

ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ
ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΑΠΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ
ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Αρ. Υπόθεσης: 8/2020

Μεταξύ:

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

Αναθέτουσας Αρχής

-και-

Κοινοπραξίας Δήμητρας Φιλιπποπούλου - Διονύσης Σβορώνος

Οικονομικού Φορέα

Ημερομηνία: 12 Φεβρουαρίου, 2021

Επιτροπή Αποκλεισμού:

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

Εμφανίσεις:

Για την Αναθέτουσα Αρχή: κα Στέλιος Ζερβός, Ανώτερος Εκτελεστικός Μηχανικός στο Τμήμα Δημοσίων Έργων.

Για τον Οικονομικό Φορέα: Καμία εμφάνιση.

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. 13.10.2020 η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται όπως η Επιτροπή Αποκλεισμού εξετάσει θέμα οριζώντιου αποκλεισμού της Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις, επειδή ο τελευταίος παρέλειψε να εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις που απορρέουν από τη Σύμβαση PS/D/358 παρά τις γραπτές προειδοποιήσεις του Μηχανικού του Έργου με αποτέλεσμα η Αναθέτουσα Αρχή να προχωρήσει στον τερματισμό της Σύμβασης.

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

Το έργο αφορούσε την ετοιμασία μελέτης για τη δημιουργία εγκαταστάσεων (λιμενικών και χερσαίων) για την εξυπηρέτηση των υδατοκαλλιεργητών στην περιοχή Μονής – Βασιλικού. Ο λιμένας θα εξυπηρετούσε τις ανάγκες των υδατοκαλλιεργητών που δραστηριοποιούνται στην περιοχή Βασιλικού και θα περιλάμβανε όλες τις απαραίτητες υπηρεσίες, υποδομές, παροχές και εξοπλισμούς ώστε να διασφαλίζεται η ορθολογιστική λειτουργία του λιμένα με την ταυτόχρονη ορθή και ασφαλή εξυπηρέτηση των υδατοκαλλιεργητών, των δημόσιων λειτουργιών και των άλλων χρηστών που θα δραστηριοποιούνταν ή/και θα επισκέπτονταν το λιμένα καθόλη την διάρκεια του έτους.

Η μελέτη είχε κατακυρωθεί στον Οικονομικό Φορέα έναντι του ποσού των €70.000 + Φ.Π.Α. Η ημερομηνία έναρξης είχε καθοριστεί στις 10/4/2018 και η διάρκεια εκτέλεσης της Σύμβασης ήταν 12 μήνες. Κατόπιν εγκρίσεων από τις

Αρμόδιες Αρχές στον Οικονομικό Φορέα δόθηκε χρονική παράταση 4 μηνών και ως αναθεωρημένη ημερομηνία συμπλήρωσης της μελέτης είχε καθοριστεί η 10/8/2020.

Σύμφωνα με τους όρους της Σύμβασης η μελέτη χωριζόταν σε πέντε (5) κυρίως φάσεις όπου για την κάθε μια εδίδετο λεπτομερής περιγραφή των εργασιών και εκθέσεων που έπρεπε να παραδοθούν.

