

**Συνεδρία της Επιτροπής Αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων από
Διαδικασίες Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων που πραγματοποιήθηκε
Στο Υπουργείο Οικονομικών στις 28.12.18**

5

Αρ. Υπόθεσης: 7/18

Υπουργείο Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, Τμήμα Δημοσίων Έργων

10

Αναθέτουσα Αρχή

και

15

Savvakis Koushis Construction Ltd

Οικονομικός Φορέας

20 **Επιτροπή Αποκλεισμού:**

κ. Χάρης Σολομωνίδης: Πρόεδρος Επιτροπής

κ. Γεώργιος Μεττούρης: Μέλος Επιτροπής

κ. Παναγιώτης Χ΄ Δημητρίου: Μέλος Επιτροπής

25 **Εμφανίσεις:**

Για την Αναθέτουσα Αρχή: κα Δ. Λέυτον, εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής

Για τον Οικονομικό Φορέα: κ. Σ. Κουσιής, διευθύνων σύμβουλος του Οικονομικού Φορέα

ΑΠΟΦΑΣΗ

5 **Πρόεδρος:** Η απόφαση είναι ομόφωνη:

10 Στις 04.05.2018 το Υπουργείο Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, Τμήμα Δημοσίων Έργων (στη συνέχεια «η Αναθέτουσα Αρχή») απέστειλε στην Επιτροπή Αποκλεισμού (στη συνέχεια «η Επιτροπή»), αίτημα όπως εξεταστεί το ενδεχόμενο αποκλεισμού της εταιρείας Savvakis Koushis Construction Ltd (στη συνέχεια «ο Οικονομικός Φορέας»), από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, κατόπιν τερματισμού της μεταξύ τους Σύμβασης (Αρ. Σύμβασης: Δ.Τ.Δ.Ε. (Ε.Μ. Λ/σού 33/2016). Το αίτημα έγινε στη βάση του Κανονισμού 37 (1) (β) των περί της Διαχείρισης της Εκτέλεσης Δημοσίων Συμβάσεων και των Διαδικασιών Αποκλεισμού των Οικονομικών Φορέων από 15 Διαδικασίες Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Κανονισμών του 2016 (ΚΔΠ 138/2016) (στη συνέχεια «οι Κανονισμοί»).

Τα γεγονότα της υπόθεσης έχουν ως ακολούθως:

20 Το έργο αφορούσε την κατασκευή πεζοδρομίων και τοιχίων σε Κυπερούντα, Αμίαντο και τον δρόμο που οδηγεί στην Προεδρική κατοικία στο Τρόοδος.

25 Ειδικότερα το πιο πάνω Έργο περιελάμβανε εκσκαφές, επιχωματώσεις, προμήθεια και τοποθέτηση υλικού υποθεμελίου, κατασκευή τοιχίων και πεζοδρομίων καθώς και εργασίες για αποχετεύσεις ομβρίων.

Η Σύμβαση μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του Οικονομικού Φορέα υπογράφηκε στις 2.12.2016 για το ποσό των € 182.000,00 συν ΦΠΑ κατόπιν διαγωνισμού. Ως ημερομηνία έναρξης του έργου ορίστηκε η 16.12.2016 και αποπεράτωσης η 16.3.2017, με χρόνο

αποπεράτωσης 3 μήνες.

Ο Οικονομικός Φορέας παρά τις επανειλημμένες υποδείξεις του μηχανικού του έργου προς αυτόν, από τον χρόνο έναρξης του έργου, για τήρηση των προνοιών της Σύμβασης, 5 επέδειξε αμέλεια να συμμορφωθεί με τις υποχρεώσεις του δυνάμει της Σύμβασης, ούτε έλαβε μέτρα για επίσπευση της προόδου εκτέλεσης του έργου.

