

**Συνεδρία της Επιτροπής Αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων από
Διαδικασίες Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων που πραγματοποιήθηκε
στο Υπουργείο Οικονομικών στις 10 Μαΐου 2019**

5

Αρ. Υπόθεσης: 1/19

10

Υπουργείο Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, Τμήμα Δημοσίων Έργων

15

Αναθέτουσα Αρχή

και

20

ELTYNIA LTD

25

Οικονομικός Φορέας

Επιτροπή Αποκλεισμού:

- κ. Χάρης Σολομωνίδης - Πρόεδρος
κ. Παναγιώτης Χατζηδημητρίου - Μέλος
5 κ. Γεώργιος Μεττούρης - Μέλος

Εμφανίσεις:

- Για την Αναθέτουσα Αρχή (Τμήμα Δημοσίων Έργων):** Κα Δ. Λέυτον
10 (Εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής)

Για τον Οικονομικό Φορέα: Κ. Κ. Μιχαήλ, για το δικηγορικό γραφείο
Prountzos & Prountzos LLC

- 15 **Επιτροπή:** Η ομόφωνη απόφαση της Επιτροπής θα δοθεί από τον κ. Χ.
Σολομωνίδη, Πρόεδρο.

ΑΠΟΦΑΣΗ

20

- Χ. Σολομωνίδης, Π:** Με επιστολή του ημερ. 19.12.18 το Γενικό Λογιστήριο
της Δημοκρατίας, ως η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων,
25 πληροφορούσε την Επιτροπή Αποκλεισμού (στη συνέχεια "η Επιτροπή") ότι

συνέτρεχε περίπτωση πλημμελούς εκτέλεσης της Σύμβασης PS/C/766(στη συνέχεια "η Σύμβαση") μεταξύ του Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, Τμήματος Δημόσιων Έργων (στη συνέχεια "η Αναθέτουσα Αρχή") και της ELTYNIA LTD (στη συνέχεια "ο Οικονομικός Φορέας"), που
5 είχε ως αποτέλεσμα τον πρόωρο τερματισμό της και την καλούσε όπως επιληφθεί του θέματος λόγω αρμοδιότητας. Το αίτημα στηρίζεται στους Κανονισμούς 37(1) (β) και 30 (3) της ΚΔΠ 138/2016 (στη συνέχεια "οι Κανονισμοί").

10 Τα αδιαμφισβήτητα γεγονότα της υπόθεσης έχουν ως ακολούθως:

1. Η Σύμβαση αφορούσε την κατασκευή του Παρακαμπτήριου Δρόμου Γερμασόγειας (Φάση Α) μήκους 2 χλμ περίπου καθώς και δευτερεύοντος οδικού δικτύου μήκους 1.5 χλμ περίπου. Το έργο
15 διαλάμβανε δύο λωρίδες κυκλοφορίας και τρίτη για δεξιόστροφες κινήσεις όπου απαιτούνταν, πλακόστρωτα πεζοδρόμια, ποδηλατόδρομο, διαβάσεις πεζών, στάσεις λεωφορείων, λωρίδες πρασίνου και δύο ισόπεδους κυκλικούς κόμβους. Το έργο περιελάμβανε την υπογειοποίηση όλων των Υπηρεσιών Κοινής
20 Ωφέλειας. Το ποσό της Σύμβασης (εξαιρουμένων των απρόβλεπτων)(€4.993.041,65 - €600.000,00) ήταν €4.393.041,65.
2. Στις 30.03.2017 δόθηκε στον Οικονομικό Φορέα η εντολή έναρξης των εργασιών. Ημερομηνία έναρξης των εργασιών καθορίστηκε η
25 13.04.2017.Ο χρόνος αποπεράτωσης του έργου ήταν 84 εβδομάδες,

δηλαδή θα συμπληρώνονταν οι εργασίες μέχρι 22.11.2018.

