

ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ
ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΑΠΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ
ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Αρ. Υπόθεσης: 13/2019

Μεταξύ:

Συμβουλίου Υδατοπρομήθειας Λευκωσίας

Αναθέτουσας Αρχής

-και-

G & D Neophytou Constructions Ltd

Οικονομικού Φορέα

Ημερομηνία: 19 Φεβρουαρίου, 2021

Επιτροπή Αποκλεισμού:

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

Εμφανίσεις:

Για την Αναθέτουσα Αρχή: κα Μ. Καραολιά, δικηγόρος για Μ. Ηλιάδης & Συνεταίροι ΔΕΠΕ.

Για τον Οικονομικό Φορέα: κ. Λ. Μαππουρίδη δικηγόρος για δικηγορικό γραφείο Ρίκκος Μαππουρίδης, & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε.

κα Άντρη Παναγή, Γραμματέας της Επιτροπής, παρούσα.

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. Αग्रότης, μέλος) Ο Π. Χατζηδημητρίου, μέλος, θα δώσει τη δική του απόφαση.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Χ. Σολομωνίδης, Π: Με επιστολή της ημερ. 05.06.2019 η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται όπως ο Οικονομικός Φορέας αποκλειστεί από μελλοντικούς διαγωνισμούς του Δημοσίου καθότι έχει επιδείξει σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιωδών απαιτήσεων της Σύμβασης Προσφορά αρ. 19/2017 για παλινόρθωση εκσκαφών, μάζεμα και απομάκρυνση των μπάζων και καθαρισμό και ξέπλυμα του σημείου εκσκαφής, για περίοδο ενός έτους από 1.1.18 μέχρι 31.12.18, που είχε ως αποτέλεσμα την έκθεση της Αναθέτουσας Αρχής σε σοβαρότατους κινδύνους και την ανάγκασε να διακόψει την Σύμβαση.

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

Από την ημερομηνία έναρξης των εργασιών διαπιστώθηκαν κατ'επανάληψη παραβάσεις των όρων της Σύμβασης σχετικά με τον πιο πάνω αναφερόμενο διαγωνισμό που συνίσταντο, μεταξύ άλλων, στην χρήση, εκτός προδιαγραφών υλικών, κακής ποιότητας εργασία, μη ικανοποιητική και εκτός προδιαγραφών συμπίεση των υλικών, το μάζεμα μπάζων, τον καθαρισμό και ξέπλυμα της παλινόρθωσης των εκσκαφών, στην καθυστέρηση παράδοσης των εκσκαφών στα συνεργεία της Αναθέτουσας Αρχής και γενικά στην ελαττωματικότητα των εργασιών και υλικών.

Κατ'επανάληψη, τόσο προφορικά όσο και γραπτώς, αλλά και προσωπικά σε συναντήσεις στις οποίες ο διευθυντής του Οικονομικού Φορέα Γ.Ν., κλήθηκε, παρουσιάστηκε, και του επιστήθηκε η προσοχή για συγκεκριμένες παραβάσεις και η Αναθέτουσα Αρχή τον κάλεσε να προβεί σε αποκατάσταση και/ή

επιδιόρθωση των ελαττωματικών εργασιών, τις οποίες ο Οικονομικός Φορέας δεσμεύθηκε να αποκαταστήσει άμεσα καθώς και στη χρήση των κατάλληλων και σύμφωνα με τις προδιαγραφές υλικών.

Συγκεκριμένα, μόλις διαπιστώθηκαν παραβιάσεις των συμβατικών υποχρεώσεων του Οικονομικού Φορέα, και αφού προηγουμένως του υποδείχθηκαν προφορικά, στις 22 Ιανουαρίου 2018, κλήθηκε σε συνάντηση στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής όπου του αναφέρθηκαν τα αποτελέσματα ελέγχου των εργασιών, που πραγματοποιήθηκε από αρμόδιους λειτουργούς της Αναθέτουσας Αρχής κατά την 18^η Ιανουαρίου 2018 και αφορούσαν μεταξύ άλλων σε:

- α) Μη ορθό τρόπο μολώματος των αυλακιών,
- β) σημεία τα οποία δεν καθαρίζονταν ικανοποιητικά,
- γ) πρόβλημα στην συμπίεση χωμάτων κατά την παλινόρθωση των εκσκαφών,
- δ) μη ικανοποιητική καθαριότητα των σημείων, και
- ε) μη απομάκρυνση των μπάζων.

Κατά την εν λόγω συνάντηση, ο διευθυντής του Οικονομικού Φορέα κ. Νεοφύτου αναφέρθηκε σε προβλήματα που αντιμετώπιζε ο Οικονομικός Φορέας (όπως π.χ. μη επάρκεια του προσωπικού του) και προσπάθειες που θα γίνονταν για συμμόρφωση με τους όρους της Σύμβασης.

Ακολούθως, στις 25 Ιανουαρίου 2018 και στη βάση των όσων αναφέρθηκαν στη συνάντηση ημερομηνίας 22 Ιανουαρίου 2018 απεστάλη επιστολή, με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή ζητούσε την άμεση συμμόρφωση του Οικονομικού Φορέα με τις προδιαγραφές της προσφοράς ως ήταν η υπόσχεση του διευθυντή του κ. Νεοφύτου.

Στις 23 Φεβρουαρίου 2018 απεστάλη δεύτερη διπλοσυστημένη επιστολή στην οποία η Αναθέτουσα Αρχή παρέθεσε τις πιο σημαντικές αποκλίσεις από τους όρους της Συμφωνίας που αφορούσαν στη χρήση σκυροδέματος αντοχής εκτός προδιαγραφών, στη μη χρήση άμμου ή/και στη χρήση αντ' αυτού μπάζων ή χωμάτων τα οποία δεν συμπιέζονταν κατά την παλινόρθωση των εκσκαφών. Με την ίδια επιστολή ο Οικονομικός Φορέας εκκαλείτο άμεσα να συμμορφωθεί και προειδοποιείτο με λήψη μέτρων μη αποκλειόμενης της καταγγελίας της Σύμβασης.