Συγκεκριμένα, μόνο το 30% περίπου της όλης εργασίας είχε συμπληρωθεί μέχρι τον 10 τερματισμό της Σύμβασης. Η καθυστέρηση οφείλετο στην κακή οργάνωση και προγραμματισμό, στην έλλειψη του αναγκαίου προσωπικού και μηχανημάτων, στη μη έγκαιρη προμήθεια υλικών στο εργοτάξιο, στην κακή συνεργασία και συντονισμό με υπεργολάβους και σε προβλήματα ρευστότητας με αποτέλεσμα τη μη τακτοποίηση οφειλών προς προμηθευτές / υπεργολάβους. Ο Οικονομικός Φορέας, ενώ είχε γνώση για 15 τις απαιτήσεις και προδιαγραφές της Σύμβασης, είχε υποβάλει αρκετές φορές υλικά προς έγκριση τα οποία δεν πληρούσαν τις προδιαγραφές. Επίσης ο Οικονομικός Φορέας είχε προμηθευτεί σκυρόδεμα από άλλο εργοστάσιο παραγωγής αντί του εργοστασίου που 20 είχε εγκριθεί από τον Μηχανικό του Έργου. Επιπρόσθετα ο Οικονομικός Φορέας δεν ανταποκρινόταν έγκαιρα στις γραπτές οδηγίες του Μηχανικού για επίσπευση των εργασιών, έγκαιρη παραγγελία των υλικών, τακτοποίηση οφειλών προς προμηθευτές / 25 υπεργολάβους, καθώς και για θέματα μέτρων ασφαλείας. Τέλος, είχε ζητηθεί δύο φορές από τον Οικονομικό Φορέα όπως υποβάλει μητρώο εργοδοτούμενων σύμφωνα με τους όρους της Σύμβασης χωρίς ο Οικονομικός Φορέας να ανταποκριθεί.

Συνεπεία της αδικαιολόγητης καθυστέρησης του έργου και επικαλούμενος το άρθρο 46.1 25 των όρων της Σύμβασης (Πρόοδος Έργου), ο Μηχανικός πληροφόρησε τον Οικονομικό Φορέα στις 14.2.2018, ότι του δινόταν τελευταία προειδοποίηση 28 ημερών για επανεκκίνηση και επίσπευση των εργασιών.

Κατόπιν τούτου και αφού το έργο δεν παρουσίαζε πρόοδο, ο Μηχανικός στις 19.3.2018

έδωσε στον Οικονομικό Φορέα προειδοποίηση 14 ημερών για λύση της εργοδότησης του βάσει του όρου 63.1 των Όρων της Σύμβασης. Ο Οικονομικός Φορέας είχε υποβάλει αίτημα για παράταση χρόνου δύο (2) μηνών το οποίο εξετάστηκε από τις αρμόδιες επιτροπές και απορρίφθηκε. Στη συνέχεια ο Οικονομικός Φορέας ζήτησε φιλικό
5 διακανονισμό ο οποίος απορρίφθηκε.

Συνεπακόλουθο των πιο πάνω ήταν και η κατάπτωση της Εγγύησης Πιστής Εκτέλεσης, την πληρωμή της οποίας η Αναθέτουσα Αρχή απαίτησε από την τράπεζα στις 5.4.2018.

10 Σημειώνεται ότι στις 30.4.2018 κοινοποιήθηκε στον Οικονομικό Φορέα η Έκθεση Αξιολόγησης Απόδοσής του. Η απόδοση του κρίθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης ως «Μη ικανοποιητική».

Λόγω του τερματισμού της Σύμβασης, το έργο δεν ολοκληρώθηκε και η Αναθέτουσα
15 Αρχή αναγκάστηκε να προκηρύξει νέο διαγωνισμό για την ολοκλήρωσή του, γεγονός που συνεπάγεται πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση για το δημόσιο.

Σημειώνεται ότι στον Οικονομικό Φορέα είχαν ανατεθεί επτά (7) συμβάσεις (συμπεριλαμβανομένης της υπό κρίση Σύμβασης) μετά από ισάριθμους διαγωνισμούς του Τμήματος Δημοσίων Έργων. Ο χρόνος εκτέλεσης των πέντε (5) συμβάσεων
20 συνέτρεχε.

Ο Οικονομικός Φορέας ολοκλήρωσε τις έξι (6) από τις επτά (7) συμβάσεις με μεγάλες και αδικαιολόγητες καθυστερήσεις και του επιβλήθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή μεγάλες
25 χρηματικές αποκοπές λόγω της αδικαιολόγητης καθυστέρησης.

Αποτέλεσμα των πιο πάνω ήταν ότι στις πέντε (5) ενδιάμεσες εκθέσεις αξιολόγησης του Οικονομικού Φορέα (συμπεριλαμβανομένης της υπό αναφορά Σύμβασης), η απόδοση του Οικονομικού Φορέα ήταν «μη ικανοποιητική».

