισμού, είναι κατά πόσο θα πρέπει να αποκλειστεί ή μη ο Οικονομικός Φορέας, στη βάση των στοιχείων που αυτός προσκόμισε και τα στοιχεία αυτά, θα πρέπει να αφορούν διορθωτικά μέτρα εκ μέρους του και να μην επικεντρώνονται σε άρνηση των όσων ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή.

Ως εκ τούτου, είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής, ότι ο Οικονομικός Φορέας, διέπραξε «σοβαρή πλημμέλεια» κατά την εκτέλεση της σύμβασης και κατά την παρούσα διαδικασία δεν προσκόμισε οποιαδήποτε στοιχεία που να δεικνύουν διορθωτικά μέτρα τα οποία αυτός έλαβε.

Καταληκτικά, είναι η θέση της αναθέτουσας αρχής ότι για τους λόγους που αναφέρονται στην αγόρευση της, ο Οικονομικός Φορέας, θα πρέπει να αποκλειστεί από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κανονισμού 37(2)(β) των Κανονισμών.

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 δύνανται 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 παραπτωμάτων.

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 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 προσκομίζει 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 ζημιές 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 παραπτωμάτων.

(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.

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 της Σύμβασης.

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». Στο νέο άρθρο της Οδηγίας δεν χρησιμοποιείται ο όρος «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», αλλά ο όρος «σοβαρή πλημμέλεια».

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. Παραθέτουμε πιο κάτω τα κρίσιμα, για την ενώπιον μας υπόθεση, σημεία της εν λόγω απόφασης.

Από την 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 οποιονδήποτε 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. 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.

Επί τούτου σχετική είναι και η εύστοχη τοποθέτηση του Γενικού Εισαγγελέα MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA στα πλαίσια των προτάσεών του στην υπόθεση C-41/18 Meca Srl κατά Comune di Napolì 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 δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας ή παραβάσεις φορολογικών ή κοινω-*

νικοασφαλιστικών 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, καθόσον 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 ελάχισσες 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 ελάχισσες παρατυπίες δεν συνιστούν επαρκή λόγο για αποκλεισμό Οικονομικού Φορέα, όμως κατ' εξαίρεση και ελάχισσες 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 μεταξύ Αναθέτουσας Αρχής και Οικονομικού Φορέα. Αν δηλαδή η πλημμέλεια επηρεάζει μια σημαντική υποχρέωση του Συμβολαίου και πλήττει έναν βασικό όρο του μεταξύ των μερών Συμβολαίου.

Στη συνέχεια θα 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 συνεταιίρων 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 προοιμιακή 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 αναξιοπιστίας 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 αποφαίνονται 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 προοιμιακή 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 παραπτωμάτων 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 αναξιπιστίας (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 Νόμος ενσωματώνει πλήρως την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και η Επιτροπή Αποκλεισμού οφείλει να τον εφαρμόσει, χωρίς να αγνοήσει, με οποιονδήποτε 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 οργάνου, 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 οποίον 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 κάποιο 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 ιδίου, 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 διάψευσή 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 δεικνύουν 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 λάβε 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 λήφθησαν μέτρα από τον οικονομικό φορέα και εάν αυτά που ελήφθησαν είναι επαρκή, σε συνάρτηση με τη

σοβαρότητα της κατάστασης, 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.

**Στον 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 δυνητικών / προαιρετικών λόγων αποκλεισμού στη μία περίπτωση, που δεν υπάρχει λόγος να μην συμπαράσχει 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.