3. Στις 30.06.2017 δόθηκε προειδοποίηση στον Οικονομικό Φορέα για
αδικαιολόγητη καθυστέρηση αφού οι εργασίες ξεκίνησαν με πολύ
5 αργούς ρυθμούς, χωρίς το αναγκαίο προσωπικό και μηχανήματα. Στις
21.07.2017 στάληκε νέα επιστολή στον Οικονομικό Φορέα για
αδικαιολόγητη καθυστέρηση αφού δεν είχε λάβει μέτρα βελτίωσης των
αργών ρυθμών κατασκευής του έργου. Στις 31.08.2017 στάληκε
10 επιστολή στον Οικονομικό Φορέα ότι η στελέχωση του έργου με
επιστημονικό προσωπικό δεν ήταν σύμφωνα με τις απαιτήσεις της
Σύμβασης.
4. Στις 31.08.2017 δόθηκε προειδοποίηση στον Οικονομικό Φορέα ότι
υπάρχει σοβαρή καθυστέρηση στο έργο και δεν σημειώθηκε καμιά
15 βελτίωση στους αργούς ρυθμούς των εργασιών, αφού δεν υπήρχε
σωστή οργάνωση, το αναγκαίο προσωπικό και τα αναγκαία
μηχανήματα στο έργο. Επίσης του δόθηκε προειδοποίηση ότι εάν δεν
ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της Σύμβασης θα γινόταν "Ενδιάμεση
Αξιολόγηση Απόδοσης Εργολάβου"), σύμφωνα με τους Γενικούς
20 Όρους της Σύμβασης.
5. Στις 27.09.2017, 18.10.2007, 25.10.2007, 1.11.2017 και 06.12.2017
στάληκαν νέες επιστολές στον Οικονομικό Φορέα προειδοποιώντας
τον ότι η αδικαιολόγητη καθυστέρηση αυξάνεται κάθε εβδομάδα και ότι
25 δεν ακολουθεί το εβδομαδιαίο πρόγραμμα εργασιών του. Επίσης

υπήρχαν μερικές μέρες που δεν γινόταν καμιά εργασία στο εργοτάξιο.

6. Στις 10.11.2017 στάληκε "Ενδιάμεση Αξιολόγηση Απόδοσης" στον Οικονομικό Φορέα.

5

7. Παρά τις επανειλημμένες προειδοποιήσεις, ο Οικονομικός Φορέας δεν ανταποκρίθηκε με αποτέλεσμα η αδικαιολόγητη καθυστέρηση να αυξάνεται. Οι επιστολές ημερομηνίας 12.12.2017, 11.01.2018, 14.02.2018, 21.03.2018, 26.03.2018, 30.03.2018, 2.04.2018, και 26.04.2018 είναι σχετικές.

10

8. Με επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 09.05.2018 δόθηκε προειδοποίηση στον Οικονομικό Φορέα σύμφωνα με το άρθρο 46.1 των Γενικών Όρων της Σύμβασης ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα προβεί σε διαδικασίες για λύση της εργοδότησής του.

15

9. Με επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 06.07.2018 ο Οικονομικός Φορέας πληροφορήθηκε για τη λύση της εργοδότησής του σύμφωνα με το άρθρο 63.1 των Γενικών Όρων της Σύμβασης. Μέχρι τότε λιγότερο από 5% της όλης εργασίας είχε συμπληρωθεί.

20

Ο ευπαίδευτος συνήγορος του Οικονομικού Φορέα, κ. Κ.Μ., στη γραπτή αγόρευση του αναγνωρίζει ότι ο Οικονομικός Φορέας έχει παραδεχθεί τα όσα αφορούν στους λόγους πλημμελούς εκτέλεσης της Σύμβασης ως η

25

καταγγελία της Αναθέτουσας Αρχής και ως εκ τούτου θεωρεί ότι δεν κρίνεται αναγκαίο να αναλυθεί κατά πόσο η συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα εμπίπτει εντός της ερμηνείας που έχει δοθεί στους όρους "σοβαρή πλημμέλεια" ή "επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια" τόσο από την Επιτροπή 5 όσο και από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο στην υπόθεση Forposta SA, ABC Direct Contact sp.z.o.o Vs Poczta Polska SA(C465 - 11).

Στη συνέχεια παρέθεσε μια σειρά παραγόντων, στη βάση των οποίων εισηγήθηκε ότι δεν πρέπει να επιβληθεί αποκλεισμός του Οικονομικού 10 Φορέα από τη συμμετοχή του σε δημόσιους διαγωνισμούς και διαζευκτικά, άνευ επηρεασμού της πιο πάνω εισήγησης του, εάν και εφόσον η Επιτροπή προσανατολίζεται στην επιβολή ποινής αποκλεισμού, τότε αυτή να ισχύσει για τη μικρότερη χρονική περίοδο.