Κατά τη συνεδρία της Επιτροπής στις 13.11.18, ο Διευθύνων Σύμβουλος του Οικονομικού Φορέα, κ. Σ. Κουσιής, παραδέχθηκε προφορικά τα όσα του καταλογίζει η Αναθέτουσα Αρχή. Το ίδιο έπραξε και γραπτώς στις 27.11.18. Επεξήγησε όμως πως
5 πριν από το 2012 και την οικονομική κρίση του 2013 είχε δικά του συνεργεία για την εκτέλεση των έργων που αναλάμβανε και εργοδοτούσε γύρω στα 50 άτομα. Στο μεταξύ έχασε και τη σύζυγο του λόγω προβλήματος υγείας. Η οικονομική κρίση του 2013, το «κούρεμα» των καταθέσεων και η στασιμότητα των έργων δημιούργησαν στον Οικονομικό Φορέα πρόβλημα ρευστότητας με αποτέλεσμα να επηρεαστεί η ικανότητα
10 του να ολοκληρώσει τα όσα διαλαμβάνονται στη Σύμβαση. Σε αυτό συνέβαλαν (α) η ανάληψη πολλών έργων από τον Οικονομικό Φορέα από ότι μπορούσε να διεκπεραιώσει, (β) το γεγονός ότι βασίστηκε και σε πολλούς υπεργολάβους για την εκτέλεση τμημάτων του Έργου οι οποίοι δεν ανταποκρίθηκαν, (γ) οι τεράστιες αποκοπές σε ρήτρες (χρόνος καθυστέρησης) σε όλα σχεδόν τα έργα που είχε αναλάβει, (δ) η μικρή
15 διάρκεια εκτέλεσης του κάθε έργου ξεχωριστά και (ε) το γεγονός ότι όλα τα έργα κατακυρώθηκαν προς εκτέλεση κατά τη διάρκεια των χειμερινών μηνών. Συνεπεία των πιο πάνω ο Οικονομικός Φορέας υπέστη τεράστιες ζημιές και δημιούργησε χρέη σε διάφορους προμηθευτές υλικών.

20 Ήταν η θέση του Οικονομικού Φορέα ότι (α) έχει εκτελέσει τα έξι (6) από τα έργα τα οποία ανέλαβε με τεράστιες ζημιές και «πέραν της μισής εκτελεσθείσας εργασίας του αναφερόμενου Έργου» δηλαδή του υπό κρίση Έργου και (β) από την ίδρυση του το έτος 2002 «έχει εκτελέσει πολλά Έργα του Κράτους με ολοκλήρωση και επιτυχία και χωρίς να απασχολήσει το κράτος με οτιδήποτε μεμπτόν αδίκημα».

25

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής στις θέσεις του Οικονομικού Φορέα είναι ότι ο αριθμός των διαγωνισμών για τους οποίους έχει προσφοροδοτήσει ο Οικονομικός Φορέας και το κατά πόσον προτίθετο να χρησιμοποιήσει δικά του συνεργεία ή υπεργολάβους για εκτέλεση των εργασιών, δεν είναι κάτι που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή αλλά τον

Οικονομικό Φορέα αποκλειστικά. Ως προς την υπό στοιχείο (α) (ανωτέρω) θέση του Οικονομικού Φορέα η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι, πριν από τη λύση της εργοδότησης του ο Οικονομικός Φορέας είχε εκτελέσει ελάχιστο ποσοστό του Έργου. Ως προς την υπό στοιχείο (β) (ανωτέρω) θέση του Οικονομικού Φορέα , η απάντηση της

5 Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι δεν μπορεί να γνωρίζει κάτι τέτοιο.

Η Επιτροπή δεν θα εξετάσει αν τα γεγονότα που οδήγησαν την Αναθέτουσα Αρχή να υποβάλει αίτημα για οριζόντιο αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα αποδείχθηκαν ή όχι, ή αν είναι ορθά ή όχι. Αυτό που καθικόντως πρέπει να αποφασίσει είναι αν στη βάση

10 αυτών των γεγονότων μπορεί να εξαχθεί συμπέρασμα «πλημμέλειας»: «σοβαρής πλημμέλειας» ή «επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας».

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει πιο πάνω το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής στηρίζεται στον Κανονισμό 37 (1) (β). Παραθέτουμε πιο κάτω το σχετικό μέρος του κανονισμού:

15 «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

20 παρόντα κανονισμό».

