

ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ
ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΑΠΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ
ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Αρ. Υπόθεσης: 4/2020

Μεταξύ:

Τεχνικών Υπηρεσιών Υπουργείου Παιδείας,
Πολιτισμού, Αθλητισμού και Νεολαίας

Αναθέτουσας Αρχής

-και-

Γεώργιος Σοφοκλέους Οικοδομικές Κατασκευές Λτδ

Οικονομικού Φορέα

Ημερομηνία: 12 Φεβρουάριου, 2021

Επιτροπή Αποκλεισμού:

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

Εμφανίσεις:

Για την Αναθέτουσα Αρχή: κα Στέφανη Χ΄Στεφάνου, δικηγόρος της Δημοκρατίας για Γενικό Εισαγγελέα με κα Αντιγόννη Ζυμαρά, Αρχιτέκτονα – Μηχανικό Υπουργείου Παιδείας

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. 09.04.2020 η οποία λήφθηκε στις 11.5.20 Αναθέτουσα Αρχή αιτείται όπως η Επιτροπή Αποκλεισμού εξετάσει θέμα οριζόντιου αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις, επειδή ο τελευταίος παρέλειψε να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις που απορρέουν από τη Σύμβαση Τ.Υ 72/2016, παρά τις γραπτές προειδοποιήσεις του Μηχανικού του Έργου με αποτέλεσμα η Αναθέτουσα Αρχή να προχωρήσει στη λύση της Σύμβασης καθότι είχε κλονιστεί η φερεγγυότητα του Οικονομικού Φορέα.

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

Το Έργο αφορούσε την κατεδάφιση του υφιστάμενου Δημοτικού Σχολείου και την ανέγερση από τον Οικονομικό Φορέα νέου Δημοτικού Σχολείου Κυπερούντας στο χώρο όπου στεγάζεται το υφιστάμενο Δημοτικό Σχολείο.

Το έργο περιλάμβανε κατεδαφίσεις, ανεγέρσεις και εξωτερικές εργασίες σύμφωνα με τις προκαθορισμένες φάσεις. Οι εργασίες θα εκτελούνταν σε δύο Φάσεις και η κάθε Φάση ξεκινούσε με την ολοκλήρωση της προηγούμενης.

Η περίοδος εκτέλεσης του έργου σύμφωνα με τη Σύμβαση ήταν 24 μήνες κατά φάσεις. Η φάση 1 ήταν διάρκειας 12 μηνών. Η ημερομηνία έναρξης των εργασιών ήταν στις 30/5/2017 και η ημερομηνία αποπεράτωσης μετά από την εγκεκριμένη παράταση χρόνου της Φάσης 1 ήταν στις 30/7/2018.

Η Φάση 1 παραλήφθηκε στις 31/8/2018.

Η δεύτερη Φάση άρχιζε αφού αποπερατωθεί και παραληφθεί η πρώτη φάση. Η διάρκεια και της Φάσης 2 ήταν 12 μήνες.

Η Φάση 1 αφορούσε προμήθεια και εγκατάσταση προσωρινών χώρων υγιεινής μαθητών, κατεδάφιση των υφιστάμενων χώρων υγιεινής μαθητών στο υπόγειο και ανέγερση νέων κτιρίων (τμήμα Β). Τα κτίρια αναφέρονται ως τμήματα. Η διάρκεια της ήταν 12 μήνες. Η Φάση 2 αφορούσε την απομάκρυνση των

προσωρινών χώρων υγιεινής μαθητών, τη φύλαξη και μετακίνηση όλου του κινητού εξοπλισμού, επίπλωσης και όλου του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού, την κατεδάφιση του υφιστάμενου Δημοτικού Σχολείου και την ολοκλήρωση των υπόλοιπων κτιρίων των ανεγέρσεων και εξωτερικών εργασιών. Η διάρκεια της ήταν 12 μήνες.

Το έργο κατά την εκτέλεσή του παρουσίασε καθυστέρηση, για την οποία προωθήθηκαν προς τα αρμόδια όργανα αιτήματα του Οικονομικού Φορέα για παράταση χρόνου, τα οποία εξετάστηκαν και εγκρίθηκαν από την Τμηματική Επιτροπή Αλλαγών και Απαιτήσεων του Υπουργείου Παιδείας, Πολιτισμού, Αθλητισμού και Νεολαίας. Ο Οικονομικός Φορέας, με γραπτή συγκατάθεσή του δεν είχε οποιαδήποτε οικονομική απαίτηση. Οι παρατάσεις δόθηκαν ως ακολούθως:

Για την Φάση 1, με συμβατική ημερομηνία παραλαβής 30/5/2018, εγκρίθηκαν 61 ημερολογιακές μέρες χωρίς οικονομικές απαιτήσεις, με νέα ημερομηνία παραλαβής 30/7/2018.

