

ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ
ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΑΠΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ
ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Αρ. Υπόθεσης: 6/2020

Μεταξύ:

Γενικού Λογιστηρίου της Δημοκρατίας

Αναθέτουσας Αρχής

-και-

Carriarel Trading Ltd

Οικονομικού Φορέα

Ημερομηνία: 1 Μαρτίου, 2021

Επιτροπή Αποκλεισμού:

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

Εμφανίσεις:

Για την Αναθέτουσα Αρχή: κα Στεφανία Χ΄Στεφάνου, Δικηγόρος της Δημοκρατίας για Γενικό Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, με κα Λεύκια Ξάνθου Αραούζου, Ανώτερη Λειτουργό της Αναθέτουσας Αρχής.

Για τον Οικονομικό Φορέα: κ. Νικόλας Μπολώτος, Δικηγόρος με κ. Χρίστο Σταύρου, εκπρόσωπο του Οικονομικού Φορέα.

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

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Χ. Σολομωνίδης, Π: Με επιστολή της ημερ. 11.08.2020, που λήφθηκε στις 7.9.2020, η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται όπως η Επιτροπή Αποκλεισμού εξετάσει το ενδεχόμενο αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Στην εν λόγω επιστολή επισυνάπτεται έκθεση αξιολόγησης απόδοσης του Οικονομικού Φορέα για το Διαγωνισμό Γ.Λ. 13/2016 «Συμφωνία Πλαίσιο για την Προμήθεια Ειδών Ένδυσης – Υπόδησης – Κλινοστρωμνής Ιματισμού Μπάνιου και Παρελκόμενων Ειδών Στολών».

Το αίτημα έχει ως νομικό έρεισμα τον Κανονισμό 37(1)(β)των περί της Διαχείρισης της Εκτέλεσης Δημοσίων Συμβάσεων και των Διαδικασιών Αποκλεισμού των Οικονομικών Φορέων από Διαδικασίες Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Κανονισμών του 2016 (ΚΔΠ 138/2016) (στη συνέχεια «οι Κανονισμοί»).

Το ιστορικό της υπόθεσης, όπως το εξέθεσε ενώπιον μας η Αναθέτουσα Αρχή, έχει ως ακολούθως:

Η Αναθέτουσα Αρχή έχει διενεργήσει ανοικτό διαγωνισμό για την προμήθεια Ειδών Ένδυση – Υπόδησης – Κλινοστρωμνής – Ιματισμού Μπάνιου και Παρελκόμενων Ειδών Στολών και έχει συνάψει σχετικές Συμφωνίες Πλαίσιο, οι οποίες τέθηκαν σε ισχύ από την ημερομηνία υπογραφής τους ήτοι στις 20 Ιουνίου 2017 με σκοπό την ικανοποίηση των αναγκών του Δημόσιου και Ευρύτερου Δημόσιου Τομέα.

Η Συμφωνία Πλαίσιο περιλαμβάνει 12 Ομάδες προϊόντων και οι Παραγγελίες υποβάλλονται από τον κάθε αγοραστή, απευθείας στον Ανάδοχο κάθε Ομάδας προϊόντων, με τη χρήση των αντίστοιχων διαθέσιμων καταλόγων που βρίσκονται αναρτημένα στο Σύστημα e-procurement. Επειδή τα προς προμήθεια προϊόντα είναι εξειδικευμένα και δεν υπάρχει η δυνατότητα τήρησης επαρκούς αποθέματος από τους ανάδοχους καθότι απαιτείται η κατασκευή τους σε κάθε παραγγελία, οι αγοραστές έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν Παραγγελίες εντός ενός μηνός με την υπογραφή της συμφωνίας, και στη συνέχεια κατά τους μήνες Μάρτιο και Νοέμβριο κάθε έτους ισχύος της Συμφωνίας Πλαίσιο. Ο χρόνος υλοποίησης κάθε παραγγελίας καθορίζεται από τον Αγοραστή σε κάθε Παραγγελία και δεν μπορεί να είναι μικρότερος των 6 μηνών.

Κατά τον 1^ο Μίνι διαγωνισμό (2^ο δωδεκάμηνο) που διενεργήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, ανατέθηκαν στον Οικονομικό Φορέα οι ομάδες 3, 7, 9 και 10.

Ήδη από τις Συμβάσεις που είχε αναλάβει ο Οικονομικός Φορέας κατά το 1^ο δωδεκάμηνο της Συμφωνίας Πλαίσιο, διαφάνηκε η δυσκολία του να υλοποιήσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις, αφού σε αρκετές περιπτώσεις χρειάστηκε η παρέμβαση του Γενικού Λογιστηρίου, ως Συντονιστική Αναθέτουσα Αρχή, για επίλυση των προβλημάτων που δημιουργούσε ο συγκεκριμένος Οικονομικός Φορέας στους διάφορους αγοραστές. Συγκεκριμένα ο Οικονομικός Φορέας καθυστέρησε να απομακρύνει από τις αποθήκες της Εθνικής Φρουράς ποσότητα 8.000 μαξιλαριών (είδος 7.1) που είχαν απορριφθεί από αρμόδιο όργανο (Επιτροπή Παραλαβής του Υπουργείου Άμυνας) καθότι με βάση τα αποτελέσματα των εργαστηριακών ελέγχων που διενεργήθηκαν στον εργαστήριο που υπέδειξε ο ίδιος Οικονομικός Φορέας με την προσφορά του, διαπιστώθηκε ότι δεν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές. Σύμφωνα με το άρθρο 19 των Γενικών Όρων της Συμφωνίας, ο Οικονομικός Φορέας όφειλε να αποσύρει τα απορριφθέντα είδη (μαξιλάρια) εντός περιόδου δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία που του γνωστοποιήθηκε η απόφαση για απόρριψή τους, ήτοι μέχρι 17 Ιουνίου 2018. Τελικώς η απόσυρση τους επιτεύχθηκε μετά την πάροδο 7 και πλέον μηνών μετά τις 2 προειδοποιητικές επιστολές της Αναθέτουσας Αρχής με τις οποίες καθορίστηκε όπως για να του επιτραπεί η συμμετοχή του στο 2^ο δωδεκάμηνο της Συμφωνίας Πλαίσιο, απαιτείτο η συμμόρφωση του με τις απαιτήσεις της Συμφωνίας.