15 Αυτοί οι παράγοντες είναι οι ακόλουθοι:

1. Το γενικότερο πλαίσιο το οποίο οδήγησε τον Οικονομικό Φορέα στην καθυστέρηση και/ή πλημμελή εκτέλεση της Σύμβασης. Αυτό αφορά κυρίως οικονομικές δυσκολίες και προβλήματα ρευστότητας που επηρεάζουν και 20 μέχρι σήμερα επηρεάζουν την αγορά εξαιτίας της οικονομικής κρίσης και επηρέασε τη γενικότερη οικονομική κατάσταση του Οικονομικού Φορέα και κατ' επέκταση επηρέασε την ικανότητα του να ολοκληρώσει τα όσα διαλαμβάνονταν στη Σύμβαση και τα σχετικά χρονοδιαγράμματα. Η οικονομική κρίση έπληξε τόσο την Κύπρο όσο και την Ελλάδα, χώρες στις 25 οποίες δραστηριοποιείτο ο Οικονομικός Φορέας σε μεγάλο βαθμό.

2. Ουδέποτε ο Οικονομικός Φορέας είχε εμπλακεί στο παρελθόν σε παρόμοια προβλήματα μη τήρησης χρονοδιαγραμμάτων και/ή μη ολοκλήρωσης συμβάσεων (πέραν μιας άλλης σύμβασης με την Αναθέτουσα Αρχή) και/ή σε επαγγελματικά παραπτώματα και/ή σε αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές.

3. Ο Οικονομικός Φορέας από νωρίς κατέφυγε σε υιοθέτηση μέτρων ευελπιστώντας ότι θα λύνονταν τα προβλήματα ρευστότητας και κατ' επέκταση θα αποφεύγονταν τυχόν προβλήματα στην εκπλήρωση του έργου. Ειδικότερα, αποφασίστηκε η μεταφορά για τις ταμειακές ανάγκες του Οικονομικού Φορέα του ταμειακού προϊόντος που προέκυπτε από τα κέρδη του υποκαταστήματος του στην Ιορδανία.

4. Η άμεση παραδοχή της καταγγελίας ενώπιον της Επιτροπής και η ενεργός συνεργασία του Οικονομικού Φορέα τόσο με την Αναθέτουσα Αρχή όσο και στη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής, γεγονός που καταδεικνύει την πρόθεση του να μην προκαλέσει περαιτέρω ταλαιπωρία και/ή καθυστέρηση στη διαδικασία.

5. Ο Οικονομικός Φορέας ακολουθώντας το άρθρο 57(6) του Νόμου, βρίσκεται στο στάδιο διερεύνησης και εξέτασης μέτρων που δύναται να ληφθούν προς αναδιάρθρωση του. Αντικείμενο της διερεύνησης και εξέτασης είναι κατά πόσο θα καταστεί εφικτό, ποια θα είναι τα μέτρα και πώς θα εφαρμοστούν οι κατάλληλοι έλεγχοι και/ή συστήματα, ούτως ώστε να

διασφαλιστεί η οικονομική ρευστότητα και σταθερότητα του Οικονομικού Φορέα προς αποφυγή παρόμοιων προβλημάτων στο μέλλον. Ο Οικονομικός Φορέας έχει ήδη ζητήσει από συμβουλευτικούς οίκους την παροχή υπηρεσιών για εξειδικευμένη συμβουλή προς εξυγίανση και/ή
5 ενδυνάμωση των οικονομικών του.