Το άρθρο 57(4) (ζ) του Νόμου (Ν.7(1)/2016) διαλαμβάνει τα ακόλουθα:

«Οι Αναθέτουσες Αρχές δύνανται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία

25 σύναψης σύμβασης οποιονδήποτε Οικονομικό Φορέα σε οποιανδήποτε 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 με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις, ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις».

5 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».

Σχετικό με την υπό εξέταση υπόθεση είναι και ο κανονισμός 37(3) (β) των Κανονισμών, ο οποίος έχει ως ακολούθως:

15 «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 τον μη αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές δεν τον αποκλείουν από αυτές».

25 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:

«(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 Φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

- 5 (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 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
- 10 μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων».

Σχετική και 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

15 έννομη τάξη με τον δικό μας Νόμο 73 (1)/2016. Βρίσκουμε κάποια καθοδήγηση στην προοιμιακή σκέψη (101) και συγκεκριμένα στην πρώτη, δεύτερη και τρίτη παράγραφο, καθώς και στην προοιμιακή σκέψη (102).

Στην πρώτη παράγραφο της προοιμιακής σκέψης (101) αναφέρεται πως οι αναθέτουσες

20 αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να 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 Φορέας έχει

25 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 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 διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του Οικονομικού Φορέα.

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

«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 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 συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την 20 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 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 «πλημμέλεια» είτε αυτή είναι «σοβαρή πλημμέλεια» ή «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια». Πρέπει να παρατηρήσουμε ότι ούτε η μια ούτε η άλλη πλευρά έστρεψαν την προσοχή μας στην ερμηνεία των πιο πάνω όρων,

ούτε και η Αναθέτουσα Αρχή τουλάχιστον ασχολήθηκε ειδικά με το ζήτημα αν εδώ βρισκόμαστε ενώπιον «σοβαρής πλημμέλειας» ή «επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας» ή ενώπιον και των δύο.

- 5 Προτού προχωρήσουμε να επιχειρήσουμε την ερμηνεία των πιο πάνω όρων, θεωρούμε ότι προηγείται η εξέταση ενός άλλου ερωτήματος, παρόλο ότι δεν έχει εγερθεί ρητά ενώπιον μας. Σε σχέση με τον όρο «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» ενδεχομένως εγείρεται το ερώτημα αν αυτή αφορά «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» στο πλαίσιο μιας και μόνης Δημόσιας Σύμβασης ή «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» στο πλαίσιο
10 πλειόνων δημοσίων συμβάσεων.

Καταλήξαμε στο συμπέρασμα ότι η πλέον λογική ερμηνεία είναι η δεύτερη, δηλαδή στο πλαίσιο πλειόνων δημοσίων συμβάσεων. Οδηγηθήκαμε σ' αυτό το συμπέρασμα, λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 2 του περί Ερμηνείας Νόμου, Κεφάλαιο 1 και την
15 προοιμακή σκέψη (101) της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Σύμφωνα με τον περί Ερμηνείας Νόμο, κεφάλαιο 1, άρθρο 2, λέξεις στον ενικό περιλαμβάνουν τον πληθυντικό και λέξεις στον πληθυντικό περιλαμβάνουν τον ενικό.

- 20 Εξάλλου στη δεύτερη παράγραφο της προοιμακής σκέψης (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ χρησιμοποιείται το ακόλουθο λεκτικό «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
25 υπηρεσία, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί αμφιβολίες για την αξιοπιστία του Οικονομικού Φορέα». (Η υπογράμμιση δική μας)

Είναι προφανές από τα πιο πάνω ότι οι Αναθέτουσες Αρχές μπορούν να βασιστούν

πάνω σε περισσότερες από μια προηγούμενες συμβάσεις για να αποφασίσουν τον αποκλεισμό Οικονομικού Φορέα από δημόσιες συμβάσεις.

5 Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει σύγκρουση μεταξύ του ημεδαπού Ν. 73/1/16, άρθρο 57(4)(ζ) και της πιο πάνω οδηγίας, αλλά έστω και αν θεωρηθεί ότι υπάρχει σύγκρουση η πιο πάνω οδηγία υπερισχύει ως έχουσα ηυξημένη ισχύ έναντι του δικού μας Νόμου.

10 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 26.02.2014, η οποία έχει εισαχθεί στην κυπριακή νομοθεσία με τον Ν. 73(1)/16. Έχουμε βρει σημαντική καθοδήγηση, ιδιαίτερα όσον αφορά τον όρο «σοβαρή πλημμέλεια» στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση Forposta SA (C 465/11), ημερομηνίας 13.12.2012. Πρόκειται για απόφαση σε προδικαστική παραπομπή από 15 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:

20 «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».