Αντίστοιχη είναι και η περίπτωση που αντιμετώπισε και η Αστυνομία Κύπρου με τον Οικονομικό Φορέα, ο οποίος επίμονα δεν αποδεχόταν την απόφαση του αρμοδίου οργάνου (Επιτροπή Παραλαβής της Αστυνομίας) για απόρριψη ποσότητας 5000 φανέλων (είδος 2.3) οι οποίες δεν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τα αποτελέσματα των εργαστηριακών ελέγχων που διενεργήθηκαν στο εργαστήριο που υπέδειξε ο ίδιος ο Οικονομικός Φορέας με την

προσφορά του. Προς επίλυση του προβλήματος, το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας, ως Συντονιστική Αναθέτουσα Αρχή, εισηγήθηκε στον Οικονομικό Φορέα τη διενέργεια επαναληπτικών ελέγχων των εν λόγω ειδών κάτι που αποδέχτηκε τελικώς ο Οικονομικός Φορέας. Η δειγματοληψία και παράδοση των φανελών στο εργαστήριο έγιναν στην παρουσία δύο εκπροσώπων του Οικονομικού Φορέα. Καταγράφηκε πρακτικό δειγματοληψίας και παράδοσης φανελών. Με την επανάληψη των εργαστηριακών ελέγχων επαληθεύτηκαν τα αρχικά εργαστηριακά αποτελέσματα. Οι φανέλες δεν πληρούσαν την παράμετρο σύνθεσης. Επιπρόσθετα παρουσίασαν υψηλό επίπεδο περιεκτικότητας στην επικίνδυνη αρωματική αμίνη p-Chloroaniline. Σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού, Άρθρο 18 (Παραλαβή Προϊόντων – Δοκιμασίες και Έλεγχοι), Παράγραφος 13, το κόστος διεξαγωγής της εργαστηριακής έκθεσης έχει μετακυληθεί στον Οικονομικό Φορέα.

Επιπλέον, στα πλαίσια του 1^{ου} δωδεκαμήνου, η Αστυνομία Κύπρου αν και ανέμενε για 1 ολόκληρο χρόνο την υλοποίηση από τον Οικονομικό Φορέα παραγγελίας, που αφορούσε ποσότητα 1080 τεμαχίων του είδους (2.3) μαύρες κοντομάνικες φανέλες με κολάρο και 830 τεμαχίων του είδους (2.2) μαύρες κοντομάνικες φανέλες στρογγυλού λαιμού, αυτός δεν κατάφερε να ανταποκριθεί στις συμβατικές του υποχρεώσεις. Συγκεκριμένα, το δελτίο παραγγελίας υπογράφηκε στις 23/4/2018 και οι φανέλες θα έπρεπε να είχαν παραδοθεί έξι (6) μήνες αργότερα. Η Αστυνομία Κύπρου, με επιστολή της ημερομηνίας 5 Απριλίου 2019 (1 χρόνο μετά) ενημέρωσε τον Οικονομικό Φορέα ότι προχώρησε σε άλλες διευθετήσεις για κάλυψη των αναγκών της και δεν θα ανέμενε άλλο τον Οικονομικό Φορέα, ο οποίος αντί να παραδώσει τα υλικά και να ολοκληρώσει την παραγγελία, υπέβαλε αίτημα για προσκόμιση εκ νέου δειγμάτων για να χρησιμοποιηθούν ως Βιομηχανικά Πρότυπα με βάση τα οποία θα γινόταν η κατασκευή τους.

Για έλεγχο δειγμάτων και διεκπεραίωση αλληλογραφίας, αναλώθηκε υπερβολικός χρόνος χωρίς ο Οικονομικός Φορέας να συμμορφωθεί στις υποδείξεις που του έγιναν. Η αδυναμία του Οικονομικού Φορέα να ανταποκριθεί στις συμβατικές του υποχρεώσεις, δημιούργησε στην Αστυνομία επιχειρησιακά προβλήματα, ως επίσης δικαιολογημένα παράπονα και αντιδράσεις εκ μέρους των μελών της.

Αντίστοιχη περίπτωση αδυναμίας του Οικονομικού Φορέα να υλοποιήσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις από το 1^ο δωδεκάμηνο εφαρμογής της Συμφωνίας Πλαίσιο, είναι και αυτή του Τμήματος Δασών όπου παρά την ανοχή που επιδείχθηκε από το συγκεκριμένο Τμήμα για 18 ολόκληρους μήνες, ο Οικονομικός Φορέας δεν υλοποίησε ποτέ την παραγγελία που ανέλαβε για 900 τεμάχια κοντομάνικες φανέλες (είδος 2.2). Η συγκεκριμένη παραγγελία τελικώς ακυρώθηκε και επιβλήθηκε αντίστοιχη χρηματική ποινή από την Αναθέτουσα

Αρχή.