Η μελέτη παρουσίασε σημαντική καθυστέρηση, κυρίως μετά την ολοκλήρωση της 1^{ης} Φάσης και την παράδοση της Έκθεσης Προμελέτης/Μελέτης Υφιστάμενης Κατάστασης. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με τους όρους εντολής στη 2^η Φάση ο Οικονομικός Φορέας θα έπρεπε να ετοιμάσει Υπαλλακτικές Λύσεις και να δώσει τέτοια στοιχεία (τεχνικά, οικονομικά, περιβαλλοντικά κλπ) στην Αναθέτουσα Αρχή ώστε να είναι δυνατή η επιλογή της βέλτιστης λύσης. Ο Οικονομικός Φορέας δεν έχει ολοκληρώσει τις μελέτες/στοιχεία/παραδοτέα όπως προβλέπονταν στους όρους εντολής της Σύμβασης ενώ τα παραδοτέα που έχει ετοιμάσει δεν είναι πλήρη για τη λήψη της απόφασης σχετικά με τη τελική λύση που έπρεπε να ακολουθεί. Σε αριθμό επιστολών, συναντήσεων και τηλεφωνικών συνομιλιών είχε επισημανθεί στον Οικονομικό Φορέα ότι η έκθεση Υπαλλακτικών Λύσεων ήταν ελλιπής, δεν συμφωνούσε με τους όρους εντολής και δεν μπορούσε να βοηθήσει την Αναθέτουσα Αρχή να πάρει απόφαση για το ποια από τις προτεινόμενες λύσεις θα επέλεγε ως τελική. Ο Οικονομικός Φορέας αυτόβουλα αποφάσισε να προχωρήσει στην τελική φάση της μελέτης και τον σχεδιασμό μιας συγκεκριμένης λύσης (χωρίς την έγκριση της Αναθέτουσας Αρχής) αφού κατά την άποψη του είχε εκπληρώσει τις βασικές μελέτες που προβλέπονταν στη Σύμβαση ενώ για όσες εργασίες υπολείπονταν θεώρησε ότι θα συμπεριληφθούν στην τελική έκθεση.

Επιπρόσθετα ο Οικονομικός Φορέας (παρά το γεγονός ότι υπάρχει διαφωνία στο περιεχόμενο των παραδοτέων της 2^{ης} Φάσης) ανέφερε/δεσμεύτηκε τόσο στο Τμήμα Δημοσίων Έργων (ως Αναθέτουσα Αρχή) όσο και στο Τμήμα Αλιείας και Θαλάσσιων Ερευνών (ως ο ιδιοκτήτης/χρήστης του έργου) ότι θα ετοίμαζε και θα παρέδιδε τις τελικές μελέτες μέχρι το τέλος του 2019. Έγινε επαναλαμβανόμενη παραβίαση των χρονοδιαγραμμάτων που ο ίδιος ο Οικονομικός Φορέας είχε θέσει και παρά τις εκκλήσεις για ενημέρωση, δεν ανταποκρίνετο στο να δώσει στοιχεία πως προχωρά η μελέτη αλλά και ούτε έδινε κάποιο χρονοδιάγραμμα για την ολοκλήρωση της μελέτης.

Το έργο συγχρηματοδοτείται από κονδύλια της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ήδη λόγω της καθυστέρησης πιθανό να χαθούν πόροι για την κάλυψη της κατασκευής του έργου. Η προκήρυξη των κατασκευαστικών έργων είχε προγραμματιστεί για το καλοκαίρι του 2019 (νοούμενου ότι θα είχε ολοκληρωθεί η μελέτη το πρώτο τρίμηνο του 2019) με στόχο την έναρξη των εργασιών περί τα τέλη του 2019. Σε συνάντηση μεταξύ των Υπουργών και Γενικών Διευθυντών του Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων και

του Υπουργείου Γεωργίας, Αγροτικής Ανάπτυξης και Περιβάλλοντος αναφέρθηκε ότι ο Οικονομικός Φορέας θα είχε ολοκληρώσει όλες τις εργασίες/μελέτες που προβλέπονται στους όρους της Σύμβασης μέχρι το τέλος του 2019 και θα κατατεθούν όλα τα στοιχεία στην Περιβαλλοντική Αρχή για εξέταση ώστε να προχωρήσει η προκήρυξη των προσφορών.