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 ήταν οι ακόλουθες:

Υπήρξε υπέρμετρη και αδικαιολόγητη καθυστέρηση (127 ημέρες) στην πρόοδο του Έργου. Σε σχέση με την καθυστέρηση ο Οικονομικών Φορέας υστέρησε στην οργάνωση και προγραμματισμό, την καταλληλότητα και επάρκεια του προσωπικού, την καταλληλότητα και επάρκεια του μηχανικού εξοπλισμού και τη συνεργασία και συντονισμό με τους υπεργολάβους. Ειδικότερα τους πρώτους τέσσερεις (4) μήνες



εκτέλεσης του Έργου ο Οικονομικός Φορέας δεν ήταν οργανωμένος με αποτέλεσμα η παρουσία του στο Έργο, τόσο σε Εργοδηγό (επιστάτη) όσο και εργατοτεχνίτες αλλά και σε μηχανικό εξοπλισμό, να είναι ελάχιστη. Η συνεργασία και συντονισμός του Οικονομικού Φορέα με τους υπεργολάβους ήταν ελλιπής καθότι ο επιστάτης του Έργου δεν ήταν παρών επί μονίμου βάσεως αλλά εκτελούσε, παράλληλα με το Έργο και άλλο έργο της Αναθέτουσας Αρχής. Το επίπεδο της τεχνουργίας (workmanship) της κατασκευής του Έργου ήταν το ελάχιστο αποδεκτό όσον αφορά ειδικά τα τελειώματα. Κατά την τελική παραλαβή του Έργου υπήρχαν εκκρεμούσες εργασίες οι οποίες αναθέτουσας σε τρίτους από Αναθέτουσα Αρχή ώστε να καταστεί δυνατή η λειτουργία /χρήση του Έργου.

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 θεωρηθούν ως ελάσσονες 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, ελάσσονες παρατυπίες δεν συνιστούν επαρκή λόγο για αποκλεισμό Οικονομικού Φορέα, όμως κατ'εξάιρεση και ελάσσονες 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 πλημμέλεια και/ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια 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 πλημμέλειας. 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 στοιχεία ούτως ώστε να εξεταστεί το 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.

Αφού έχουμε καταλήξει στην απόφαση ότι από πλευράς του Οικονομικού Φορέα έχει διαπραχθεί «σοβαρή πλημμέλεια» και/ή επαναλαμβανόμενη» 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 δυναμική. 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 δυναμικού ή προαιρετικού αποκλεισμού, η οποία εξ ορισμού θεωρείται από τις ολιγότερο σοβαρές περιπτώσεις σε αντιδιαστολή με τις υποχρεωτικές περιπτώσεις αποκλεισμού, κάτι που αντανάκλαται 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 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 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 που έλαβε γνώση για το σχετικό γεγονός».

Προκύπτει από τα πιο πάνω ότι, σύμφωνα με την πρώτη επιφύλαξη του άρθρου 57(7)(β) του Νόμου η περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του **σχετικού γεγονότος** στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (4), ενώ σύμφωνα με τον Κανονισμό 37(2)(β) η περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία που (δηλ. η Επιτροπή Αποκλεισμού έλαβε γνώση για το σχετικό γεγονός.

Έχουμε την ευχέρεια αλλά και την υποχρέωση, στη βάση των αρχών του δικαίου της Ένωσης, να εξετάζουμε αν ο τρόπος μεταφοράς της σχετικής οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη της Κύπρου συνάδει με το δίκαιο της Ένωσης. Το ευρωπαϊκό δίκαιο δημιουργεί υποχρέωση στα εθνικά δικαστήρια αλλά και σε κάθε άλλη δημόσια αρχή όπως αποφεύγουν να εφαρμόζουν κανόνες του εθνικού δικαίου οι οποίοι βρίσκονται σε σύγκρουση με τις πρόνοιες μια οδηγίας. Το ζήτημα διατυπώνεται όπως το πιο κάτω αναφέρεται στο σύγγραμμα των Koen Lenaerts and Piet Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, Second Edition. Διαβάζουμε στη σελίδα 776, παράγραφο 17-132:

“..... it follows from the primacy of community law that the provisions of a directive must enjoy precedence over conflicting rules of national law. This applies in the first place to measures taken specifically with a view to implementing a directive. If national law confers on courts and tribunals discretion to apply mandatory rules of law of their own motion, they must examine ex proprio motu

whether the national authorities remained within the limits of their discretion under the directive..... Public authorities other than the courts must also refrain from applying national rules which conflict with a directive.”

Η εξέταση επομένως ενός τέτοιου ζητήματος είναι επιταγή πηγάζουσα από την αρχή της υπεροχής του δικαίου της Ένωσης.