Ακόμα όμως και στις περιπτώσεις που ο Οικονομικός Φορέας κατάφερε να υλοποιήσει κάποιες από τις παραγγελίες που ανέλαβε στα πλαίσια του 1^{ου} δωδεκαμήνου, και τότε οι αγοραστές δεν έμειναν ικανοποιημένοι αφού είτε τα προϊόντα παραδίδονταν με αποκλίσεις όπως η περίπτωση του Τμήματος Δασών, όπου παρέλαβε τις φανέλες με αποκοπή 8% λόγω αποκλίσεων που παρουσίαζαν από τις τεχνικές προδιαγραφές είτε οι ποσότητες που παραδίδονταν δεν ήταν ολοκληρωμένες, περίπτωση του Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, όπου από ποσότητα 2500 φανέλων που ήταν η παραγγελία, παραδόθηκαν μόνο 600 τεμάχια.

Παρόλο που η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερομηνίας 18/3/2019 ενημέρωσε τον Οικονομικό Φορέα για την αυστηρότερη στάση που θα τηρούσε ως Συντονιστική Αναθέτουσα Αρχή κατά το 2^ο δωδεκάμηνο της Συμφωνίας, τα προβλήματα αξιοπιστίας του Οικονομικού Φορέα επιδεινώθηκαν. Συγκεκριμένα το 2^ο δωδεκάμηνο της Συμφωνίας ο Οικονομικός Φορέας αν και αποδέχτηκε τις παραγγελίες που του υποβλήθηκαν από τους αγοραστές με την έναρξη του 2^{ου} δωδεκαμήνου, ήτοι αρχές Απριλίου 2019, διαφάνηκε ότι δεν θα ανταποκρινόταν στις συμβατικές του υποχρεώσεις, αφού παρέλειψε να υλοποιήσει την συμβατική του υποχρέωση σύμφωνα με το άρθρο 6 των Ειδικών Όρων της Συμφωνίας. Συγκεκριμένα, παρέλειψε να προσκομίσει ως όφειλε, 2 δείγματα του ζητούμενου προϊόντος στον κάθε αγοραστή για να επισημοποιηθούν και να χρησιμοποιηθούν ως Βιομηχανικά Πρότυπα με βάση τα οποία να γίνει η κατασκευή τους. Αντί αυτού, υπέβαλε στις 16 Σεπτεμβρίου 2019, 5 μήνες δηλαδή μετά την αποδοχή των παραγγελιών που του υποβλήθηκαν, αίτημα προς την Αναθέτουσα Αρχή για να του δοθεί παράταση τριών μηνών λόγω οικογενειακών προβλημάτων που αντιμετώπιζε ο διευθυντής της Εταιρείας. Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε το αίτημα και ζήτησε από τον Οικονομικό Φορέα να διευκρινίσει κατά πόσο είναι σε θέση να υλοποιήσει τις παραγγελίες που είχε αναλάβει.

Στην επιστολή του ημερομηνία 27/9/2019 ο Οικονομικός Φορέας εμμένει στο αίτημα του για παράταση και αναφέρει αρκετά γεγονότα τα οποία στη συνέχεια αποδεικνύονται ως αναληθή. Συγκεκριμένα αναφέρει, ότι η παραγωγή των προϊόντων των παραγγελιών των αγοραστών βρίσκεται σε προχωρημένο στάδιο και ειδικότερα ότι επίκειτο εντός 10 ημερών η παράδοση της παραγγελίας του Υπουργείου Άμυνας που αφορούσε τα είδη πεσέτες προσώπου και μπάνιου. Η συγκεκριμένη παραγγελία παραδόθηκε τελικά στις 15 Νοεμβρίου 2019, μετά από 45 μέρες. Αναφέρει ακόμα ο Οικονομικός Φορέας ότι έχει ήδη παραλάβει βιομηχανικά πρότυπα από τους αγοραστές και κατονομάζει ανάμεσα σε άλλους και το Τμήμα Αρχαιοτήτων. Σημειώνεται ότι το εν λόγω Τμήμα, με αντίστοιχη επιστολή του ημερομηνίας 19/12/2019 μετά δηλαδή από 2 σχεδόν μήνες

και όταν θα έπρεπε να είχε ήδη ολοκληρωθεί η παραγγελία, πληροφόρησε τη Συντονιστική Αναθέτουσα Αρχή ότι υποβλήθηκε δείγμα από τον Οικονομικό Φορέα το οποίο δεν επισημοποιήθηκε ως βιομηχανικό πρότυπο λόγω κατασκευαστικών ατελειών που παρουσίαζε. Αναληθής αποδεικνύεται και η αναφορά του Οικονομικού Φορέα σε επισημοποίηση των βιομηχανικών προτύπων από το Υπουργείο Άμυνας αφού σε σχετική επιστολή του το εν λόγω Υπουργείο αναφέρει ότι μέχρι τα τέλη Οκτωβρίου 2019 κανένα δείγμα του Οικονομικού Φορέα δεν επισημοποιήθηκε λόγω αποκλίσεων που παρουσίαζαν.

Πρόβλημα με την επισημοποίηση των βιομηχανικών προτύπων, παρουσιάστηκε και στην παραγγελία της Αστυνομίας για 10.000 ζεύγη βαμβακερές κάλτσες όπου τα δείγματα που προσκόμισε ο Οικονομικός Φορέας και τις 2 φορές, δεν ικανοποίησαν έστω και μακροσκοπικά τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και απορρίφθηκαν. Ως εκ τούτου η παραγγελία ακυρώθηκε και επιβλήθηκε αντίστοιχη χρηματική ποινή από την Αναθέτουσα Αρχή.

Οι παραγγελίες της Πυροσβεστικής Υπηρεσίας ακυρώθηκαν και επιβλήθηκε αντίστοιχη χρηματική ποινή από την Αναθέτουσα Αρχή.