Σε μια τελευταία προσπάθεια να βρεθεί λύση στο πρόβλημα και να εξεταστεί η δυνατότητα ολοκλήρωσης της μελέτης μετά την άρση των μέτρων για το COVID 19, ζητήθηκε από τον Οικονομικό Φορέα όπως πραγματοποιηθεί συνάντηση στην παρουσία των Γενικών Διευθυντών του Υπουργείου Μεταφορών Επικοινωνιών και Έργων και του Υπουργείου Γεωργίας, Αγροτικής Ανάπτυξης και Περιβάλλοντος καθώς και των Διευθυντών των Τμημάτων των Δημοσίων Έργων και Αλιείας και Θαλάσσιων Ερευνών εντός Ιουλίου 2020. Ο Οικονομικός Φορέας απάντησε στις 22/6/2020 ζητώντας όπως η συνάντηση μετατεθεί για αρχές Σεπτεμβρίου 2020 λόγω επικινδυνότητας στις αεροπορικές πτήσεις για την μετάδοση του COVID 19.

Στη συνέχεια με επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής προειδοποιήθηκε ο Οικονομικός Φορέας για την πιθανή λήψη μέτρων από μέρος της Αναθέτουσας Αρχής και την αξιολόγηση της απόδοσης του Οικονομικού Φορέα καλώντας τον να δώσει τις δικές του θέσεις. Ο Οικονομικός Φορέας με την επιστολή του ημερομηνίας 21/7/2020 ανέφερε ότι «τα Τεύχη Α και Δ είναι σε οριστικό αλλά όχι το κατασκευαστικό στάδιο καθώς και ολοκληρωμένη Μελέτη Εκτίμησης στο Περιβάλλον(ΜΕΕΠ): Επίσης τα τελικά αρχιτεκτονικά σχέδια βρίσκονται στους αρμόδιους λειτουργούς του Τμήματος Πολεοδομίας και Οικήσεως για τα οποία δεν έχουμε λάβει ακόμη απάντηση».

Η Αναθέτουσα Αρχή στην προσπάθεια να διερευνήσει τους ποιο πάνω ισχυρισμούς απέστειλε στις 10/8/2020 επιστολές στο Τμήμα Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών και στο Τμήμα Πολεοδομίας και Οικήσεως με τις οποίες ζητούσε ενημέρωση για τις σχετικές μελέτες που ανέφερε ο Οικονομικός Φορέας αφού μέχρι τη συγκεκριμένη ημερομηνία δεν είχαν παραδοθεί οποιαδήποτε στοιχεία στο Συντονιστή της Μελέτης.

Ο εκπρόσωπος του Τμήματος Πολεοδομίας και Οικήσεως με την επιστολή του ημερομηνία 13/8/2020 ανέφερε ότι ο Οικονομικός Φορέας παρέλαβε προσχέδια των προτεινόμενων έργων τα οποία δεν φαίνονταν να πληρούν τους όρους της Σύμβασης και τις προϋποθέσεις που είχαν τεθεί από το Τμήμα αυτό. Ο εκπρόσωπος του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών με την επιστολή του ημερ. 9/9/2020 ανέφερε ότι είχαν σταλεί μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου κάποια προκαταρκτικά σχέδια και ερωτήματα τα οποία και απαντήθηκαν την ίδια μέρα. Έκτοτε δεν υπήρξε άλλη επικοινωνία.

Κατόπιν της σχετικής Αξιολόγησης Απόδοσης του Οικονομικού Φορέα σύμφωνα με τις νενομισμένες διαδικασίες η Αναθέτουσα Αρχή λαμβάνοντας

υπόψη τη συγκεκριμένη σύσταση, καθώς και το γεγονός ότι ο Οικονομικός Φορέας παρουσίασε αδυναμία στην εκπλήρωση των συμβατικών του υποχρεώσεων, (δεν υπήρχε συμμόρφωση εντός εύλογου χρονικού διαστήματος με τις ειδοποιήσεις του Υπεύθυνου Συντονιστή βάσει των οποίων ζητήθηκε να επανορθωθούν αδυναμίες εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων καθώς και μη εκτέλεση οδηγιών που δόθηκαν), αποφάσισε όπως τερματιστεί η Σύμβαση σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 23 στις 28.09.20.