6. Η απόφαση για τη διάρκεια της ισχύος του αποκλεισμού θα πρέπει να είναι συμβατή και να συνάδει με το γενικότερο πνεύμα της οδηγίας (οδηγία 10 Φεβρουαρίου 2014) και ειδικότερα της παραγράφου 101 του προοιμίου, το οποίο υπογραμμίζει την ανάγκη, σε περιπτώσεις προαιρετικού αποκλεισμού, να δίδεται ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας όταν
10 εξετάζονται ζητήματα αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων από συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς (βλέπε το σύγγραμμα "The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK", Prof. Sue Arrowsmith, Vol.1, 3rd edition, para. 12- 66).
15

Ο ευπαίδευτος συνήγορος του Οικονομικού Φορέα εισηγήθηκε περαιτέρω ότι, επειδή στην προκειμένη περίπτωση ο Οικονομικός Φορέας δεν
20 βρίσκεται αντιμέτωπος με καταγγελίες για διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αλλά ουσιαστικά η καταγγελία είναι άμεσα συνυφασμένη με την αξιοπιστία και οικονομική φερεγγυότητα του, εάν τελικά επιβληθεί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να ιδωθεί υπό το πρίσμα του σχετικού σκοπού για τον οποίο επιβάλλεται. Στην παρούσα περίπτωση
25 ο Οικονομικός Φορέας έχει ήδη υποστεί τις δυσμενείς συνέπειες του

τερματισμού της Σύμβασης και τον εκ των πραγμάτων αποκλεισμό του από άλλους διαγωνισμούς και/ή μη κατακύρωση άλλου διαγωνισμού ενόσω εκκρεμεί η παρούσα διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής.

- 5 Ο κ. Κ.Μ. εισηγήθηκε επίσης ότι πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι οι συνθήκες οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο εκτέλεσης των εργασιών δυσχέραιναν την κατάσταση ακόμη περισσότερο, εφόσον υπήρχαν σημαντικά προβλήματα τόσο σε σχέση με τους κατοίκους των γύρω περιοχών όσο και με την άρνηση της Αναθέτουσας Αρχής για χορήγηση
- 10 μιας εύλογης παράτασης χρόνου για ολοκλήρωση του έργου. Τόνισε επίσης ότι οι καταβολές/πληρωμές που έχουν γίνει από τον Οικονομικό Φορέα για το εν λόγω έργο υπερέβησαν κατά πολύ τη ληφθείσα προκαταβολή, η οποία έχει επιστραφεί στη Δημοκρατία. Ανέφερε πως ο Οικονομικός Φορέας έχει επωμιστεί κόστη εργασιών, πληρωμής προσωπικού, διαφόρων υλικών,
- 15 υπερβολάβων και πληρωμή εγγυητικής πιστής εκτέλεσης που ανέρχονται συνολικά σε €710.000,00 (€250.000,00 για καταβολή εγγύησης πιστής εκτέλεσης της Σύμβασης και €460.000,00 για εκτελεσθείσες εργασίες και υλικά). Ο Οικονομικός Φορέας δεν έχει λάβει κανένα ποσό από τη Δημοκρατία για τις εκτελεσθείσες εργασίες. Με βάση τα πιο πάνω
- 20 εισηγήθηκε ότι, στην ουσία, η Αναθέτουσα Αρχή δεν υπέστη οποιαδήποτε ζημιά από τη μη ολοκλήρωση του έργου.

- Τέλος, ο κ. Κ.Μ. εισηγήθηκε ότι ένας ενδεχόμενος αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα θα πρέπει να ισχύσει για το μικρότερο δυνατόν υπό τις
- 25 περιστάσεις χρονικό διάστημα για δύο λόγους:

(α) Η λύση της Σύμβασης γνωστοποιήθηκε στον Οικονομικό Φορέα στις 6.07.2018

(β) Χωρίς καμιά εξήγηση περί του διαρρέυσαντος διαστήματος το ζήτημα ήχθη ενώπιον της Επιτροπής με επιστολή του Γενικού Λογιστηρίου στις 5 19.12.18.

Ως εκ τούτου, εισηγείται ο κ. Μιχαήλ, προκύπτει μια καθυστέρηση στην υποβολή του αιτήματος ενώπιον της Επιτροπής περί των πεντέμισι (5 ½) μηνών, η οποία θα πρέπει να ληφθεί υπόψη από την Επιτροπή για την 10 έκταση τυχόν αποκλεισμού.