Ο Οικονομικός Φορέας σε επιστολή του 16/10/2019 με την οποία αντιτίθεται στο πρόστιμο που του επιβλήθηκε αναφέρει ότι οι συγκεκριμένες παραγγελίες έχουν «..... παραχθεί από το εργοστάσιο και θα παραδοθούν σύμφωνα με το χρονοδιάγραμμα....». Γεγονός βέβαια που αποδεικνύεται και πάλιν αναληθές αφού σε email του ημερομηνίας 4/11/2019, ο Οικονομικός Φορέας αναφέρεται στις συγκεκριμένες παραγγελίες οι οποίες φαίνεται να μην έχουν παραχθεί αλλά βρίσκονται ακόμη στο στάδιο της παραγγελίας από τον Οικονομικό Φορέα προς το εργοστάσιο κατασκευής τους.

Η Αναθέτουσα Αρχή στην προσπάθεια της να επιλύσει τα προβλήματα που δημιούργησε στους αγοραστές η αδυναμία αυτή του Οικονομικού Φορέα να ανταποκριθεί στις συμβατικές του υποχρεώσεις, με επιστολή της ημερομηνίας 18 Σεπτεμβρίου 2019, ζήτησε από τον Οικονομικό Φορέα την υποβολή χρονοδιαγράμματος υλοποίησης των παραγγελιών που είχε αναλάβει κατά το 2^ο δωδεκάμηνο της Συμφωνίας και οι οποίες θα έπρεπε να είχαν υλοποιηθεί μέχρι μέσα Οκτωβρίου 2019. Ο Οικονομικός Φορέας αρχικά υπέβαλε ενδεικτικό χρονοδιάγραμμα (email 9/10/2019), το οποίο δεν έγινε αποδεκτό από τους κύριους αγοραστές της Συμφωνίας (Υπουργείο Άμυνας και Αστυνομία) και του ζητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή η υποβολή οριστικοποιημένου πλέον χρονοδιαγράμματος προειδοποιώντας παράλληλα τον Οικονομικό Φορέα ότι σε περίπτωση μη υλοποίησης του η Συμφωνία θα τερματιζόταν άμεσα και θα επιβάλλονταν οι σχετικές Διοικητικές και Οικονομικές κυρώσεις. Το εν λόγω οριστικό πλέον χρονοδιάγραμμα που υποβλήθηκε (email 4/11/2019) προνοούσε τη στα-

διακή παράδοση των παραγγελιών μεταξύ 18/12/2019 και 29/1/2020, κοινοποιήθηκε στους επηρεαζόμενους αγοραστές προκειμένου να αποφασίσουν με βάση και τις υπηρεσιακές τους ανάγκες και δεσμεύσεις, εάν θα μπορούσε να γίνει αποδεκτό. Το Υπουργείο Άμυνας, η Υγειονομική Υπηρεσία του Υπουργείου Υγείας, το Τμήμα Τελωνείων, το Τμήμα Δασών, το Τμήμα Φυλακών και το Τμήμα Αρχαιοτήτων έκριναν ότι μπορούσαν να αναμένουν την υλοποίηση των παραγγελιών τους έστω και με καθυστέρηση 3 και πλέον μηνών, ενώ η Αστυνομία και η Πολιτική Άμυνα με αντίστοιχες επιστολές τους απέρριψαν το εν λόγω χρονοδιάγραμμα, και οι παραγγελίες τους ακυρώθηκαν και επιβλήθηκε αντίστοιχη χρηματική ποινή από την Αναθέτουσα Αρχή.

Μετά την πάροδο και της τελευταίας ημερομηνίας παράδοσης των υλικών που έθεσε ο Οικονομικός Φορέας ήτοι 27 Ιανουαρίου 2020 και δεδομένου ότι οι μοναδικές παραγγελίες που υλοποιήθηκαν αλλά με καθυστέρηση μέχρι και 69 ημερών, ήταν αυτές που αφορούσαν το Υπουργείο Άμυνας για τα είδη 7.7 ΠΕΤΣΕΤΕΣ ΠΡΟΣΩΠΟΥ ΜΕ ΕΜΒΛΗΜΑ και 7.8 ΠΕΤΣΕΤΕΣ ΜΠΑΝΙΟΥ ΜΕ ΕΜΒΛΗΜΑ η Αναθέτουσα Αρχή επέβαλε στον Οικονομικό Φορέα με επιστολή της ημερομηνίας 31 Ιανουαρίου 2020 τις πιο κάτω κυρώσεις:

- Τερματισμό της Συμφωνίας και στέρηση του δικαιώματος συμμετοχής του Οικονομικού Φορέα στους επόμενους Μίνι διαγωνισμούς συμπεριλαμβανομένου και του 2^{ου} Μίνι διαγωνισμού για το 3^ο δωδεκάμηνο ισχύος της Συμφωνίας Πλαίσιο που βρισκόταν σε εξέλιξη (τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών 11 Φεβρουαρίου 2020).
- Επιμέρους κατάσχεση της Εγγύησης Πιστής Εκτέλεσης του Οικονομικού Φορέα για το 2^ο δωδεκάμηνο ισχύος, της Συμφωνίας Πλαίσιο ύψους €36.019,38 που αντιστοιχεί στο 10% της αξίας των παραγγελιών που δεν υλοποιήθηκαν από τον Οικονομικό Φορέα.