Ο Οικονομικός Φορέας παρέλειψε να εμφανιστεί στη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού, είτε αυτοπροσώπως, είτε δι'εκπροσώπου, είτε διά δικηγόρου, παρόλο ότι ειδοποιήθηκε δεόντως.

Το πιο πάνω το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής στηρίζεται στον 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»). Παραθέτουμε πιο κάτω το σχετικό μέρος του Κανονισμού.

«37 (1) (β) ... Η Επιτροπή Αποκλεισμού δύναται, κατόπιν πληροφόρησης 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 το 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 δύναται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις.

.....

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

Στην παρούσα υπόθεση το αίτημα έγινε στη βάση του κανονισμού 37 (1) (β) των Κανονισμών και αυτό που πρέπει να αποφασίσουμε είναι εάν ο

Οικονομικός Φορέας έχει επιδείξει κατά την εκτέλεση του Έργου «σοβαρή πλημμέλεια» ή «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια».

Ούτε στον Νόμο, ούτε στους Κανονισμούς δίδεται ο ορισμός των όρων «σοβαρή πλημμέλεια» ή «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια». Αναζητήσαμε απάντηση στην οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26.2.2014, η οποία έχει εισαχθεί στην κυπριακή νομοθεσία με τον Ν. 73(Ι)/16.

Έχουμε βρει σημαντική καθοδήγηση, ιδιαίτερα όσον αφορά τον όρο «σοβαρή πλημμέλεια» στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση Forrosta SA(C 465/11), ημερομηνίας 13/12/2012. Πρόκειται για απόφαση σε προδικαστική παραπομπή από Δικαστήριο της Πολωνίας, αντικείμενο της οποίας ήταν μεταξύ άλλων η ερμηνεία του άρθρου 45(2)(δ) της οδηγίας 2004/18, οι πρόνοιες του οποίου, σε ό,τι αφορά την υπόθεση έχουν ως εξής:

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

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

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει ο Ν. 73(Ι)/2016 μεταφέρει στην κυπριακή νομοθεσία την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, η οποία αναθεώρησε και εκσυγχρόνισε την οδηγία 2004/18. Σημειώνουμε ότι το άρθρο 45(2)(δ) της παλιάς οδηγίας αντικαταστάθηκε από το άρθρο 57(4)(ζ) της οδηγίας το οποίο και μεταφέρθηκε αυτούσιο με το άρθρο 57(4)(ζ) του δικού μας Ν. 73(Ι)/2016 στην κυπριακή έννομη τάξη. Στο νέο άρθρο της οδηγίας δεν χρησιμοποιείται ο όρος «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», αλλά ο όρος «σοβαρή πλημμέλεια». Κρίνουμε όμως ότι και οι δυο 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. Παραθέτουμε πιο κάτω τα κρίσιμα για την ενώπιον μας υπόθεση σημεία της εν λόγω απόφασης.

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

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

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

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 του».

Παραμένει να εξετασθεί το κατά πόσον, με βάση το Νόμο, την Οδηγία, τους Κανονισμούς και τα γεγονότα που περιβάλλουν την παρούσα υπόθεση, πληρούται η προϋπόθεση της σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, ώστε να δικαιολογείται ο οριζόντιος αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα.

Με βάση τα στοιχεία που έθεσε ενώπιον μας η Αναθέτουσα Αρχή θεωρούμε ότι υπήρξαν, από πλευράς του Οικονομικού Φορέα, σοβαρές παραβάσεις της Σύμβασης όπως, μεταξύ άλλων σημαντική καθυστέρηση, ελλείψεις και μη ολοκλήρωση της μελέτης παρά τις παρατάσεις χρόνου που δόθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή στον Οικονομικό Φορέα. Κρίνουμε ότι οι πιο πάνω παραβάσεις της Σύμβασης αποτελούν σοβαρή πλημμέλεια και ως εκ τούτου, ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να αποκλειστεί οριζοντίως από μελλοντικούς δημόσιους διαγωνισμούς από την Επιτροπή Αποκλεισμού.