Στις 9 Μαρτίου 2018 ο Διευθυντής του Οικονομικού Φορέα κ. Γ.Ν. κλήθηκε και πάλι σε συνάντηση στα Γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής κατά την οποία, ο Διευθυντής της Αναθέτουσας Αρχής κ. Ζαμπακίδης εξέφρασε για άλλη μια

φορά τη δυσαρέσκεια του ως προς τη χαμηλή ποιότητα των εργασιών και παράλειψη καταβολής της δέουσας δεξιότητας και επιμέλειας κατά την εκτέλεσή τους. Στη συνάντηση αναφέρθηκαν, από τους αρμόδιους λειτουργούς, παραδείγματα ελαττωματικών παλινορθώσεων καθώς και τα αποτελέσματα πρόσφατης ανάλυσης δείγματος μπετόν που χρησιμοποίησε ο Οικονομικός Φορέας. Τα αποτελέσματα αυτά ήταν εκτός προδιαγραφών.

Παρά τις πιο πάνω υποδείξεις της Αναθέτουσας Αρχής ο Οικονομικός Φορέας συνέχισε να μη συμμορφώνεται με τους όρους της Σύμβασης και την υποχρέωση για επιδιόρθωση και αποκατάσταση των παλινορθώσεων, με αποτέλεσμα η Αναθέτουσα Αρχή να γίνεται δέκτης έντονων παραπόνων από Δήμους αλλά και από απλούς πολίτες για ελαττωματικές εργασίες και τον κίνδυνο να προκαλέσουν σοβαρούς τραυματισμούς σε πολίτες. Σε δύο μάλιστα περιπτώσεις, λόγω των ελαττωματικών παλινορθώσεων, πολίτες είχαν ατύχημα και τραυματίστηκαν με αποτέλεσμα να αξιώνουν αποζημίωση από την Αναθέτουσα Αρχή.

Προς αντιμετώπιση της κατάστασης και λόγω της μη συμμόρφωσης του Οικονομικού Φορέα, ο κ. Γ.Ν. κλήθηκε ξανά σε συνάντηση στα Γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής στις 17 Μαΐου 2018, όπου και παρευρέθηκε μετά του νομικού του συμβούλου. Κατά την εν λόγω συνάντηση, η Αναθέτουσα Αρχή, στην παρουσία των προϊσταμένων των τεχνικών και οικονομικών υπηρεσιών, της εσωτερικού ελεγκτή και άλλων αξιωματούχων της εξέθεσε τις παραβάσεις της Σύμβασης στη βάση στοιχείων και μαρτυρίας κατόπιν σχετικών ελέγχων και δειγματοληψιών, τις οποίες προφορικά αναγνώρισε ο διευθυντής του Οικονομικού Φορέα κ. Νεοφύτου.

Τα όσα υποδείχθηκαν κατά την εν λόγω συνάντηση αναφέρθηκαν λεπτομερώς σε επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής η οποία απεστάλη στις 7 Ιουνίου 2018 καλώντας και πάλι τον Οικονομικό Φορέα όπως συμμορφωθεί άμεσα.

Δυστυχώς, αντί συμμόρφωσης, ο Οικονομικός Φορέα επέλεξε να αποστείλει επιστολή στην Αναθέτουσα Αρχή ημερομηνίας 13 Ιουνίου 2018 με την οποία πρόβαλλε την αστήρικτη θέση ότι είχε συμμορφωθεί και ταυτόχρονα για πρώτη φορά πρόβαλλε αβάσιμους ισχυρισμούς για παραλείψεις εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής και επιχείρησε την επίρριψη ευθυνών στην Αναθέτουσα Αρχή σε μια προσπάθεια διαστρέβλωσης των γεγονότων και αποποίησης των ευθυνών του.

Προς απόδειξη της μη συμμόρφωσης, η Αναθέτουσα Αρχή, διά των αρμοδίων λειτουργών της πραγματοποίησε στις 21 Ιουνίου 2018 αιφνίδιο έκτακτο έλεγχο που αποκάλυψε ελαττωματικές παλινορθώσεις σε εργασίες που εκτελέστηκαν από 26 Μαΐου 2018 έως τις 16 Ιουνίου 2018 σε 4 διαφορετικές τοποθεσίες. Κατά την εν λόγω ημερομηνία, στα πλαίσια του αιφνίδιου ελέγχου, ο κ. Γ.Ν. κλήθηκε και παρουσιάστηκε σε δειγματοληψία με σκοπό τον εργαστηριακό

έλεγχο του βαθμού συμπίεσης των επιχωματώσεων. Ο έλεγχος και πάλι έδειξε ότι η συμπύκνωση των επιχωματώσεων ήταν εκτός προδιαγραφών.

Οι πράξεις και παραλείψεις του Οικονομικού Φορέα όπως αναφέρονται πιο πάνω έχουν προκαλέσει στην Αναθέτουσα Αρχή ζημιές και την έχουν εκθέσει στον κίνδυνο να υποστεί περαιτέρω ζημιές και υποχρεώσεις έναντι των Δήμων αλλά και των πολιτών. Ιδιαίτερα η Αναθέτουσα Αρχή ανησυχούσε για τον κίνδυνο τραυματισμού πολιτών που χρησιμοποιούν καθημερινά τους δρόμους όπου διεξήχθησαν οι εργασίες από τον Οικονομικό Φορέα, λόγω των ελλαττωματικών παλινρθώσεων.