Ο Οικονομικός Φορέας με (email 4/2/2020) διαμαρτύρεται έντονα για τη διακοπή της Συμφωνίας και επικαλείται ανάμεσα σε άλλα και λόγους ανωτέρας βίας λόγω της πανδημίας COVID-19, οι οποίοι σύμφωνα και με την επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής 7 Φεβρουαρίου 2020, δεν ευσταθούν δεδομένου ότι η λήψη των οποιωνδήποτε μέτρων από τις κινεζικές αρχές άρχισε αρχές Ιανουαρίου 2020 όταν τα εμπορεύματα θα έπρεπε να είχαν ήδη κατασκευαστεί και να είχαν φορτωθεί για αποστολή στην Κύπρο λαμβάνοντας υπόψη τον χρόνο που απαιτείται για να φτάσουν. Εξάλλου σε σχετική με το θέμα επιστολή της ημερομηνίας 10 Δεκεμβρίου 2019 η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε από τον Οικονομικό Φορέα να υποβάλει τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι οι προμήθειες που αφορούν τις παραγγελίες που θα έπρεπε με βάση τις δεσμεύσεις του να ολοκληρωθούν μέχρι και τις 18 Δεκεμβρίου 2019,

έχουν αφιχθεί στην Κύπρο. Επιπρόσθετα, θα έπρεπε για τις υπόλοιπες παραγγελίες που θα ολοκληρώνονται σταδιακά μέχρι και τις 29 Ιανουαρίου 2020, να υποβάλει αντίστοιχα πιστοποιητικά βάσει των οποίων να αποδεικνύεται ότι έχει ολοκληρωθεί η αποστολή τους από το λιμάνι της χώρας της κατασκευάστριας εταιρείας με προορισμό την Κύπρο.

Διαπιστώνεται, μέσα από την αλληλογραφία του Οικονομικού Φορέα με τη Συντονιστική Αναθέτουσα Αρχή και τους επηρεαζόμενους Αγοραστές, ότι οι αποδόσεις του Οικονομικού Φορέα παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις της Συμφωνίας Πλαίσιο αφού ουσιαστικά επέδειξε πλήρη αδυναμία εκτέλεσης των συμβατικών υποχρεώσεων του. Αναφορικά με τα προβλήματα υγείας που επικαλείται ο Οικονομικός Φορέας, η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι η συγκεκριμένη εταιρεία όπως και κάθε εταιρεία, αποτελείται από ομάδα ανθρώπων και μπορεί να τηρεί τις δεσμεύσεις της χωρίς να επηρεάζεται σε τέτοιο βαθμό η λειτουργικότητα της από προσωπικά συμβάντα του προσωπικού της.

Η σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια και/η αμέλεια ή/και αδυναμία εκπλήρωσης των απορρεουσών από τη Συμφωνία Πλαίσιο υποχρεώσεων του Οικονομικού Φορέα προκάλεσαν σοβαρότατο πρόβλημα στους επηρεαζόμενους αγοραστές οι οποίοι υποχρεώθηκαν να αναμένουν τις παραδόσεις των ειδών ένδυσης του προσωπικού τους, για περίοδο που ξεπέρασε τους 9 μήνες από την ημερομηνία παραγγελίας τους, γεγονός που ανέτρεψε κάθε προγραμματισμό τους και προκάλεσε σοβαρά λειτουργικά και επιχειρησιακά προβλήματα, ως επίσης δικαιολογημένα παράπονα και αντιδράσεις εκ μέρους του προσωπικού τους.

Στη γραπτή αγόρευση του Οικονομικού Φορέα αφ' ενός μεν δεν φαίνεται να αμφισβητείται το ιστορικό της υπόθεσης όπως το εξέθεσε ενώπιον μας η Αναθέτουσα Αρχή. Από την άλλη η όλη επιχειρηματολογία που αναπτύσσει σε αυτή ο Οικονομικός Φορέας αφορά ζητήματα των οποίων η εξέταση δεν είναι δυνατή στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού. Και τούτο διότι η Επιτροπή Αποκλεισμού δεν είναι αναθεωρητικό όργανο και ούτε εξετάζει κατ'έφεση την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να τερματίσει την Συμφωνία πλαίσιο ούτε να αξιολογήσει τη διαδικασία που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια αξιολόγησης του Οικονομικού Φορέα. Ο ρόλος της Επιτροπής Αποκλεισμού περιορίζεται, δυνάμει της ΚΔΠ/138/2016, στο να εξετάσει κατά πόσον δικαιολογείται ο οριζόντος αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα, συνεκτιμώντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης που αυτός έχει λάβει και καθορίζοντας την περίοδο αποκλεισμού.

Παρά την πιο πάνω θέση μας θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε τους επί μέρους ισχυρισμούς του Οικονομικού Φορέα, σε συνδυασμό με την απάντηση σ'αυτούς της Αναθέτουσας Αρχής. Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή:

1. Ο Οικονομικός Φορέας αναφέρεται σε σύναψη τμηματικών συμβάσεων με Τμήματα της Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω των οποίων δημιουργήθηκαν περαιτέρω δικαιώματα και υποχρεώσεις μεταξύ των συμβαλλομένων. Δεν είναι όμως έτσι τα πράγματα. Στην υπό κρίση υπόθεση είχε συναφθεί Συμφωνία – Πλαίσιο στη βάση του άρθρου 30 του Περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου (Ν. 73(I)/2016 και στην οποία συμβαλλόμενα μέρη ήταν το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας ως Συντονιστική Αναθέτουσα Αρχή και από την άλλη ο Οικονομικός Φορέας. Με βάση τις πρόνοιες του πιο πάνω άρθρου η θέση του Οικονομικού Φορέα ως προς ξεχωριστές διαπραγματεύσεις μεταξύ των αγοραστών και του ιδίου σε σχέση με τις παραγγελίες που γινόντουσαν απορρίπτεται καθ'ότι όλες οι παραγγελίες, γίνονταν στη βάση των όρων της Συμφωνίας – Πλαίσιο και το μόνο που αποτελούσε αντικείμενο εκάστης παραγγελίας ήταν το προϊόν της παραγγελίας, η ποσότητά του και ο χρόνος παράδοσης αυτού.