Σε ότι αφορά στο θέμα της επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, παρατηρείται ότι σημειώθηκαν καθυστερήσεις στο Έργο, οι οποίες μπορούν να τεκμηριώσουν το στοιχείο της επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, ενόψει και του ουσιώδους του όρου για τήρηση των χρονοδιαγραμμάτων. Ακόμη όμως και αν οι καθυστερήσεις ήθελε θεωρηθούν ως ελάχιστονες παρατυπίες, εντούτοις και πάλι δικαιολογείται ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα ενόψει της επανάληψης των καθυστερήσεων αφού, με βάση και την προοιμιακή σκέψη

101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, 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.**

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 δυναμικού ή προαιρετικού αποκλεισμού, η οποία εξ ορισμού θεωρείται από τις ολιγότερο σοβαρές περιπτώσεις σε αντιδιαστολή με τις υποχρεωτικές περιπτώσεις αποκλεισμού, κάτι που αντανάκλαται και στη διαφορά που υπάρχει όσον αφορά τη μέγιστη δυνατή περίοδο αποκλεισμού για τη μια και για την άλλη περίπτωση. Προβλέπεται μέγιστος αποκλεισμός διάρκειας τριών (3) ετών για την πρώτη και πέντε (5) ετών για τη δεύτερη περίπτωση. Γι'αυτό δώσαμε ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας.

Στο σημείο αυτό ανοίγουμε μια παρένθεση για να διευκρινίσουμε ότι όταν αναφερόμαστε σε υποχρεωτικές και δυναμικές περιπτώσεις αποκλεισμού εννοούμε ότι είναι υποχρεωτικές ή δυναμικές περιπτώσεις αποκλεισμού, εφόσον εξετάζονται από τις Αναθέτουσες Αρχές και όχι όταν εξετάζεται η περίπτωση οριζόντιου αποκλεισμού από την Επιτροπή Αποκλεισμού. Και στις δύο περιπτώσεις η απόφαση για αποκλεισμό από την Επιτροπή Αποκλεισμού είναι πάντοτε δυναμικού χαρακτήρα, δηλαδή η Επιτροπή ασκεί τη διακριτική της ευχέρεια για ένα τέτοιο αποκλεισμό.

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

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.

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

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

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

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

“..... it follows from the primacy of community law that the provisions of a directive must enjoy precedence over conflicting rules of national law. This applies in the first place to measures taken specifically with a view to implementing a directive. If national law confers on courts and tribunals discretion to apply mandatory rules of law of their own motion, they must examine ex proprio motu whether the national authorities remained within the limits of their discretion under the directive..... Public authorities other than the courts must also refrain from applying national rules which conflict with a directive.”

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

Θεωρούμε ότι ο πιο πάνω Κανονισμός εκδόθηκε καθ' υπέρβαση (ultra vires) του εξουσιοδοτούντος Νόμου που ενσωματώνει την Οδηγία 2014/24/ Ε.Ε (άρθρο 57(7)(β)).

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 άρθρου 57 (7) (β) 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, όπου κρίθηκαν τα εξής:

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

38. *Εν προκειμένω για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου. Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμού της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφο 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 παράγραφο 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 στον Οικονομικό Φορέα οριζόντιο αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο τριών (3) ετών από το σχετικό γεγονός, ήτοι από 28.09.2020, ημερομηνία τερματισμού της Σύμβασης.

(Υπ.).....

Χάρης Σολομωνίδης

Πρόεδρος

(Υπ.)

Ανδρέας Αγγρότης

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 Πετριδής 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 Κανονισμό.**

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 23/10/2020**, 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 23.10.2020.

(Υπ.).....

Παναγιώτης Χατζηδημητρίου

Μέλος