Απαντώντας στα όσα εκτίθενται στη γραπτή αγόρευση του Οικονομικού Φορέα, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε τα ακόλουθα:

15

1. Αναφορικά με τα προβλήματα ρευστότητας σημειώνεται ότι η προσφορά για τη Σύμβαση υποβλήθηκε στις 17.06.2016 και η υπογραφή της έγινε στις 28.02..2017. Ως εκ τούτου, ήταν γνωστά τα προβλήματα της οικονομικής κρίσης/ύφεσης που έπληξε την Κύπρο το 20 έτος 2013 στο στάδιο προκήρυξης του διαγωνισμού και μπορούσαν να ληφθούν υπόψη στην τιμολόγηση της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα. Εξάλλου όπως αναφέρεται στην αγόρευση του Οικονομικού Φορέα "Το πρόβλημα έγκειτο αφενός σε προβλήματα ρευστότητας που αντιμετώπιζε η εταιρεία τα οποία κλιμακώθηκαν εξαιτίας της 25 οικονομικής κρίσης." Για τη Σύμβαση ο Οικονομικός Φορέας

πληρώθηκε στις 11.04.2017 το ποσό των € 435.779,17 ως ποσό προκαταβολής σύμφωνα με τον όρο 60.11 της Σύμβασης. Το ποσό της προκαταβολής καταβάλλεται ως ενίσχυση του Οικονομικού Φορέα σε θέματα ρευστότητας πριν την έναρξη των εργασιών και

5 χρησιμοποιείται για το συγκεκριμένο έργο που αναλαμβάνει. Συνεπώς, ο ισχυρισμός ότι ο Οικονομικός Φορέας αντιμετώπιζε προβλήματα ρευστότητας, τουλάχιστον για το συγκεκριμένο έργο, δεν ευσταθεί.

10 2. Η επίκληση, από μέρους του οικονομικού Φορέα, προβλημάτων με τους κατοίκους της περιοχής, δεν έχει έρεισμα καθότι αυτά επιλύονται άμεσα και δεν προκάλεσαν σε καμία περίπτωση, καθυστέρηση στην εκτέλεση των εργασιών.

15 3. Σε σχέση με τον ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα ότι "Η αδυναμία περάτωσης της Σύμβασης δεν οφείλεται σε ηθελημένη και/ ή εκούσια άρνηση ή αμέλεια της Εταιρείας να εκτελέσει και/ ή να ολοκληρώσει και/ ή να εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις" η θέση της

20 Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι ο Οικονομικός Φορέας, παρά την καθυστέρηση που σημειώθηκε νωρίς στην εκτέλεση του Έργου, δεν επέδειξε σπουδή να αυξήσει την παραγωγικότητά του και συνέχισε να εργάζεται με βραδείς ρυθμούς. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του Οικονομικού Φορέα ότι "είχε αποφασιστεί η μεταφορά για τις ταμειακές ανάγκες της Εταιρείας του ταμειακού προϊόντος που προέκυπτε από

25 διαθέσιμα του υποκαταστήματος της στην Ιορδανία" η θέση της

Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η πρόθεση αυτή του Οικονομικού Φορέα για την οποία ενημέρωσε την Αναθέτουσα Αρχή, αφορούσε άλλο έργο που ανέλαβε ο Οικονομικός Φορέας για το οποίο έγινε λύση της εργοδότησής του. Εν πάση περιπτώσει, αυτή η πρόθεση δεν φαίνεται να υλοποιήθηκε ούτε για το υπό κρίση έργο.

4. Σχετικά με τα ισχυριζόμενα μέτρα που λαμβάνει ο Οικονομικός Φορέας για αναδιάρθρωση του με σκοπό την ανάκαμψη του, είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι αυτά θα αφορούν μελλοντική του συμμετοχή σε διαγωνισμούς, οπότε ο Οικονομικός Φορέας θα αξιολογηθεί ανάλογα με τα στοιχεία που θα του ζητηθεί να υποβάλει. Η δε υποχρέωση του Οικονομικού Φορέα, δυνάμει του Άρθρου 57 (6) (β) του Ν.73(Ι)/ 2016, "να αποδείξει ότι έχει καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν" δεν τεκμηριώνεται με τη γραπτή του αγόρευση.
5. Ο λόγος που δεν είχε καταβληθεί ποσό στον Οικονομικό Φορέα για τις εκτελεσθείσες εργασίες, ήταν πρόνοια της Σύμβασης για ελάχιστο ποσό πιστοποιητικού ενδιάμεσης πληρωμής (υπολογίστηκε σε €150.000), προκειμένου να μπορούσε να πληρωθεί το ποσό, πρόνοια που δεν ικανοποιείτο. Ο ίδιος ο Οικονομικός Φορέας έπρεπε να επωμισθεί τα ποσά τα οποία ενδεχομένως κατέβαλε για αγορά υλικών, τα οποία θα αποπληρώνονταν σταδιακά με την εκτέλεση του έργου. Όπως αναφέρθηκε πιο πάνω, είναι ένας από τους λόγους που καταβάλλεται προκαταβολή. Ο ισχυρισμός του Οικονομικού Φορέα ότι