2. Αναφερόμενος στην αγωγή την οποία καταχώρησε στο Δικαστήριο εναντίον της Αναθέτουσας Αρχής, ο Οικονομικός Φορέας ισχυρίζεται ότι η ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού διαδικασία αποτελεί «ταυτόχρονη διαδικασία multiplicity of action» και ότι, ενόψει τούτου, παραβιάζονται κανόνες φυσικής δικαιοσύνης.

Σύμφωνα με την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση c-41/18 Meca Srl V. Comune di Napoli, ημερομηνίας 19.06.2019, εθνική ρύθμιση σύμφωνα με την οποία η άσκηση προσφυγής, από οικονομικό φορέα, σε εθνικό δικαστήριο κατά της απόφασης τερματισμού της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή, λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεση της σύμβασης και η οποία εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή όπως προκηρύξει νέο διαγωνισμό και να προβεί σε αξιολόγηση των οικονομικών φορέων, περιλαμβανομένης της αξιολόγησης της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά ο τερματισμός της σύμβασης, είναι αντίθεση με το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ και ζ της Οδηγίας 2014/29/ΕΕ.

Κατ'εφαρμογή της προαναφερθείσας απόφασης του ΔΕΕ το γεγονός ότι ο Οικονομικός Φορέας καταχώρησε αγωγή στο Δικαστήριο σε σχέση με τον τερματισμό της Συμφωνίας – Πλαίσιο στον εν λόγω διαγωνισμό, δεν επηρεάζει και/ή εμποδίζει την Αναθέτουσα Αρχή από την εφαρμογή του δυνητικού αποκλεισμού στον Οικονομικού Φορέα. Κατ'επέκταση θεωρούμε ότι η καταχώρηση αγωγής εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα δεν επηρεάζει ούτε και εμποδίζει την παρούσα διαδικασία και την απόφαση την οποία θα εκδόσει η Επιτροπή Αποκλεισμού. Η αγωγή ενώπιον του Δικαστηρίου αποτελεί δικαστική διαδικασία μέσω της οποίας σκοπείται η έκδοση απόφασης για αποζημιώσεις.

3. Η Επιτροπή Αποκλεισμού έχει αρμοδιότητα να αποφαινεται ως προς το ενδεχόμενο αποκλεισμού οικονομικού φορέα συνεκτιμώντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης που αυτός έχει λάβει και καθορίζοντας την περίοδο αποκλεισμού. Πρόκειται για δύο ξεχωριστές διαδικασίες και όχι για πολλαπλότητα διαδικασιών.

4. Σε ό,τι αφορά στον ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα περί παραβίασης του δικαιώματος του για ακρόαση ενώπιον της Επιτροπής Αξιολόγησης θεωρούμε ότι δεν αποτελεί αρμοδιότητα της Επιτροπής Αποκλεισμού να κρίνει ως προς το κατά πόσον παραβιάστηκε ή μη το δικαίωμα ακρόασης του Οικονομικού Φορέα. Όπως έχουμε αναφέρει και πιο πάνω η Επιτροπή Αποκλεισμού δεν είναι αναθεωρητικό όργανο και ούτε εξετάζει κατ'έφεση την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής που αποφάσισε να αποκλείσει τον Οικονομικό Φορέα ή τη διαδικασία που ακολούθησε στα πλαίσια αξιολόγησης του τελευταίου.

5. Οι ισχυρισμοί του Οικονομικού Φορέα για άδικη μεταχείριση του από την Αναθέτουσα Αρχή και οι κατ'ισχυρισμό παράλογες διαδικασίες από πλευράς της Αναθέτουσας Αρχής ότι όφειλε να λάβει υπόψη το ότι τα προϊόντα παραγγέλλονταν από μακρινές χώρες, δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο εξέτασης από την Επιτροπή Αποκλεισμού της οποίας οι αρμοδιότητες καθορίζονται ως έχουμε αναφέρει πιο πάνω.

6. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα περί ανωτέρας βίας (*force majeure*) θεωρούμε ότι ο ισχυρισμός αυτός δεν ευσταθεί και προβλήθηκε για να δικαιολογήσει τη μη συμμόρφωσή του με τις συμβατικές του υποχρεώσεις. Θεωρούμε ότι ο εν λόγω ισχυρισμός περί πανδημίας (covid 19) αποτελεί εκ των υστέρων σκέψη του Οικονομικού Φορέα αφού ουδέποτε καθ' οποιoδήποτε στάδιο εκτέλεσης των συμβατικών του υποχρεώσεων επικαλέστηκε ανωτέρα βία ή ζήτησε παράταση χρόνου από την Αναθέτουσα Αρχή για λόγους ανωτέρας βίας. Αντιθέτως, η πρώτη φορά που ο Οικονομικός Φορέας έθεσε θέμα ανωτέρας βίας ήταν στις 4/2/2020, ήτοι σε ημερομηνία μεταγενέστερη του τερματισμού της Συμφωνίας – Πλαίσιο και ενώ, με βάση το αναθεωρημένο χρονοδιάγραμμα στη βάση του οποίου θα υλοποιούσε ο Οικονομικός Φορέας τις συμβατικές του υποχρεώσεις, ως αυτό είχε συμφωνηθεί στις 22/11/2019 στα πλαίσια λήψης αρκετών παρατάσεων προς όφελος του Οικονομικού Φορέα, αυτός θα έπρεπε να είχε υλοποιήσει και παραδώσει τις παραγγελίες κατά το χρονικό διάστημα μεταξύ 10.12.2019 – 27.01.2020 και κατ'επέκταση θα έπρεπε τα εμπορεύματα να είχαν φορτωθεί το αργότερο μέχρι τις αρχές Δεκεμβρίου του 2019, σε ό,τι αφορά στις παραγγελίες που θα παραδίδονταν περί τα τέλη Ιανουαρίου, πολύ δε νωρίτερα σε ό,τι αφορά στις λοιπές παραγγελίες. Σημειώνουμε ότι ο Οικονομικός Φορέας σε επιστολή του ημερομηνίας 4/2/2020

την οποία απέστειλε στην Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε «οι συνθήκες που επικρατούν λόγω της επιδημίας του κορονοϊού που έχει ξεσπάσει στην Κίνα, δυστυχώς μας έχουν αποκόψει σχεδόν ολοκληρωτικά από τους προμηθευτές μας και δεν έχουμε σχεδόν καμιά επικοινωνία μαζί τους τις τελευταίες 2 βδομάδες».