Με βάση όλα τα πιο πάνω και συγκεκριμένα επειδή:

1. Ο Οικονομικός Φορέας αδυνατούσε να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις
2. Η ποιότητα των υπηρεσιών / προϊόντων ήταν εκτός προδιαγραφών
3. Ο Οικονομικός Φορέας δεν συμμορφώθηκε μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα με τις ειδοποιήσεις και παρατηρήσεις της Αναθέτουσας Αρχής για επανορθώσεις και
4. Αδυνατούσε να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις που επηρέαζαν σημαντικά την πιστή εκτέλεση της Σύμβασης εντός των προθεσμιών και επειδή η Αναθέτουσα Αρχή είχε νομική υποχρέωση να λάβει μέτρα για προστασία των πολιτών, αποφάσισε όπως τερματίσει τη Σύμβαση με την επιστολή της ημερομηνίας 2 Ιουλίου 2018 με ισχύ από 17/07/2018 με πλήρη επιφύλαξη των δικαιωμάτων της.

Στη γραπτή αγόρευση του Οικονομικού Φορέα παρατίθεται η θέση του ως προς τα γεγονότα και εγείρονται και Νομικά θέματα. Την παραθέτουμε αμέσως πιο κάτω:

Ο Οικονομικός Φορέα αναφέρει ότι δυνάμει του όρου 7 της Σύμβασης για «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΛΙΝΟΡΘΩΣΗΣ ΕΚΣΚΑΦΩΝ, ΜΑΖΕΜΑ ΚΑΙ ΑΠΟΜΑΚΡΥΝΣΗ ΜΠΑΖΩΝ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟ ΚΑΙ ΞΕΠΛΥΜΑ ΤΟΥ ΣΗΜΕΙΟΥ ΕΚΣΚΑΦΗΣ» και ειδικότερα δυνάμει του όρου 7.2 ακόμα και αν θεωρηθεί ότι υπάρχει αθέτηση συμβατικών όρων, το μέρος που θεωρεί ότι ζημιώθηκε μπορεί να προβεί σε μέτρα αποκατάστασης, ώστε να αποφευχθεί ο τερματισμός της Σύμβασης. Δηλαδή, είτε αποζημίωση, είτε τερματισμό της Σύμβασης.

Προσθέτει ότι στους Γενικούς όρους της Σύμβασης και συγκεκριμένα στον όρο 37(3) «ΤΕΡΜΑΤΙΣΜΟΣ ΑΠΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ», ορίζεται ότι το Συμβούλιο δύναται, αφού δώσει στον Ανάδοχο προειδοποίηση δέκα εργάσιμων ημερών, να τερματίσει την Σύμβαση, εάν ο ανάδοχος αδυνατεί να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις καθώς η ποιότητα των υπηρεσιών/προϊόντων είναι εκτός προδιαγραφών και/ή για άλλο συναφή λόγο σχετικά με τις

συμβατικές του υποχρεώσεις, όπως εν προκειμένω ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή.

Ο Οικονομικός Φορέας ισχυρίζεται ότι, εκτός του ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν παραθέτει με σαφήνεια και συγκεκριμένα σε ποιον από τους λόγους που αναφέρονται στην Σύμβαση επικαλείται προς τερματισμό της Σύμβασης, αναφέρεται σε λόγους χωρίς να παραθέτει το πραγματικό υπόβαθρο αυτών.

Είναι η θέση του Οικονομικού Φορέα, ότι η Αναθέτουσα Αρχή παραθέτει, αόριστους ισχυρισμούς, χωρίς ωστόσο να εξειδικεύει την αιτιολογία τους, ενώ παράλληλα δεν παραθέτει ούτε και το νομικό υπόβαθρο της επίδικης καταγγελίας. Οι λόγοι τερματισμού, ως αυτοί αναγράφονται στην Προσφορά 19/2017, στο άρθρο 37(3) είναι, μεταξύ άλλων, α) η αδυναμία εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων, καθώς η ποιότητα των υπηρεσιών/προϊόντων είναι εκτός προδιαγραφών β) η μη συμμόρφωση με τις υποδείξεις του Αρμόδιου Λειτουργού, βάσει των οποίων ζητείται η επανόρθωση κάθε αμέλειας ή αδυναμίας εκπλήρωσης των συμβατικών του υποχρεώσεων και γ) η άρνηση ή αμέλεια εκτέλεσης οδηγιών του Αρμόδιου Λειτουργού.

Συγκεκριμένα, σημειώνει ο Οικονομικός Φορέας, ως αναφέρεται στην Έκθεση Αξιολόγησης Αναδόχου, μετά από έλεγχο των εργασιών, που πραγματοποιήθηκε από αρμόδιους λειτουργούς της Αναθέτουσας Αρχής διαπιστώθηκαν οι ακόλουθες παραβάσεις:

- α. Μη ορθός τρόπος μολώματος των αυλακιών
- β. Σημεία τα οποία δεν καθαρίζονταν ικανοποιητικά
- γ. Πρόβλημα στην συμπίεση χωμάτων κατά την παλινόρθωση των εκσκαφών
- δ. Μη ικανοποιητική καθαριότητα των σημείων
- ε. Μη απομάκρυνση των μπάζων.