είχε εκτελέσει εργασίες αξίας € 460.000,00 στο έργο δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα αφού το ποσό της εκτελεσθείσας εργασίας δεν ήταν πέραν των € 170.000,00 (χωρίς ΦΠΑ)όταν τερματίστηκε η Σύμβαση στις 20.07.2018.

5

6. Όσον αφορά τη θέση του Οικονομικού Φορέα ότι η Αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε αίτημα στην Επιτροπή Αποκλεισμού πεντέμισι(5 ½) μήνες μετά την ημερομηνία λύσης της Σύμβασης, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι στους σχετικούς Κανονισμούς (ΚΔΠ 138/ 2016) δεν υπάρχει καθορισμένος χρόνος για υποβολή τέτοιου αιτήματος.

10

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει πιο πάνω, το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής στηρίζεται, μεταξύ άλλων, στον Κανονισμό 37(1)(β) των Κανονισμών.

15 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 τον παρόντα Κανονισμό".

20

Το άρθρο 57(4)(ζ) του Νόμου (Ν.73(Ι)/2016) διαλαμβάνει τα ακόλουθα:

25 "Οι Αναθέτουσες Αρχές δύνανται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε

διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιονδήποτε Οικονομικό Φορέα σε οποιανδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις.

.....

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

10 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
15 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:

20

"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
25 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 τον μη αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης 5 συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές δεν τον αποκλείουν από αυτές".

Σχετικό με τα υπό κρίση ζητήματα είναι και το εδάφιο (6) παράγραφοι (α) και (β) του άρθρου 57 του Νόμου, το οποίο προνοεί τα ακόλουθα:

10 "(6)(α) Οποιοσδήποτε Οικονομικός Φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στα εδάφια (1) και (4) μπορεί να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω Οικονομικός 15 Φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

(β) Για τον σκοπό που αναφέρεται στην παράγραφο (α), ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό 20 αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων".

Σχετική και με τα υπό κρίση ζητήματα είναι και η Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26.02.14, η οποία εισήχθη στην κυπριακή έννομη τάξη με τον δικό μας Νόμο 73 (Ι)/2016. Βρίσκουμε κάποια καθοδήγηση στην προοιμιακή σκέψη (101) και 5 συγκεκριμένα στην πρώτη, δεύτερη και τρίτη παράγραφο, καθώς και στην προοιμιακή σκέψη (102).

Στην πρώτη παράγραφο της προοιμιακής σκέψης (101) αναφέρεται πως οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να 10 αποκλείουν οικονομικούς φορείς, οι οποίοι έχουν κριθεί αναξιόπιστοι λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του Οικονομικού Φορέα και ως εκ τούτου να καταστήσει τον Οικονομικό Φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο Οικονομικός 15 Φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.

Στην προοιμιακή σκέψη (101), δεύτερη παράγραφος της πιο πάνω οδηγίας, αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει επίσης να 20 μπορεί να αποκλείει υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν ή ανάρμοστη 25 διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του

Οικονομικού Φορέα.

Στην τρίτη παράγραφο της πιο πάνω προοιμιακής σκέψης διαβάζουμε τα ακόλουθα:

5

"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,

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

15 Στην πρώτη παράγραφο της προοιμιακής σκέψης (102) της πιο πάνω οδηγίας αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι θα πρέπει να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να

20 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.