Παραμένει να αποφασίσουμε κατά πόσο, στη βάση όλων των πιο πάνω γεγονότων, τα οποία εξετέθησαν από την Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να εξαχθεί συμπίερασμα σοβαρής πλημμέλειας ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας 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 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 την παρούσα Σύμβαση, 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».

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

επιβάλλει 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».

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».

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 Συμφωνίας Πλαίσιο.

Ούτε στο Νόμο ούτε στους Κανονισμούς δίδεται ο ορισμός του όρου «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια». Αναζητήσαμε απάντηση στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ. Έχουμε βρει σημαντική καθοδήγηση στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεσης 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».

Σημειώνουμε ότι το άρθρο 45(2)(δ) της παλιάς Οδηγίας αντικαταστάθηκε από το άρθρο 57(4)(ζ) του δικού μας Ν. 73 (Ι)/2016. Στο νέο άρθρο της Οδηγίας δεν χρησιμοποιείται ο όρος «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», αλλά ο όρος «σοβαρή πλημμέλεια». Παραθέτουμε πιο κάτω τα κρίσιμα για την ενώπιόν 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 της 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 Forrosta 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 Forrosta (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 κοινωνικοα-

σφαλιστικών 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 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 τις πρόνοιες της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το νομικό προσδιορισμό του μέτρου του οριζόντιου αποκλεισμού σε συνάρτηση με τη διαδικασία της «αυτοκάθαρσης» (self – cleaning).

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

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

Σύμφωνα με την εισαγωγική σκέψη 101, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, μεταξύ άλλων, λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων. Προφανέστατα, ο αποκλεισμός μπορεί να επιβληθεί από την ίδια την αναθέτουσα αρχή (σε διοικητικό επίπεδο), στη βάση 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 εισαγωγική σκέψη 101, διευκρινίζει ότι, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα θα πρέπει να μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.

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

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

Η εισαγωγική σκέψη 102 συνεχίζει, προς αυτή την κατεύθυνση, ότι θα πρέπει να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή 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 δημοσίων 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 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 οποίο αφορά δεν αποδεικνύει την αξιοπιστία του σύμφωνα με το άρθρο 57 (6) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

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

Οι προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 57 του Νόμου είναι οι ίδιοι με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού του άρθρου 57 της Οδηγίας, δηλαδή αναφέρονται στις ίδιες επιλέξιμες 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 οπιδήποτε 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 βάζει 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 ζημίες 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 κατάσταση, για να μην επιβληθεί **οριζόντιος αποκλεισμός**.

Ακριβώς, λόγω του παραπάνω ρόλου της Επιτροπής Αποκλεισμού, η μόνη διακριτική ευχέρεια που της παρέχουν η Οδηγία, ο Νόμος και οι Κανονισμοί, είναι να εκτιμήσει την επάρκεια των μέτρων που 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 δυνατικών / προαιρετικών λόγων αποκλεισμού στη μία περίπτωση, που δεν υπάρχει λόγος να μην συμπαρασύρει και τις παράλληλες ή αμέσως επόμενες.

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

Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιόν μας μια σειρά από παραβάσεις της Συμφωνίας Πλαίσιο εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα, οι οποίες οδήγησαν στον τερματισμό της. Αυτές οι παραβάσεις συνοπτικά συνίσταντο κυρίως στο ότι (α) τα προϊόντα δεν ήταν σύμφωνα με τις προδιαγραφές (β) οι αποδόσεις του Οικονομικού Φορέα παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις της Συμφωνίας Πλαίσιο αφού ουσιαστικά επέδειξε πλήρη αδυναμία εκτέλεσης των συμβατικών υποχρεώσεων του και (γ) υπήρξαν μεγάλες καθυστερήσεις στην παράδοση των προϊόντων.

Χαρακτηρίζουμε την συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα όσον αφορά στη μη συμμόρφωση του προς τις πρόνοιες της Συμφωνίας Πλαίσιο ως συμπεριφορά ενέχουσα πλημμέλεια σοβαρού βαθμού. Σε αυτό το σημείο είναι σημαντικό να τονίσουμε ότι ενώπιον μας ούτε γραπτώς ούτε προφορικώς υπήρξε ισχυρισμός εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα ότι ο από πλευράς της Αναθέτουσας Αρχής λόγος τερματισμού δεν ήταν σοβαρός μέσα στην έννοια των προνοιών του Άρθρου 57 (4) (ζ) του Νόμου. Βρίσκουμε ότι, υπό τις περιστάσεις, αυτή η παράβαση της Συμφωνίας Πλαίσιο συνιστά «σοβαρή πλημμέλεια» και ότι συντρέχει λόγος δυνατικού 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 πλημμέλεια. 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 αυτοκάθαρσης ούτως ώστε να εξεταστεί κατά πόσο θα μπορούσε να τύχει του ευεργετήματος του Κανονισμού 37(3)(β) των Κανονισμών.