Ως εκ των ανωτέρω, είναι η εισήγηση του Οικονομικού Φορέα πως στην εν λόγω Έκθεση θα έπρεπε να προβάλλονται συγκεκριμένα οι λόγοι τερματισμού με βάση τη Σύμβαση και τους όρους της Προσφοράς, πράγμα που θα έπρεπε να προηγηθεί και στην επιστολή καταγγελίας της Σύμβασης και κατάσχεσης του Έργου. Τούτο γιατί ο Οικονομικός φορέας ευρίσκεται έκθετος και θα πρέπει, αφού δεν προσδιορίστηκαν οι λόγοι τερματισμού, να αντιμετωπίσει και τους 5 προβλεπόμενους στο Άρθρο 37 (3) των Όρων λόγους, χωρίς να προσδιορίζεται σε ποιο από τους Όρους αυτούς προσκρούει η συμπεριφορά του.

Ο Οικονομικός Φορέας στην συνέχεια αναφέρει ότι προς απάντηση των ως άνω αόριστων ισχυρισμών, παρέθεσε λεπτομερώς και τεκμηριωμένα, με επιστολή του ημερομηνίας 13.06.2018, τα όσα του απέδιδε η Αναθέτουσα Αρχή επισημαίνοντας την πλήρη και άμεση συμμόρφωση του με τις υποδείξεις που έγιναν από αυτή.

Ειδικότερα στην υπό αναφορά απαντητική επιστολή αναφέρεται:

α. Είχε γίνει εργοδότηση ατόμου από τον Οικονομικό Φορέα για την άμεση παραλαβή των εκσκαφών, την τοποθέτηση κώνων του Οικονομικού Φορέα και εξοπλισμό περιφραξης για τη διασφάλιση της ασφαλούς εκτέλεσης της εργασίας.

β. Χρησιμοποιείτο άμμος κατάλληλη και/ή πληρούσα της προδιαγραφές της Σύμβασης.

γ. Τα χώματα που χρησιμοποιούνταν για την επιδιόρθωση των εκσκαφών συμπίεζονταν ανά 15 εκατοστά ως οι πρόνοιες και/ή οι όροι της Σύμβασης.

δ. Οποιαδήποτε μπάζα προέκυπταν κατά τις εκσκαφές απομακρύνονταν άμεσα και/ή μέσα στα χρονικά πλαίσια που καθορίζονται από τις πρόνοιες της Σύμβασης.

ε. Χρησιμοποιείτο βυτιοφόρο, το οποίο καλείτο στο σημείο μετά από επιδιόρθωση εκσκαφών και καθάριζε και ξέπλενε τις εκσκαφές.

στ. Ο Οικονομικός Φορέας είχε παραδώσει όλες τις βεβαιώσεις συντήρησης των οχημάτων από αδειούχους μηχανικούς.

Λαμβανομένων υπόψη των σχετικών διατάξεων του Νόμου και των Κανονισμών και το περιεχόμενο της επιστολής του Οικονομικού Φορέα, η παρούσα, προωθείται, κατά την εισήγηση του Οικονομικού Φορέα, εκβιαστικά και/ή καταχρηστικά από την Αναθέτουσα Αρχή. Και τούτο γιατί, πέραν των ανωτέρω, η με εκ νέου επιστολή της ημερομηνίας 2/7/2018 τερμάτισε τη Σύμβαση, με ισχύ τερματισμού από 17/7/2018, επαναλαμβάνοντας της κατ' ισχυρισμό παραβάσεις της Σύμβασης, χωρίς παράλληλα να δικαιολογεί τα όσα ο Οικονομικός Φορέας της υπέδειξε ως μέτρα αυτοκάθαρσης (self-cleaning), τα οποία σε κάθε περίπτωση, δικαιολογούν τον μη αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα, από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, στην υπό αναφορά επιστολή τερματισμού, πέραν από τις κατ' ισχυρισμό παραβάσεις, δεν παράθεσε και/ή δεν αντιστοίχισε αυτές, με τους όρους Τερματισμού της Σύμβασης. Δεν παρέπεμψε δηλαδή στους όρους, που επικαλείται προς τερματισμό της Σύμβασης.

Περαιτέρω ο Οικονομικός Φορέα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή στην εν λόγω επιστολή, αναφέρεται σε εργαστηριακό έλεγχο του βαθμού

συμπίεσης των επιχωματώσεων, χωρίς ωστόσο τα αποτελέσματα αυτού να κοινοποιούνται προς αυτόν για απόδειξη των ισχυρισμών της.

Τέλος, ο Οικονομικός Φορέας σημειώνει πως, ενώ ο τερματισμός της Σύμβασης έγινε στις 17/7/2018, η καταγγελία προς την αρμόδια αρχή έγινε με επιστολή ημερομηνίας 5/6/2019, σχεδόν ένα χρόνο μετά. Στη βάση τούτου, είναι η θέση του Οικονομικού Φορέα πως εάν υπήρχε υποψία «σοβαρής πλημμέλειας» ή «επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας» η Αναθέτουσα Αρχή, δεν θα προέβαινε σε καταγγελία σχεδόν ένα χρόνο μετά τον τερματισμό. Μπορεί στον σχετικό Κανονισμό (ΚΔΠ 138/2016) να μην υπάρχει καθορισμένος χρόνος για υποβολή τέτοιου αιτήματος, πλην όμως, η προώθηση της καταγγελίας σε τέτοιο χρόνο, αναιρεί την ύπαρξη σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, με την έννοια ότι εξαλείφεται κάθε κατ'ισχυρισμό κίνδυνος. Τούτο δε, σε συνάρτηση με τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής πως η οποιασδήποτε μορφής πλημμέλεια κατά την εκτέλεση της Σύμβασης, έχει ως αποτέλεσμα την έκθεσή της σε σοβαρότατους κινδύνους, γεγονός το οποίο οδήγησε στον τερματισμό της Σύμβασης.