Το έργο επιθεωρήθηκε για παραλαβή στις 13/8/2018 και διαπιστώθηκαν παραμένουσες εργασίες.

Σαν ημερομηνία παραλαβής της Φάσης 1 του έργου ορίστηκε η 31/8/2018, μετά από επιστολή του Οικονομικού Φορέα για παραλαβή μετά την συμπλήρωση των εργασιών, με επιπλέον καθυστέρηση 32 ημερολογιακών ημερών, για τις οποίες αποκόπηκε η ανάλογη ποινική ρήτρα σύμφωνα με τους όρους της Σύμβασης.

(32 ημέρες X €250,00 = €8.000,00)

Η Φάση 2 παραχωρήθηκε επίσημα στο Οικονομικό Φορέα στις 31/8/2018 μετά την παραλαβή προς χρήση της Φάσης 1. Για τη Φάση 2 με συμβατική ημερομηνία παραλαβής 31/8/2019, εγκρίθηκαν 75 ημερολογιακές ημέρες χωρίς οικονομικές απαιτήσεις, με νέα ημερομηνία παραλαβής στις 14/11/2019.

Κατά την έναρξη των εργασιών της Φάσης 2, ο Οικονομικός Φορέας, παρά τις γραπτές οδηγίες και προειδοποιήσεις της Αναθέτουσας Αρχής (επιστολές ημερομηνίας 31/8/2018, 5/9/2018, 18/9/2018), δεν συμμορφωνόταν με τις υποχρεώσεις του σύμφωνα με τη Σύμβαση για την κατεδάφιση ολόκληρου του υφιστάμενου τμήματος Ε. Ο Οικονομικός Φορέας με επιστολές του 31/8/2018, 5/9/2018, 13/9/2019, ισχυριζόταν ότι συμβατική του υποχρέωση ήταν μόνο η κατεδάφιση μέρους του υφιστάμενου τμήματος Ε όπου θα γινόταν η ανέγερση του τμήματος Δ.

Μετά από υποβολή του θέματος για περαιτέρω χειρισμό στις αρμόδιες επιτροπές, δύο φορές στην Τμηματική Επιτροπή Αλλαγών και Απαιτήσεων του Υπουργείου Παιδείας, Πολιτισμού, Αθλητισμού και Νεολαίας (ΤΕΑΑ) και στην Κεντρική Επιτροπή Αλλαγών κα Απαιτήσεων (ΚΕΑΑ), η απόφαση που λήφθηκε ήταν ότι, η κατεδάφιση ολόκληρου του τμήματος Ε αποτελεί μέρος των συμβατικών υποχρεώσεων του Οικονομικού Φορέα και δεν προκύπτει οποιονδήποτε πρόσθετο κόστος, λόγω επιπρόσθετης εργασίας.

Στα μέσα Ιανουαρίου 2019, οι Διορισμένοι Υπεργολάβοι του έργου (Ηλεκτρολόγοι και Μηχανολόγοι), ανέφεραν προφορικά στην Αναθέτουσα Αρχή

ότι, υπήρχαν οφειλές από εκτελεσθείσα εργασία από μέρους του Οικονομικού Φορέα για τις οποίες δεν είχαν πληρωθεί.

Μετά από διερεύνηση του θέματος, σύμφωνα με τις αποδείξεις και τις τεκμηριώσεις που είχε αποστείλει ο Οικονομικός Φορέας στην Αναθέτουσα Αρχή για τις μέχρι τότε πληρωμές των Διορισμένων Υπεργολάβων (Ηλεκτρολόγων και Μηχανολόγων), διαφάνηκε πως υπήρχαν οφειλές από εκτελεσθείσα εργασία και αποδέσμευση της κράτησης παραλαβής της 1^{ης} Φάσης, οι οποίες δεν είχαν πληρωθεί στους Διορισμένους Υπεργολάβους.

Σύμφωνα με το άρθρο 59.5 Τόμος Β της Σύμβασης η Αναθέτουσα Αρχή έχει δικαίωμα να καταβάλει απευθείας πληρωμή στους Διορισμένους Υπεργολάβους, και να αφαιρέσει από πιστοποιητικό πληρωμής του Οικονομικού Φορέα, τα οφειλόμενα ποσά.

Ο Οικονομικός Φορέας με επιστολές του πρόβαλε διάφορες προφάσεις για παρακώληση ολοκλήρωσης του έργου.