Θεωρούμε ότι ο πιο πάνω κανονισμός εκδόθηκε καθ' υπέρβαση (ultra vires) του εξουσιοδοτούντος Νόμου που ενσωματώνει την Οδηγία 2014/24/ΕΕ.

Θεωρούμε ότι οι πρόνοιες του άρθρου 57(7)(β) του Νόμου υπερισχύουν των προνοιών του Κανονισμού 37(2)(β) των Κανονισμών και ως εκ τούτου θα εφαρμόσουμε τις πρόνοιες του άρθρου 57(7)(β) του Νόμου, και της Οδηγίας.

Το τι αποτελεί «σχετικό γεγονός» αποφασίστηκε στην απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων της 24<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2018 στην υπόθεση C 124/17, Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH που 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 παράγραφος 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 ημερομηνία 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 υπολογισμού 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».*

Αφού λάβαμε υπόψη όλα τα ενώπιόν μας στοιχεία, την Οδηγία, το Νόμο και τους σχετικούς Κανονισμούς επιβάλλουμε αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για περίοδο τριών (3) ετών από το σχετικό γεγονός ήτοι την ημερομηνία παραλαβής του Έργου που είναι η 21/3/2018.

(Υπ.).....  
Χάρης Σολομωνίδης  
Πρόεδρος

(Υπ.) .....  
Ανδρέας Αγρότης  
Μέλος

#### **ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ**

Π. ΧΑΤΖΗΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, Μέλος: Συμφωνώ με την απόφαση της πλειοψηφίας ότι ο Κανονισμός 37(2) (β) των Κανονισμών εκδόθηκε καθ' υπέρβαση (*ultra vires*) του άρθρου 57(7) (β) του εξουσιοδοτούντος Νόμου που ενσωματώνει την Οδηγία 2014/24/Ε.Ε [άρθρο 57(7) (β)] και ότι οι πρόνοιες της πρώτης επιφύλαξης του άρθρου 57(7) (β) του Νόμου υπερισχύουν του Κανονισμού 37 (2) (β) των Κανονισμών.

Διαφωνώ όμως με την απόφαση της πλειοψηφίας ότι, υπό το φως των πιο πάνω, η Επιτροπή Αποκλεισμού έχει εξουσία ή αρμοδιότητα να αγνοήσει τις πρόνοιες του Κανονισμού 37 (2) (β) των Κανονισμών και, αντί αυτών, να εφαρμόσει τις πρόνοιες της πρώτης επιφύλαξης του άρθρου 57(2) (β) του Νόμου.

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Ανώτατου Δικαστηρίου, ένα διοικητικό όργανο, όπως η Επιτροπή Αποκλεισμού, δεν μπορεί να αποφαίνεται από μόνο του ότι ένας κανονισμός είναι ultra vires του εξουσιοδοτικού νόμου και να μην τον εφαρμόζει, εφόσον δεν έχει κηρυχθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο ως μη έγκυρος.

Όπως αναφέρεται στην απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου **Πέτρος Πετρίδης ν Ραδιοφωνικού Ιδρύματος Κύπρου (2003) 4 ΑΑΔ 1060**, σελίδα 5:

« Στην υπόθεση εκείνη ο δικαστής Νικολάου αποφάνθηκε, και συμφωνώ απόλυτα με την κρίση του, πως το διοικητικό όργανο δεν μπορούσε να θεωρήσει μη έγκυρο θεσμοθετημένο κανονισμό και να μην τον εφαρμόσει. Να αποφανθεί δηλαδή, από μόνο του το διοικητικό όργανο πως ο κανονισμός ήταν Ultra Vires του εξουσιοδοτικού νόμου. Χρέος του διοικητικού οργάνου ήταν να εφαρμόσει τον κανονισμό, εφόσον αυτός δεν είχε κηρυχθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο ως μη έγκυρος.»