Πέραν τούτων όμως, είναι ισχυρισμός του Οικονομικού Φορέα πως η παρούσα διαδικασία προωθείται εκβιαστικά και/ή καταχρηστικά, ενόψει και της καταχώρησης από αυτόν και εναντίον της Αναθέτουσας Αρχής της Αγωγής υπ' αριθμό 184/2019, δεδομένου ότι η καταγγελία προωθήθηκε στις 5/6/2019.

Δυνάμει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, είναι η θέση του Οικονομικού Φορέα, πως δεν τέθηκε το πραγματικό και νομικό υπόβαθρο, που να δικαιολογεί τον τερματισμό της επίδικης Σύμβασης και την κατ'επέκταση καταγγελία του Οικονομικού Φορέα στην Επιτροπή Αποκλεισμού, λαμβανομένου υπόψη και του χάσματος χρόνου ανάμεσα στον τερματισμό της Σύμβασης και της Καταγγελίας του Οικονομικού Φορέα.

Τέλος, είναι η θέση του Οικονομικού Φορέα ότι ακόμα και εάν ήθελε κριθεί από την Επιτροπή, ότι υπήρχε εύλογος χρόνος για τον τερματισμό της Σύμβασης αυτό από μόνο του, δεν συνιστά λόγο για τον αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές Δημόσιες Συμβάσεις, αφού το κριτήριο για να αποφασιστεί ένας τέτοιος αποκλεισμός δυνάμει του άρθρου 57 του Νόμου, είναι η σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια.

Στην απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής στην αγόρευση του Οικονομικού Φορέα αναφέρονται τα ακόλουθα:

1. Η Αναθέτουσα Αρχή επαναλαμβάνει τα όσα αναφέρονται στην Καταγγελία με ημερομηνία 5/6/2019 και λέγει ότι παρά τις επανειλημμένες, τόσο προφορικές όσο και γραπτές, παρατηρήσεις της προς τον Οικονομικό Φορέα ο τελευταίος εσυνέχιζε τις παραβάσεις της Σύμβασης με κακής ποιότητας και

εκτός προδιαγραφών εργασία, με την χρήση ελαττωματικών υλικών, την μη ικανοποιητική και εκτός προδιαγραφών συμπίεση των υλικών, με το μάζεμα των μπάζων, τον καθαρισμό και ξέπλυμα της παλινόρθωσης των εκσκαφών και την καθυστερημένη παράδοση των εκσκαφών στα συνεργεία της Αναθέτουσας Αρχής.

2. Πέραν των υποδείξεων και παρατηρήσεων στις οποίες προέβαινε η Αναθέτουσα Αρχή προς τον Οικονομικό Φορέα ο τελευταίος κλήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή σε συνάντηση στα Γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής κατά τη οποία, ο Διευθυντής της Αναθέτουσας Αρχής, αναφέρθηκε στις παραβάσεις του Οικονομικού Φορέα όπως είχαν σημειωθεί στην έκθεση της Ανώτερης Τεχνικού του ΣΥΛ, Βάσως Κυριάκου, ημερομηνίας 18/1/2018 και που ήταν:

- Τα χώματα, τα οποία χρησιμοποιούνται για το μόλωμα των εκσκαφών (άμμος-crusher run) συμπιέζονται με εκσκαφέα αντί με συμπιεστή χωμάτων με αποτέλεσμα να μην συμπιέζονται ως οι σχετικοί όροι (συμπίεση ανά 15εκ.).
- Τα μπάζα τα οποία προκύπτουν μετά από τις εκσκαφές απομακρύνονται αλλά τα σημεία των εκσκαφών δεν καθαρίζονται ικανοποιητικά.
- Τα σημεία των εκσκαφών, μετά το μόλωμα, ή δεν ξεπλένονται καθόλου ή χρησιμοποιείται νερό από τους περιοίκους. Δεν χρησιμοποιείται μηχανή πίεσεως, ως οι σχετικοί όροι.
- Έχει γίνει δειγματοληψία και αναμένονται τα αποτελέσματα του ελέγχου της αντοχής και καταλληλότητας του σκυροδέματος.

3. Περί 15/2/2018 διεξήχθη από την εταιρεία GEOMAT Testing Laboratories Ltd έλεγχος αντοχής και καταλληλότητας του σκυροδέματος ο οποίος έδειξε ότι το χρησιμοποιηθέν από τον Οικονομικό Φορέα σκυρόδεμα ήταν εκτός προδιαγραφών αφού δεν είχε την προσδοκώμενη αντοχή.

4. Στις 25/1/2018 η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στον Οικονομικό Φορέα επιστολή με την οποία καταγράφονταν οι ελαττωματικές και/ή εκτός των όρων και προδιαγραφών εργασίες και ο Οικονομικός Φορέας εκαλείτο να συμμορφωθεί.

Στις 23/2/2018 η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε και πάλιν επιστολή στην οποία καταγράφονταν οι αποκλίσεις του Οικονομικού Φορέα από τους όρους της Σύμβασης.

5.Επειδή ο Οικονομικός Φορέας συνέχιζε να μην συμμορφώνεται η Αναθέτουσα Αρχή διά της Ανώτερου Τεχνικού Βάσως Κυριάκου απέστειλε επιστολή με ημερομηνία 14/5/18 στην οποία καταγράφονται οι παραλείψεις και/ή παραβάσεις του Οικονομικού Φορέα. Επιπρόσθετα, πραγματοποιήθηκε νέα συνάντηση στα Γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής στις 17/5/2018 κατά την οποία παρευρέθηκαν αντιπρόσωποι του Οικονομικού Φορέα και η Αναθέτουσα

Αρχή ανέλυσε τις διάφορες παραβάσεις του Οικονομικού Φορέα και τον κάλεσε σε συμμόρφωση.