Με την έκδοση του Πιστοποιητικού πληρωμής με Αρ. 18 δεν μπορούσε να διεκπεραιωθεί η πληρωμή του, λόγω μη προσκόμισης από τον Οικονομικό Φορέα του τιμολογίου του Διορισμένου Υπεργολάβου Μηχανολόγου. Ο Οικονομικός Φορέας με τη συναίνεση της Αναθέτουσας Αρχής προχώρησε στην διαδικασία λύσης εργοδότησης του Διορισμένου Υπεργολάβου Μηχανολόγου.

Η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε με την έκδοση Πιστοποιητικού Πληρωμής με Αρ. 18^α, στο οποίο είχε αφαιρεθεί το ποσό της εκτελεσθείσας εργασίας από τον Διορισμένο Υπεργολάβο-Μηχανολόγο και προστέθηκε η επιπλέον εκτελεσθείσα εργασία του Οικονομικού Φορέα που προέκυψε στο διάστημα μεταξύ της έκδοσης του Πιστοποιητικού Πληρωμής Αρ. 18 και Αρ. 18^α (Ο Οικονομικός Φορέας ενημερώθηκε σχετικά με επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 23/5/2019).

Η πληρωμή του Πιστοποιητικού Πληρωμής 18^α δεν διεκπεραιώθηκε, αφού δεν προσκομίστηκε από τον Οικονομικό Φορέα κανένα τιμολόγιο.

Η Φάση 2 τελικά δεν ολοκληρώθηκε αφού στις 11/6/2019 με επιστολή του, ο Οικονομικός Φορέας εγκατέλειψε το εργοτάξιο και υπαναχώρησε από τη Σύμβαση, με την πρόφαση ότι δεν είχε διεκπεραιωθεί η πληρωμή του Πιστοποιητικού Πληρωμής με Αρ. 18.

Στις 26/6/2019, με επιστολή της η Αναθέτουσα Αρχή καλούσε τον Οικονομικό Φορέα όπως εφαρμόσει πιστά τις πρόνοιες της Σύμβασης σε σχέση με την ολοκλήρωση του έργου, σε διαφορετική περίπτωση θα έπρεπε να τηρηθούν όλες οι πρόνοιες της Σύμβασης.

Ο Οικονομικός Φορέας, παρά την γραπτή ειδοποίηση της Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 10/7/2019, κατέξακολουθησε ή κατάφωρα αμελούσε να συμμορφωθεί με οποιαδήποτε από τις υποχρεώσεις του σύμφωνα με τη Σύμβαση άρθρο 63.1 (α) (δ) Τόμος Β. Στις 26/7/2019 η Αναθέτουσα Αρχή εισήλθε στο εργοτάξιο και προχώρησε στη λύση της εργοδότησης με τον Οικονομικό Φορέα, ο οποίος ενημερώθηκε σχετικά με επιστολή της

Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 5.9.2019 η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε και οικοκατάσχεση της εγγυητικής προκαταβολής και πιστής εκτέλεσης.

Ο Οικονομικός Φορέας παρέλειψε να εμφανιστεί στην ενώπιον της Επιτροπής Αποκλεισμού διαδικασία είτε προσωπικώς, 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 οποιονδήποτε 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 «πλημμέλεια» είτε αυτή είναι «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(I)/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 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 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.

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.

Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ενώπιόν μας τις ακόλουθες παραβάσεις της Σύμβασης εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα, οι οποίες οδήγησαν στον τερματισμό της:

1. Κατά την εκτέλεση του το έργο παρουσίαζε καθυστερήσεις οφειλόμενες στον Οικονομικό Φορέα ο οποίος και ενόψει τούτου αιτήθηκε παρατάσεις του χρόνου ολοκλήρωσης συγκεκριμένων εργασιών. Συγκεκριμένα, ενώ η Φάση 1 έπρεπε με βάση τη Σύμβαση να παραδοθεί από τον Οικονομικό Φορέα μέχρι τις 30/5/2018, εντούτοις ο τελευταίος αιτήθηκε παράταση μέχρι τις 30/7/2018, πλην όμως και πάλι ο Οικονομικός Φορέας δεν συμμορφώθηκε με τη σχετική υποχρέωσή του και τελικά η Φάση 1 παραδόθηκε στις 31/8/2018, με συνεπακόλουθες καθυστερήσεις στη Φάση 2.
2. Ο Οικονομικός Φορέας αρνήθηκε κατ'επανάληψη να συμμορφωθεί με τις υποχρεώσεις του όπως αυτές απέρρεαν από τη Σύμβαση με την Αναθέτουσα Αρχή, αρνούμενος συγκεκριμένα να κατεδαφίσει ολόκληρο το Τμήμα Ε και εμμένοντας στη θέση ότι τούτο δεν αποτελούσε υποχρέωσή του. Η Αναθέτουσα Αρχή κάλεσε πολλάκις τον Οικονομικό Φορέα (επιστολές ημερ. 31/8/2018, 5/9/2018, 18/9/2018) να συμμορφωθεί με τις υποχρεώσεις του, υποδεικνύοντάς του τους όρους της Σύμβασης / Δελτίων Ποσοτήτων με βάση τους οποίους υφίστατο η συγκεκριμένη υποχρέωσή του, πλην όμως και πάλι αρνήθηκε να συμμορφωθεί.
3. Ο Οικονομικός Φορέας δεν προσκόμισε στην Αναθέτουσα Αρχή τα ζητηθέντα, με βάση τη Σύμβαση, τιμολόγια, προκειμένου να καταστεί δυνατή η πληρωμή του και προφασισζόμενος τη μη ολοκλήρωση της πληρωμής του Πιστοποιητικού Πληρωμής υπ'αριθμό 18, για την οποία μη ολοκλήρωση αποκλειστική ευθύνη υπείχε ο ίδιος εγκατέλειψε το εργοτάξιο στις 11/6/2019, με αποτέλεσμα τη μη ολοκλήρωση του Έργου.
4. Η Αναθέτουσα Αρχή κάλεσε τον Οικονομικό Φορέα με επιστολή της ημερ. 26/6/2019 να εφαρμόσει τις πρόνοιες της Σύμβασης, πλην όμως ο τελευταίος δεν ανταποκρίθηκε, με αποτέλεσμα τη λύση της Σύμβασης από την Αναθέτουσα Αρχή.
5. Επιπρόσθετα όμως και **κυριότερα**, το γεγονός ότι ο Οικονομικός Φορέας κατ'επανάληψη αρνήθηκε να συμμορφωθεί με τις συμβατικές

του υποχρεώσεις και συγκεκριμένα με την υποχρέωσή του για κατεδάφιση του Τμήματος Ε, που αποτελούσε πολύ σημαντικό όρο της Σύμβασης αφού αποτελούσε προϋπόθεση για ολοκλήρωση του έργου αλλά και το γεγονός ότι εγκατέλειψε το εργοτάξιο, αδιαφορώντας και παραβιάζοντας κατάφωρα τις συμβατικές του υποχρεώσεις και περιφρονώντας τις κατ'επανάληψη δοθείσες οδηγίες της Αναθέτουσας Αρχής για συμμόρφωση έναντι των υποχρεώσεών του, αυτά θεωρούμε ότι αποτελούν στάση του Οικονομικού Φορέα δεικνύουσα σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της Σύμβασης και αναξιοπιστία του.

Με βάση τα πιο πάνω θεωρούμε ότι πληρούται η προϋπόθεση της σοβαρής πλημμέλειας και ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να αποκλειστεί από μελλοντικούς διαγωνισμούς από την Επιτροπή Αποκλεισμού.

Σε ότι αφορά στο θέμα της επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, παρατηρείται ότι σημειώθηκαν σε αρκετές περιπτώσεις καθυστερήσεις στο Έργο, οι οποίες μπορούν να τεκμηριώσουν το στοιχείο της επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, ενόψει και του ουσιώδους του όρου για τήρηση των χρονοδιαγραμμάτων. Υπενθυμίζουμε εδώ ότι το συγκεκριμένο έργο αφορούσε σε κατεδάφιση σχολικής μονάδας και ανέγερση καινούργιας και κατ'επέκταση η αυστηρή τήρηση των χρονοδιαγραμμάτων που είχαν τεθεί δεν μπορεί παρά να θεωρηθεί ως ουσιώδης όρος της Σύμβασης. Ακόμη όμως και αν οι καθυστερήσεις ήθελε θεωρηθούν ως ελάσσονες 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, ελάσσονες παρατυπίες δεν συνιστούν επαρκή λόγο για αποκλεισμό Οικονομικού Φορέα, **όμως κατ'εξαίρεση και ελάσσονες 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 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.

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 δύο περιπτώσεις η απόφαση για αποκλεισμό από την Επιτροπή Αποκλεισμού είναι πάντοτε δυνητικού χαρακτήρα, δηλαδή η Επιτροπή ασκεί τη διακριτική της ευχέρεια για ένα τέτοιο αποκλεισμό.