Η πιο πάνω νομολογιακή αρχή επαναλήφθηκε και στην απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου ημερομηνίας 14/11/2018 στην προσφυγή με αριθμό 219/2010 **(... Χριστοδουλίδης ν Πανεπιστήμιο Κύπρου)** Στη σελίδα 11 της απόφασης αναφέρονται τα πιο κάτω:

«Κρίνω, επίσης, ως ορθή τη θέση του καθ' ου η αίτηση, ότι το καθ' ου η αίτηση ήταν υπόχρεο να εφαρμόσει τον **Κανονισμό 13(3) των Κανονισμών**, σύμφωνα με την νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου επί του θέματος. Ως αναφέρθηκε, σχετικά στην **Ουρανία Αντωνίου και Άλλες ν. Αρχής Ανάπτυξης Ανθρώπινου Δυναμικού Κύπρου (2003) 4 Α.Α.Δ.806**, με δικές μου υπογραμμίσεις:

«Αλλά αυτή η κατάληξη δεν παρέχει απάντηση στο βασικό υπό εξέταση ζήτημα που είναι το κατά πόσο ορθά ήταν που δεν λήφθηκαν υπόψη οι εκθέσεις για τα έτη 1991 - 1993. Κι αυτό διότι η συζήτηση αναφορικά με το πώς επιδρούσε ο νέος νόμος επί του Καν. 6 της Κ.Δ.Π. 289/94 είχε ως αφετηρία την προδήλως εσφαλμένη άποψη ότι η **Αρχή είχε δικαίωμα να κρίνει η ίδια τη νομιμότητα του Κανονισμού και, θεωρώντας τον ultra vires, να μην τον εφαρμόσει.** Υπέδειξα στη συνήγορο της Αρχής ότι η



νομολογία δεν αναγνωρίζει τέτοιο δικαίωμα: βλ. Ψαρά – Κρονίδου v. Δημοκρατίας (1987) 3 C.L.R. 710.»

Όπως ειπώθηκε και στην **ΠΕΤΡΟΣ ΠΕΤΡΙΔΗΣ ΚΑΙ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΟΥ ΙΔΡΥΜΑΤΟΣ ΚΥΠΡΟΥ (2003) 4 Α.Α.Δ. 1060**, πάντα με δικές μου υπογραμμίσεις:

«.Στην υπόθεση εκείνη ο δικαστής Νικολάου αποφάνθηκε, και συμφωνώ απόλυτα με την κρίση του, πως το διοικητικό όργανο δεν μπορούσε να θεωρήσει μη έγκυρο θεσμοθετημένο κανονισμό και να μη τον εφαρμόσει. Να αποφανθεί δηλαδή, από μόνο του το διοικητικό όργανο πως ο κανονισμός ήταν Ultra Vires του εξουσιοδοτικού νόμου. Χρέος του διοικητικού οργάνου ήταν να εφαρμόσει τον κανονισμό, εφόσον αυτός δεν είχε κηρυχθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο ως μη έγκυρος.»

Εξάλλου, η Επιτροπή Αποκλεισμού, η οποία συστήθηκε με βάση τον Κανονισμό 32 των Κανονισμών, κατά τη διαδικασία εξέτασης θέματος αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων από διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων οφείλει, σύμφωνα, με τον Κανονισμό 37, να ενεργεί σύμφωνα με τον παρόντα Κανονισμών.

Σημειώνω στο σημείο αυτό ότι δεν υπάρχει διαφορά ή σύγκρουση μεταξύ του δικαίου της Ένωσης και του Κυπριακού δικαίου, εφόσον οι πρόνοιες του άρθρου 57(7) της Οδηγίας 2004/18/EK μεταφέρθηκαν αυτούσιες στο άρθρο 57(7) (β) του Νόμου 73(1)/2016.

Υπό το φως των πιο πάνω, θεωρώ ως χρόνο έναρξης του δυνητικού αποκλεισμού του Οικονομικού φορέα την **23/9/2019**, που η Επιτροπή Αποκλεισμού έλαβε γνώση για το σχετικό γεγονός, και επιβάλλω στον Οικονομικό Φορέα αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο τριών (3) ετών από τις 23.09.2019.

(Υπ.).....

Παναγιώτης Χατζηδημητρίου

(Μέλος)