6. Στις 27/2/2018 και 14/5/2018 η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε επιστολή από τον Δήμο Στροβόλου ο οποίος εξέφραζε παράπονα σε σχέση με το υλικό του μπετόν που χρησιμοποιείτο (από τον Οικονομικό Φορέα) και τα προβλήματα που δημιουργούνται.

Την 19/3/2018 η Αναθέτουσα Αρχή παρέλαβε επιστολή από πολίτη που τραυματίστηκε λόγω κακοτεχνιών σε φρεάτιο του δρόμου.

7. Αντί συμμόρφωσής του ο Οικονομικός Φορέας απέστειλε επιστολή με ημερομηνία 13/6/2018 και ισχυριζόταν ότι είχε συμμορφωθεί και για πρώτη φορά προέβαλλε αβάσιμους ισχυρισμούς, για δήθεν παραλείψεις εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, σε μια προσπάθεια διαστρέβλωσης των γεγονότων και αποποίησης των ευθυνών του.

8. Κατόπιν εκτάκτων ελέγχων που πραγματοποίησαν λειτουργοί και/ή εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής περί την 21/6/2018 σε 4 διαφορετικά σημεία παλινорθώσεων και στις οποίες κλήθηκαν και παρευρέθηκαν εκπρόσωποι του Οικονομικού Φορέα διαπιστώθηκε και πάλι, ότι ο βαθμός συμπίεσης των χωμάτων ήταν εκτός προδιαγραφών.

9. Λόγω των συνεχιζόμενων εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα παραβάσεων των Όρων της Σύμβασης και με σκοπό περιορισμού ή/και αποφυγής κινδύνου τραυματισμού πολιτών και πρόκλησης ταλαιπωρίας και περαιτέρω ζημιών η Αναθέτουσα Αρχή αφού έδωσε 10ήμερη προειδοποίηση στον Οικονομικό Φορέα, τερμάτισε την Σύμβαση και κατέστησε τον Οικονομικό Φορέα υπεύθυνο για οποιαδήποτε ζημιά, βλάβη απώλεια ή δαπάνη λόγω παράβαση της Σύμβασης.

10. Κάτω από το τίτλο «ΡΗΤΡΕΣ ΚΑΘΥΣΤΕΡΗΣΗΣ/ ΑΘΕΤΗΣΗ ΣΥΜΒΑΤΙΚΩΝ ΟΡΩΝ» παρ. 7 της Σύμβασης ημερομηνίας 3/1/2018, αναφέρονται τα πιο κάτω:

1) Υπάρχει αθέτηση συμβατικών όρων από τους συμβαλλόμενους όταν κάποιος από αυτούς αποτύχει να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις.

2) Όταν υπάρχει αθέτηση συμβατικών όρων, το μέρος που ζημιώθηκε δικαιούται να προσφύγει στα ακόλουθα μέτρα αποκατάστασης:

Αποζημίωση, ή/και τερματισμό της Σύμβασης για τους λόγους που καθορίζονται στα άρθρα 37 και 38 των Γενικών Όρων.

11. Η Αναθέτουσα Αρχή, αφού επανειλημμένα υπέδειξε στον Οικονομικό Φορέα τις συνεχιζόμενες παραβάσεις της Σύμβασης μετά την άρνηση και/ή παράλειψη του τελευταίου να συμμορφωθεί, δεν είχε άλλη επιλογή από του να καταγγείλει τη Σύμβαση.

Η Αναθέτουσα Αρχή διαφωνεί με τη θέση των δικηγόρων του Οικονομικού Φορέα ότι δεν παραθέτει με σαφήνεια ποιον από τους λόγους που αναφέρονται στην Σύμβαση επικαλείται προς τερματισμό και ότι δεν παραθέτει το πραγματικό υπόβαθρο αυτών.

12. Σύμφωνα με τον όρο 37.(3) της Προσφοράς η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της Σύμβασης η Αναθέτουσα Αρχή επιπρόσθετα προς τους λόγους τερματισμού που ορίζονται στους Γενικούς Όρους, δύναται, αφού δώσει στον Οικονομικό Φορέα προειδοποίηση 10 ημερών να τερματίσει την Σύμβαση οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις:

- «.....»
- Ο Ανάδοχος αδυνατεί ουσιαστικά να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις καθώς και η ποιότητα των υπηρεσιών/ προϊόντων είναι εκτός προδιαγραφών ή/και για άλλο συναφή λόγο σχετικά με τις συμβατικές του υποχρεώσεις.
- Ο Ανάδοχος δεν συμμορφώνεται εντός εύλογου χρονικού διαστήματος με την ειδοποίηση του Αρμόδιου Λειτουργού βάσει της οποίας ζητείται από τον ανάδοχο να επανορθώσει κάθε αμέλεια ή αδυναμία εκπλήρωσης των συμβατικών του υποχρεώσεων που επηρεάζουν σημαντικά την πιστή εκτέλεση της Σύμβασης εντός των προθεσμιών.
- Ο Ανάδοχος αρνείται ή αμελεί να εκτελέσει οδηγίες που δόθηκαν από τον Αρμόδιο Λειτουργό».

13. Από την Καταγγελία της Αναθέτουσας Αρχής είναι ξεκάθαροι οι λόγοι καθώς και τα πραγματικά γεγονότα στα οποία στηρίζεται. Ο Οικονομικός Φορέας όπως προκύπτει από την «Έκθεση Αξιολόγησης Αναδόχου» και τα ενώπιον της Επιτροπής στοιχεία που συνίστανται τόσο σε γραπτές όσο και προφορικές παρατηρήσεις και προειδοποιήσεις, από τα πρακτικά συναντήσεων που πραγματοποιούνταν μεταξύ της και του Οικονομικού Φορέα κατά τις οποίες επισημαίνονταν οι συγκεκριμένες παραβάσεις καθώς και παράπονα πολιτών και αξιώσεις αποζημιώσεων, πάντοτε ήταν ενήμερος και εξακολουθεί να γνωρίζει καλώς και με λεπτομέρεια τις πράξεις και παραλείψεις του που συνιστούσαν αθέτηση των συμβατικών του υποχρεώσεων.