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 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 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 εμπόρουσα 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 αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο τριάντα (30) μηνών από το σχετικό γεγονός, ήτοι από 26/07/2019, ημερομηνία λύσης 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 Πετρίδης ν Ραδιοφωνικού Ιδρύματος Κύπρου (2003) 4 ΑΑΔ 1060**, σελίδα 5:

« Στην υπόθεση εκείνη ο δικαστής Νικολάου αποφάνθηκε, και συμφωνώ απόλυτα με την κρίση του, πως το διοικητικό όργανο δεν μπορούσε να θεωρήσει μη έγκυρο θεσμοθετημένο κανονισμό και να μην τον εφαρμόσει. Να αποφανθεί δηλαδή, από μόνο του το διοικητικό όργανο πως ο κανονισμός ήταν

Ultra Vires του εξουσιοδοτικού νόμου. Χρέος του διοικητικού οργάνου ήταν να εφαρμόσει τον κανονισμό, εφόσον αυτός δεν είχε κηρυχθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο ως μη έγκυρος.»

Η πιο πάνω νομολογιακή αρχή επαναλήφθηκε και στην απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου ημερομηνίας 14/11/2018 στην προσφυγή με αριθμό 219/2010 (... Χριστοδουλίδης ν Πανεπιστήμιο Κύπρου) Στη σελίδα 11 της απόφασης αναφέρονται τα πιο κάτω:

«Κρίνω, επίσης, ως ορθή τη θέση του καθ' ου η αίτηση, ότι το καθ' ου η αίτηση ήταν υπόχρεο να εφαρμόσει τον **Κανονισμό 13(3) των Κανονισμών**, σύμφωνα με την νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου επί του θέματος. Ως αναφέρθηκε, σχετικά στην **Ουρανία Αντωνίου και Άλλες ν. Αρχής Ανάπτυξης Ανθρώπινου Δυναμικού Κύπρου (2003) 4 Α.Α.Δ.806**, με δικές μου υπογραμμίσεις:

«Αλλά αυτή η κατάληξη δεν παρέχει απάντηση στο βασικό υπό εξέταση ζήτημα που είναι το κατά πόσο ορθά ήταν που δεν λήφθηκαν υπόψη οι εκθέσεις για τα έτη 1991 -1993. Κι αυτό διότι η συζήτηση αναφορικά με το πώς επιδρούσε ο νέος νόμος επί του Καν. 6 της Κ.Δ.Π. 289/94 είχε ως αφετηρία την προδήλως εσφαλμένη άποψη ότι η Αρχή είχε δικαίωμα να κρίνει η ίδια τη νομιμότητα του Κανονισμού και, θεωρώντας τον ultra vires, να μην τον εφαρμόσει. Υπέδειξα στη συνήγορο της Αρχής ότι η νομολογία δεν αναγνωρίζει τέτοιο δικαίωμα: βλ. Ψαρά – Κρονίδου ν. Δημοκρατίας (1987) 3 C.L.R. 710.»

Όπως ειπώθηκε και στην **ΠΕΤΡΟΣ ΠΕΤΡΙΔΗΣ ΚΑΙ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΟΥ ΙΔΡΥΜΑΤΟΣ ΚΥΠΡΟΥ (2003) 4 Α.Α.Δ. 1060**, πάντα με δικές μου υπογραμμίσεις:

«.Στην υπόθεση εκείνη ο δικαστής Νικολάου αποφάνθηκε, και συμφωνώ απόλυτα με την κρίση του, πως το διοικητικό όργανο δεν μπορούσε να θεωρήσει μη έγκυρο θεσμοθετημένο κανονισμό και να μη τον εφαρμόσει. Να αποφανθεί δηλαδή, από μόνο του το διοικητικό όργανο πως ο κανονισμός ήταν Ultra Vires του εξουσιοδοτικού νόμου. Χρέος του διοικητικού οργάνου ήταν να εφαρμόσει τον κανονισμό, εφόσον αυτός δεν είχε κηρυχθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο ως μη έγκυρος.»

Εξάλλου, η Επιτροπή Αποκλεισμού, η οποία συστήθηκε με βάση τον Κανονισμό 32 των Κανονισμών, κατά τη διαδικασία εξέτασης θέματος αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων από διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων **οφείλει**, σύμφωνα, με τον Κανονισμό 37, **να ενεργεί σύμφωνα με τον παρόντα Κανονισμόν.**

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 **11/5/2020**, που η Επιτροπή Αποκλεισμού έλαβε γνώση για το σχετικό γεγονός, και επιβάλλω στον Οικονομικό Φορέα αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο τριάντα (30) μηνών από την 11.05.2020.

(Υπ.).....

Παναγιώτης Χατζηδημητρίου

Μέλος