Ακόμη όμως έστω και αν οι παραβάσεις και/ή παραλείψεις και/ή παρατυπίες από πλευράς του Οικονομικού Φορέα ήθελαν θεωρηθεί ως ελάχιστονες παρατυπίες, εντούτοις και πάλιν δικαιολογείται οριζόντιος αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα ενόψει της επανάληψης τους αφού, με βάση την προοιμιακή σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ελάχιστονες παρατυπίες δεν συνιστούν επαρκή λόγο για αποκλεισμό οικονομικού Φορέα, όμως κατ'εξίρεση και ελάχιστονες παρατυπίες είναι δυνατόν να οδηγούν σε τέτοιο αποτέλεσμα εφόσον είναι επαναλαμβανόμενες.

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.

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

Προκειμένου να απαντηθεί το πιο πάνω ερώτημα, πρέπει κανείς να ανατρέξει και στον Τόμο Β του Διαγωνισμού, στον οποίο περιελήφθησαν οι όροι της Σύμβασης και ο οποίος έχει ήδη τεθεί ενώπιον της Επιτροπής, ως έγγραφο επισυννημμένο στην Έκθεση Γεγονότων που έχει καταχωρηθεί. Εν προκειμένω ιδιαίτερως χρήσιμοι είναι οι όροι 12.2, 14.6, 19.1, 20.1, 29.1, 40.1, 44.1, 44.2, 53.1, 53.3, 63.1, 20.4, 65.5.

Ειδικά κρίνουμε χρήσιμη την αυτούσια παράθεση των όρων 44.1 (Παράταση Χρόνου Αποπεράτωσης), 53.1 (Ειδοποίηση Απαιτήσης για πρόσθετη πληρωμή) και 53.3 (Τεκμηρίωση Απαιτήσεων):

«44.1. Σε περίπτωση που:

- (α) η ποσότητα ή η φύση επιπρόσθετης ή συμπληρωματικής εργασίας*
- (β) οποιοσδήποτε λόγος καθυστέρησης αναφερόμενος στους παρόντες όρους*
- (γ) εξαιρετικά δυσμενείς κλιματικές συνθήκες*
- (δ) οποιαδήποτε καθυστέρηση, εμπόδιο ή παρεμπόδιση από τον Εργοδότη, ή*

(ε) άλλες ειδικές συνθήκες που ενδεχομένως να προκύψουν, εξαιρουμένων αυτών που οφείλονται σε υπαιτιότητα του Εργολάβου σε

είναι τέτοια που να δικαιολογούν την παραχώρηση στον Εργολάβο παράτασης του Χρόνου Αποπεράτωσης του Έργου, ή οποιουδήποτε Τμήματος ή μέρους αυτού, ο Μηχανικός οφείλει, αφού διαβουλευθεί με τον Εργοδότη και τον Εργολάβο, να προσδιορίσει την παράταση αυτή και να ειδοποιήσει σχετικά τον Εργολάβο, με κοινοποίηση στον Εργοδότη.»

«53.1. Ανεξάρτητα από οποιαδήποτε άλλη πρόνοια του Συμβολαίου, εάν ο Εργολάβος προτίθεται να απαιτήσει οποιαδήποτε πρόσθετη πληρωμή σύμφωνα με τις πρόνοιες οποιουδήποτε άρθρου του Συμβολαίου ή αλλιώς, οφείλει να δώσει στο Μηχανικό ειδοποίηση της πρόθεσής του αυτής, με κοινοποίηση στον Εργοδότη, εντός 28 ημερών, αφότου παρουσιάστηκε για πρώτη φορά το γεγονός στο οποίο βασίζεται η απαίτηση.»

«53.3. Εντός 28 ημερών αφότου δόθηκε η ειδοποίηση σύμφωνα με το εδάφιο 53.1, ή εντός τέτοιου άλλου εύλογου χρονικού διαστήματος που θα συμφωνήσει ο Μηχανικός, ο Εργολάβος οφείλει να υποβάλει στο Μηχανικό έκθεση με πλήρως τεκμηριωμένα δικαιολογητικά στοιχεία για το ποσό που απαιτείται και για τα ερείσματα στα οποία εδράζεται η απαίτηση.»

Είναι σαφές, ιδιαίτερα με βάση τις πρόνοιες του Κανονισμού 37(2)(β) ότι η εξουσία της Επιτροπής να επιβάλει οριζόντιο αποκλεισμό είναι δυνατή. 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 δυνατικού 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 οριζόντιου αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις.

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

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

(β) Οι Κανονισμοί που αναφέρονται την παρ. (α) καθορίζουν ιδίως, το αρμόδιο όργανο για την επιβολή αποκλεισμού από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων και την μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας δεν λάβει επαρκή μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στο στάδιο (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 παραδοχής 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 του ενσωματώνει την οδηγία 2014/24/ΕΕ.

Θεωρούμε ότι οι πρόνοιες του Άρθρου 57(7)(β) της Οδηγίας και 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) της Οδηγίας και του Νόμου.

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*, κρίθηκαν τα εξής:

«37. Μολονότι η παρ. 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 παρ. 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 ημερ. της καταδίκης με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση αυτή, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ημερ. 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, παρ. 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, παρ. 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 παρ. 7, της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπίπτουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παρ. 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 ενώπιον μας τεθέντα στοιχεία, την Οδηγία, το Νόμο και τους σχετικούς Κανονισμούς, επιβάλλουμε στον Οικονομικό Φορέα οριζόντιο αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο τριών (3) ετών από το σχετικό γεγονός ήτοι από 31.01.2020, ημερομηνία τερματισμού της Συμφωνίας Πλαίσιο.

(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 υπερσχύουν 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 v 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 7/9/2020, 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 την 7.9.2020.

(Υπ.).....

Παναγιώτης Χατζηδημητρίου

(Μέλος)