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

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει ο Ν. 73(1)/2016 μεταφέρει στην κυπριακή νομοθεσία την οδηγία 2014/24, η οποία αναθεώρησε και εκσυγχρόνισε την πιο πάνω οδηγία 2004/18. Σημειώνουμε ότι το άρθρο 45(2)(δ) της παλιάς οδηγίας αντικαταστάθηκε από το άρθρο

57(4)(ζ) της νέας οδηγίας το οποίο και μεταφέρθηκε αυτούσιο με το άρθρο 57(4)(ζ) του δικού μας Ν. 73(1)/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 δύο όροι αποδίδουν την ίδια έννοια και έχουν τον ίδιο στόχο, δηλαδή να αποκλείσουν ενδεχομένως Οικονομικό Φορέα, ο οποίος διέπραξε κάποια σοβαρή παράβαση της Σύμβασης που τον δεσμεύει έναντι της Αναθέτουσας Αρχής. Γι' αυτό θεωρούμε ότι η απόφαση στην υπόθεση Forposta (πιο πάνω) αποτελεί δεσμευτικό προηγούμενο επί του θέματος που μας απασχολεί. Παραθέτουμε πιο κάτω τα κρίσιμα για την ενώπιον μας υπόθεση σημεία της εν λόγω απόφασης.

10

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

15 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 μέρος αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου Οικονομικού Φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα».

20

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».

25

Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιον 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 μόνο το 30% περίπου της όλης εργασίας είχε συμπληρωθεί μέχρι τον τερματισμό της Σύμβασης. Αυτό οφειλόταν μεταξύ

άλλων στους παράγοντες που αναλύσαμε πιο πάνω. Ο Οικονομικός Φορέας παρά τις επανειλημμένες υποδείξεις του Μηχανικού του Έργου προς αυτόν, από τον χρόνο έναρξης του Έργου (16.12.16), για τήρηση των προνοιών της Σύμβασης, επέδειξε αμέλεια να συμμορφωθεί με τις υποχρεώσεις του δυνάμει της Σύμβασης και ούτε έλαβε
5 μέτρα για επίσπευση της προόδου εκτέλεσης του έργου. Τελικά, το έργο δεν ολοκληρώθηκε και η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε στην προκήρυξη νέου διαγωνισμού για την αποπεράτωση του. Αυτό συνεπάγεται και επιπρόσθετο κόστος για το δημόσιο. Το γεγονός ότι το έργο παρέμεινε ημιτελές, με συνεπακόλουθο για την ολοκλήρωση του η Αναθέτουσα Αρχή θα επωμισθεί με επιπλέον έξοδα, σε συνάρτηση με το γεγονός ότι δεν
10 έχει προσφερθεί οποιαδήποτε αποζημίωση από τον Οικονομικό Φορέα, αποτελούν στοιχεία που λαμβάνουμε υπόψη για σκοπούς αξιολόγησης της συμπεριφοράς του Οικονομικού Φορέα.

Δεν χαρακτηρίζουμε τη συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα όσον αφορά στη μη
15 ολοκλήρωση του έργου σαν εκ προθέσεως διάπραξη παραπτώματος, αλλά σαν συμπεριφορά ενέχουσα αμέλεια 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 ισχυριζόμενος από πλευράς Αναθέτουσας Αρχής λόγος τερματισμού δεν ήταν σοβαρός μέσα στην έννοια των προνοιών του Άρθρου 57 (4)
20 (ζ) του Νόμου. Βρίσκουμε ότι, υπό τις περιστάσεις, αυτή η παράβαση της Σύμβασης συνιστά «σοβαρή πλημμέλεια». Αφού έχουμε καταλήξει στην απόφαση ότι από πλευράς του Οικονομικού Φορέα έχει διαπραχθεί «σοβαρή πλημμέλεια» κατά την εκτέλεση ουσιώδους όρου της Σύμβασης, βρίσκουμε ότι είναι δυνατό να ενεργοποιηθούν οι σχετικές πρόνοιες των Κανονισμών 37(1) (β) και 37 (2) (β) και να εξετάσουμε αν, υπό τις
25 περιστάσεις, δικαιολογείται ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις.