25

Η Επιτροπή Αποκλεισμού, προτού λάβει την απόφαση της για αποκλεισμό ενός Οικονομικού Φορέα παρέχει σε αυτόν την ευκαιρία ακρόασης και προσκόμισης σχετικών στοιχείων. Ο Οικονομικός Φορέας δύναται, παρότι 5 συντρέχει λόγος αποκλεισμού, να υποδεικνύει στην Επιτροπή Αποκλεισμού τυχόν συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα που έλαβε, περιλαμβανομένων μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, τα οποία είναι κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης παρόμοιων περιστατικών ή/και διάπραξης περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Νοείται ότι, 10 σε περίπτωση που η Επιτροπή Αποκλεισμού κρίνει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα δικαιολογούν τον μη αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές δεν τον αποκλείουν από αυτές (βλ. Κανονισμό 37(3)(β) και επιφύλαξη).

15 Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιόν μας μια σειρά από παραβάσεις της Σύμβασης εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα, οι οποίες οδήγησαν στον τερματισμό της. Θεωρούμε όμως ως την πλέον σοβαρή παράβαση το γεγονός ότι, κατά τον χρόνο λύσης της εργοδότησής του, δηλαδή στις 6.07.2018, ο Οικονομικός Φορέας είχε συμπληρώσει ολιγότερο από το 5% 20 της όλης εργασίας. Αυτό οφειλόταν στους λόγους που αναλύσαμε πιο πάνω.

Ο Οικονομικός Φορέας παρά τις επανειλημμένες υποδείξεις και/ ή προειδοποιήσεις της Αναθέτουσας Αρχής προς αυτόν, από το χρόνο έναρξης του έργου, για τήρηση των προνοιών της Σύμβασης, επέδειξε 25 αμέλεια να συμμορφωθεί με τις υποχρεώσεις του δυνάμει της Σύμβασης και

ούτε έλαβε μέτρα για επίσπευση της προόδου εκτέλεσης του έργου με αποτέλεσμα να συμπληρωθεί ολιγότερο από το 5% της όλης εργασίας.

5 Με βάση τα γεγονότα, τα οποία η Αναθέτουσα Αρχή εξέθεσε ενώπιον μας, κρίνουμε ότι συντρέχει λόγος δυνητικού αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Παραμένει να εξετάσουμε κατά πόσο ο Οικονομικός Φορέας έλαβε συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης (self – cleaning) που να δικαιολογούν τον μη αποκλεισμό του. Ακόμη όμως και στην περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας έλαβε μέτρα η Επιτροπή

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

15 Συμφωνούμε πλήρως με τα όσα ανέφερε η εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής σε αντίκρουση των ισχυρισμών που καταγράφονται στη γραπτή αγόρευση του Οικονομικού Φορέα και διατυπώνουμε ανάλογα ευρήματα. Στην ουσία ο Οικονομικός Φορέας δεν έχει αποδείξει ότι έχει λάβει

20 συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω παραπτώματων προς απόδειξη της αξιοπιστίας του (βλ. Άρθρο 57 (6) (α) και (β) του Νόμου και Κανονισμό 37 (3) (β) των Κανονισμών). Τα μόνα "ελαφρυντικά" στην παρούσα υπόθεση, περιορισμένης όμως σημασίας, είναι η παραδοχή του

25 Οικονομικού Φορέα ενώπιον της Επιτροπής και η ενεργός συνεργασία του

με την Επιτροπή και την Αναθέτουσα Αρχή.