14. Είναι γεγονός ότι ο Οικονομικός Φορέας απέστειλε στην Αναθέτουσα Αρχή επιστολή με ημερομηνία 13/6/2018 στην οποία προέβαλλε τον ισχυρισμό ότι συμμορφώθηκε με τις παρατηρήσεις της Αναθέτουσας Αρχής, πλην όμως από έλεγχο που πραγματοποίησαν Λειτουργοί της Αναθέτουσας Αρχής διαπιστώθηκε ότι η κακή κατάσταση των εργασιών και οι παραβάσεις συνεχίζονταν. Η θέση και απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής διατυπώνεται με σαφήνεια στην επιστολή των νομικών της συμβούλων προς τον Οικονομικό Φορέα με ημερομηνία 2/7/2018.

15. Στην προοιμιακή σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26/2/2014 αναφέρονται στην Τρίτη παράγραφο της:

«Όταν βασίζονται ...Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του Οικονομικού Φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό».

Στην παρούσα υπόθεση η Αναθέτουσα Αρχή λέγει ότι οι παραβάσεις του Οικονομικού Φορέα ήταν όχι ήσσονος σημασίας αλλά σοβαρές και συχνές, οι οποίες δικαιολογούν τον αποκλεισμό του.

16. Όσον αφορά τον ισχυρισμό για καθυστέρηση, η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι δεν υπάρχει χρονικός περιορισμός για υποβολή της καταγγελίας αλλά και ούτε ότι ο κίνδυνος που ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή έχει εξαλειφθεί.

Μετά την άρνηση ή/και παράλειψη του Οικονομικού Φορέα να αποκαταστήσει τις ελαττωματικές και/ή εκτός προδιαγραφών παλινορθώσεις, λόγω και του κατεπείγοντος της υπόθεσης για λήψη μέτρων προστασίας του κοινού, η Αναθέτουσα Αρχή τερμάτισε τη Σύμβαση και ανέθεσε σε τρίτους την αποκατάσταση της ελαττωματικής εργασίας καθώς και την συνέχιση και συμπλήρωση του έργου.

17. Με βάση τα πιο πάνω και όλου του υλικού που η Επιτροπή έχει ενώπιον της δικαιολογείται ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα.

Έχουμε μελετήσει με ιδιαίτερη προσοχή τα γεγονότα καθώς επίσης και τις γραπτές αγορεύσεις και των δύο πλευρών. Θεωρούμε ότι τα γεγονότα έχουν ως τα εξέθεσε ενώπιόν μας η Αναθέτουσα Αρχή. Αυτά υποστηρίζονται από τα διάφορα έγγραφα και τις φωτογραφίες που κατατέθηκαν ενώπιον μας.

Όπως προκύπτει από τα γεγονότα που κατέθεσε ενώπιόν μας η Αναθέτουσα Αρχή οι λόγοι στους οποίους στηρίζεται η καταγγελία είναι ξεκάθαροι και πλήρεις καθώς και λεπτομερώς προσδιορισμένοι. Τόσο το πραγματικό όσο και το νομικό υπόβαθρο αυτών έχει παρατεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

Οι λόγοι για την καταγγελία συνίσταντο μεταξύ άλλων, στη χρήση υλικών εκτός προδιαγραφών, στην κακής ποιότητας εργασία, στη μη ικανοποιητική και εκτός προδιαγραφών συμπίεση των υλικών στο μη ορθό τρόπο μολώματος των αυλακιών, στο μη ικανοποιητικό καθαρισμό των σημείων στη μη απομάκρυνση των μπάζων και σε πρόβλημα στη συμπίεση των χωμάτων κατά την παλινόρθωση των εκσκαφών. Θεωρούμε ότι τα πιο πάνω αποτελούσαν σημαντικές αποκλίσεις από τους όρους της Σύμβασης. Ενόψει των πιο πάνω θεωρούμε ότι οι πιο πάνω παραβάσεις έχουν αντιστοιχιστεί με σαφήνεια από την Αναθέτουσα Αρχή με τους λόγους τερματισμού της Σύμβασης.

Σε ό,τι αφορά το ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα για την μεγάλη καθυστέρηση που παρατηρήθηκε στην καταχώρηση της καταγγελίας, θεωρούμε ότι δεν τίθεται χρονικός περιορισμός στην υποβολή της καταγγελίας με βάση τον σχετικό Κανονισμό. Επίσης θεωρούμε ότι, κατά το χρόνο τερματισμού της Σύμβασης, ο κίνδυνος να προκληθούν σοβαροί τραυματισμοί σε πολίτες από τις ελαττωματικές εργασίες δεν είχε εξαλειφθεί παρά μόνο μεταγενέστερα, όταν η Αναθέτουσα Αρχή ανέθεσε σε τρίτους την αποκατάσταση της ελαττωματικής εργασίας καθώς και τη συνέχιση και συμπλήρωση του έργου.

Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα ότι η παρούσα διαδικασία προωθήθηκε εκβιαστικά και/ή καταχρηστικά, ενόψει και της καταχώρησης από αυτόν της αγωγής αρ. 184/2019 στις 28/01/2019 εναντίον της Αναθέτουσας Αρχής, δεδομένου ότι η καταγγελία προωθήθηκε στις 5/6/2019, θεωρούμε ότι τέτοιος ισχυρισμός είναι ανυπόστατος για τον λόγο που αναφέραμε αμέσως πιο πάνω. Επίσης να πούμε ότι άλλη είναι η δικαιοδοσία των Δικαστηρίων και άλλη η δικαιοδοσία της Επιτροπής Αποκλεισμού. Επειδή ο Οικονομικός Φορέας πρόλαβε και καταχώρησε αγωγή στο Δικαστήριο πριν από την καταχώρηση της παρούσας καταγγελίας, δεν σημαίνει ότι η παρούσα καταγγελία προωθήθηκε καταχρηστικά και/ή εκβιαστικά.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να πούμε ότι διαφωνούμε με τη θέση του δικηγόρου του Οικονομικού Φορέα ότι τα αποτελέσματα του εργαστηριακού ελέγχου δεν κοινοποιήθηκαν στον Οικονομικό Φορέα. Αντιθέτως, όπως φαίνεται από τις διάφορες συναντήσεις που είχε η Αναθέτουσα Αρχή με τον Οικονομικό Φορέα, τα αποτελέσματα αυτά κοινοποιήθηκαν στον Οικονομικό Φορέα.

Παραμένει να αποφασίσουμε κατά πόσο, στη βάση των πιο πάνω γεγονότων, τα οποία εξέθεσε ενώπιόν μας η Αναθέτουσα Αρχή, μπορεί να εξαχθεί συμπέρασμα σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμελείας από πλευράς του Οικονομικού Φορέα.

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 τον πρόωρο τερματισμό της, βάσει της παρ. (ζ) του εδαφίου (4) του άρθρου 57 του Νόμου, να επιληφθεί του θέματος ενεργώντας σύμφωνα με τον παρόντα Κανονισμό».

Ο Νόμος, ο οποίος διέπει την παρούσα Σύμβαση, είναι ο περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016 (Νόμος 73)(I)/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 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 ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, 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 παραπτώσεων.

(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 73 (Ι)/2016.

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».

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 παρ. 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 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 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 δικαιωμάτων 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, 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 παραπτωμάτων, 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 αποφαίνονται 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 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 της πρόνοιες τις 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 συγκαταστάσεων 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 αναξιότητας 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 αναξιότητας, που μπορεί να δώσει βάση για τον δυνητικό αποκλεισμό. Συνεχίζοντας, εξάλλου, η προοιμιακή 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 ελάχιστον 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 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 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 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 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 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 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 λήφθησαν, 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.

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

Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιόν μας μια σειρά από παραβάσεις της Σύμβασης εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα, οι οποίες οδήγησαν στον τερματισμό της. Αυτές οι παραβάσεις συνίσταντο κυρίως στην χρήση εκτός προδιαγραφών υλικών, κακής ποιότητας εργασία, μη ικανοποιητική και εκτός προδιαγραφών συμπίεση των υλικών [τα χρώματα τα οποία χρησιμοποιούνταν για το μολύμα των εκσκαφών (άμμος – crusher run) συμπιέζονταν με εκσκαφέα αντί με συμπιεστή χωμάτων με αποτέλεσμα να μην συμπιέζονται ως οι σχετικοί όροι, δηλαδή συμπίεση ανά 15 εκ.], μη ικανοποιητικό μάζεμα των μπάζων, μη ικανοποιητικό καθαρισμό των σημείων και ξέπλυμα της παλινόρθωσης των εκσκαφών, στην καθυστερημένη παράδοση των εκσκαφών στα συνεργεία της Αναθέτουσας Αρχής, μη ορθό τρόπο μολώματος των αυλακίων και γενικά στην ελαττωματικότητα των εργασιών και υλικών.

Επίσης, ο Οικονομικός Φορέας δε συμμορφώθηκε με καμία πρόνοια της Σύμβασης όταν του υποδεικνύονταν οι υποχρεώσεις του.

Χαρακτηρίζουμε τη συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα όσον αφορά στη μη συμμόρφωσή του προς τις πρόνοιες της Σύμβασης ως συμπεριφορά ενέχουσα αμέλεια σοβαρού βαθμού. Βρίσκουμε ότι, υπό τις περιστάσεις, αυτή η παράβαση της Σύμβασης 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 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'εξαιρέση 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 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 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 προέβαλε γενικούς και αόριστους ισχυρισμούς χωρίς να μπορεί να τους τεκμηριώσει με στοιχεία. Εν πάση περιπτώσει οι ισχυρισμοί αυτοί καταρρίπτονται από τα γεγονότα ως τα εξέθεσε ενώπιον μας η Αναθέτουσα Αρχή.

Αφού έχουμε καταλήξει στην απόφαση ότι από πλευράς του Οικονομικού Φορέα έχει διαπραχθεί «σοβαρή και/ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» κατά την εκτέλεση ουσιωδών όρων της Σύμβασης, 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 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 η Επιτροπή Αποκλεισμού έλαβε γνώση για το σχετικό γεγονός.

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

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, παράγραφος 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, υπό τις περιστάσεις, ότι οι πρόνοιες της πρώτης επιφύλαξης του άρθρου 57(7)(β) του Νόμου υπερισχύουν του Κανονισμού 37(2)(β) των Κανονισμών και ως εκ τούτου θα εφαρμόσουμε τις πρόνοιες του εν λόγω άρθρου του Νόμου και της Οδηγίας.

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* 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 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».

Αφού λάβαμε υπόψη όλα τα ενώπιόν μας τεθέντα 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 τερματισμού της Σύμβασης που είναι η 17/7/2018.

(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 αποφαινεται 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 ν. 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/ΕΚ 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 6/6/2019, 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 6.06.2019.

(Υπ.).....

Παναγιώτης Χατζηδημητρίου

Μέλος