Πέραν των πιο πάνω λαμβάνουμε υπόψη ότι στην αξιολόγηση της συμπεριφοράς του Οικονομικού Φορέα η απόδοσή του σε άλλες διαφορετικές συμβάσεις κρίθηκε από την

Αναθέτουσα Αρχή ως μη ικανοποιητική. Ο Οικονομικός Φορέας ολοκλήρωσε τις άλλες έξι (6) συμβάσεις που του ανατέθηκαν, αλλά με μεγάλες και αδικαιολόγητες καθυστερήσεις με αποτέλεσμα να του επιβληθούν από την Αναθέτουσα Αρχή μεγάλες χρηματικές αποκοπές. Με βάση τα πιο πάνω, κρίνουμε τη συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα ως αναξιόπιστη.

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 αντανακλάται 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 δυνατικές περιπτώσεις αποκλεισμού εννοούμε ότι είναι υποχρεωτικές ή δυνατικές περιπτώσεις αποκλεισμού, εφόσον εξετάζονται από τις Αναθέτουσες Αρχές και όχι όταν εξετάζεται η περίπτωση οριζόντιου αποκλεισμού από την Επιτροπή Αποκλεισμού. Και στις δυο περιπτώσεις η απόφαση για αποκλεισμό από την Επιτροπή Αποκλεισμού είναι πάντοτε δυνατικού χαρακτήρα, δηλαδή η Επιτροπή ασκεί τη διακριτική της ευχέρεια για έναν τέτοιο αποκλεισμό.

Αναγνωρίζουμε ότι τα οικονομικά προβλήματα και τα προβλήματα ρευστότητας που αντιμετώπιζε ο Οικονομικός Φορέας ως αποτέλεσμα της οικονομικής κρίσης, είναι αυτά που οδήγησαν στη μη ολοκλήρωση του έργου και των όσων διαλαμβάνονταν στη

Σύμβαση. Ωστόσο τα οικονομικά αυτά προβλήματα προϋπήρχαν της σύναψης της Σύμβασης και συνεχίζουν να υφίστανται μέχρι σήμερα. Ο ισχυρισμός του Οικονομικού Φορέα περί μη ύπαρξης παρόμοιων προβλημάτων στο παρελθόν είναι γενικός και αόριστος και δεν μπορεί να γίνει αποδεκτός. Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η ίδια δεν μπορεί να γνωρίζει για τη συμπεριφορά του Οικονομικού Φορέα σε τυχόν άλλα δημόσια έργα που ο τελευταίος είχε αναλάβει. Ο Οικονομικός Φορέας δεν έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημιώσεις για τυχόν ζημιές που προκάλεσε λόγω της σοβαρής πλημμέλειας που έχει επιδείξει, όπως διαλαμβάνεται στο άρθρο 57 (6) (α) και (β) του Νόμου.

10

Αφού σταθμίσαμε όλα τα πιο πάνω, θα ασκήσουμε τη διακριτική μας ευχέρεια υπέρ του αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις. Για το ζήτημα της διάρκειας του αποκλεισμού, λάβαμε υπόψη το γεγονός ότι ο Οικονομικός Φορέας έχει ήδη υποστεί τις δυσμενείς συνέπειες του τερματισμού της Σύμβασης. Λάβαμε επίσης υπόψη την παραδοχή του Οικονομικού Φορέα ενώπιον μας και τη συνεργασία του τόσο με την Αναθέτουσα Αρχή όσο και με την Επιτροπή. Τέλος, λάβαμε υπόψη την επιβολή από την Αναθέτουσα Αρχή μεγάλων χρηματικών αποκοπών λόγω αδικαιολόγητης καθυστέρησης στις έξι (6) από τις επτά (7) συμβάσεις που ανατέθηκαν στον Οικονομικό Φορέα.

20

Με βάση τον Κανονισμό 37 (2) (β) των Κανονισμών, η Επιτροπή Αποκλεισμού δύναται να επιβάλει 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 Αποκλεισμού ήχθη για πρώτη φορά το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής για αποκλεισμό. Κάτι τέτοιο έλαβε χώρα με επιστολή προς την Επιτροπή, ημερομηνίας 4.5.18, από την Αναθέτουσα Αρχή.

25

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 δεκαοχτώ (18) μηνών από 4.5.18.

5

(Υπ.)
Χάρης Σολομωνίδης,
Πρόεδρος Επιτροπής Αποκλεισμού

10

(Υπ.)
Γεώργιος Μετπούρης,
Μέλος

15

(Υπ.)
Παναγιώτης Χ' Δημητρίου,
Μέλος