Είναι σαφές, ιδιαίτερα με βάση τις πρόνοιες του Κανονισμού 37(2)(β) ότι η
5 εξουσία της Επιτροπής να επιβάλει οριζόντιο αποκλεισμό είναι δυνητική. Η
Επιτροπή, δηλαδή, έχει την ευχέρεια να επιβάλει ή μη έναν τέτοιο
αποκλεισμό λαμβάνοντας υπόψη τα συγκεκριμένα περιστατικά της κάθε
υπόθεσης. Θα ασκήσουμε τη διακριτική μας ευχέρεια λαμβάνοντας επίσης
10 υπόψη ότι βρισκόμαστε ενώπιον μιας περίπτωσης δυνητικού ή προαιρετικού
αποκλεισμού, η οποία εξ ορισμού θεωρείται από τις ολιγότερο σοβαρές
περιπτώσεις σε αντιδιαστολή με τις υποχρεωτικές περιπτώσεις
αποκλεισμού, κάτι που αντανάκλαται και στη διαφορά που υπάρχει όσον
αφορά τη μέγιστη δυνατή περίοδο αποκλεισμού για τη μια και για την άλλη
περίπτωση. Προβλέπεται μέγιστος αποκλεισμός διάρκειας τριών (3) ετών
15 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 δυνητικές περιπτώσεις αποκλεισμού
20 εννοούμε ότι είναι υποχρεωτικές ή δυνητικές περιπτώσεις αποκλεισμού,
εφόσον εξετάζονται από τις Αναθέτουσες Αρχές και όχι όταν εξετάζεται η
περίπτωση οριζόντιου αποκλεισμού από την Επιτροπή. Και στις δυο
περιπτώσεις η απόφαση για αποκλεισμό από την Επιτροπή είναι πάντοτε
δυνητικού χαρακτήρα, δηλαδή η Επιτροπή ασκεί τη διακριτική της ευχέρεια
25 για έναν τέτοιο αποκλεισμό.

Όσον αφορά τη συνάντηση που είχε ο Οικονομικός Φορέας με την Αναθέτουσα Αρχή μετά τη λύση της εργοδότησής του, για να δοθούν κάποια οικονομικά στοιχεία αυτού στο εξωτερικό για να πεισθεί η Αναθέτουσα Αρχή ότι ο Οικονομικός Φορέας θα μπορούσε ίσως να συνεχίσει τη Σύμβαση, 5 θεωρούμε ότι αυτά δόθηκαν μετά τον τερματισμό της Σύμβασης, ήταν, δηλαδή, σε πολύ καθυστερημένο στάδιο και εν πάση περιπτώσει ουδόλως έπεισαν την Αναθέτουσα Αρχή.

Μας αναφέρθηκε από πλευράς του Οικονομικού Φορέα ότι αυτός βρίσκεται 10 στο στάδιο διερεύνησης και εξέτασης μέτρων που δύναται να ληφθούν προς αναδιάρθρωση του και προς εξυγίανση και ενδυνάμωση των οικονομικών του. Κρίνουμε ότι οι πιο πάνω ισχυρισμοί είναι γενικοί και αόριστοι και ο Οικονομικός Φορέας δεν έχει προσκομίσει επαρκή στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα οποιαδήποτε μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν 15 την αξιοπιστία του. Στην ουσία δεν μας ανέφερε ότι τα ισχυριζόμενα μέτρα έχουν υλοποιηθεί και/ή καρποφορήσει.

Αφού σταθμίσαμε όλα τα πιο πάνω, θα ασκήσουμε τη διακριτική μας ευχέρεια υπέρ του αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές 20 δημόσιες συμβάσεις. Για το ζήτημα της διάρκειας του αποκλεισμού, λάβαμε υπόψη τους μετριαστικούς παράγοντες στους οποίους αναφερθήκαμε πιο πάνω.

25 Με βάση τον Κανονισμό 37(2)(β) των Κανονισμών, η Επιτροπή δύναται να

επιβάλλει αποκλεισμό, ο οποίος δεν υπερβαίνει τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία που έλαβε γνώση για το σχετικό γεγονός. Στην πράξη αυτό σημαίνει ότι στην παρούσα υπόθεση η μέγιστη διάρκεια αποκλεισμού μετρά από την ημερομηνία που ενώπιον της Επιτροπής ήχθη για πρώτη φορά το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής για αποκλεισμό. Κάτι τέτοιο έλαβε χώρα με επιστολή προς την Επιτροπή, ημερομηνίας 19.12.18, από το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας.

10 Αφού λάβαμε υπόψη όλα τα ενώπιον μας τεθέντα στοιχεία, τον Νόμο και τους σχετικούς Κανονισμούς, επιβάλλουμε στον Οικονομικό Φορέα αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο 24 μηνών από 19.12.18.

15 (Υπ.)
Χάρης Σολομωνίδης,
Πρόεδρος Επιτροπής

20 (Υπ.)
Παναγιώτης Χατζηδημητρίου,
Μέλος

25 (Υπ.)
Γεώργιος Μετπούρης,
Μέλος