

**Συνεδρία της Επιτροπής Αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων από
Διαδικασίες Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων που πραγματοποιήθηκε
Στο Υπουργείο Οικονομικών στις 26/10/18**

5

Αρ. Υπόθεσης: 02/18

10

Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων του Υπουργείου Γεωργίας,
Αγροτικής Ανάπτυξης και Περιβάλλοντος

Αναθέτουσα Αρχή

15

και

1. Smartwater Ltd
2. Clearflow Ltd

20

Οικονομικοί Φορείς

Επιτροπή Αποκλεισμού:

25 κος Χάρης Σολομωνίδης: Πρόεδρος
κος Παναγιώτης Χατζηδημητρίου: Μέλος

Εμφανίσεις:

30 **Για την Αναθέτουσα Αρχή:** κα Κ. Παπαδοπούλου, για κα Δ. Καλλή, για Γενικό Εισαγγελέα, μαζί
με κ. Α. Αντωνίου, εκπρόσωπο της Αναθέτουσας Αρχής

Για τους Οικονομικούς Φορείς: κ. Δ. Συρίμης, δικηγόρος, με τον διευθυντή των Οικονομικών
Φορέων, κ. Γ. Γεωργίου

Απόφαση

Στις 17 Νοεμβρίου, 2017 το Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων του Υπουργείου Γεωργίας, Αγροτικής
Ανάπτυξης και Περιβάλλοντος (στη συνέχεια "η Αναθέτουσα Αρχή") απέστειλε προς την
5 Επιτροπή Αποκλεισμού (στη συνέχεια "η Επιτροπή") επιστολή με την οποία ενημέρωνε την
Επιτροπή ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει διακόψει τη σύμβαση ΜΗ6/2014 (στη συνέχεια "η
Σύμβαση") με τον ανάδοχο Clearflow Ltd (στη συνέχεια "ο Οικονομικός Φορέας 2") λόγω
σοβαρής πλημμέλειας του τελευταίου και καλούσε την Επιτροπή όπως εξετάσει τον ενδεχόμενο
αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα 2, από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων
10 συμβάσεων. Η πιο πάνω επιστολή έγινε στη βάση του Άρθρου 57(4)(ζ) του περί της Ρύθμισης
των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου 73(Ι)/2016 (στη
συνέχεια "ο Νόμος") και του Κανονισμού 37(1)(β) των περί της Διαχείρισης της Εκτέλεσης
Δημοσίων Συμβάσεων και των Διαδικασιών Αποκλεισμού των Οικονομικών Φορέων από
Διαδικασίες Σύναψης Συμβάσεων Κανονισμών του 2016 (Κ.Δ.Π. 138/2016) (στη συνέχεια "οι
15 Κανονισμοί").

Τα γεγονότα της υπόθεσης έχουν ως εξής:

Η Σύμβαση ημερομηνίας 9.9.2014 αφορούσε την προμήθεια και εγκατάσταση μιας
20 ηλεκτρονικής/ηλεκτρομαγνητικής συσκευής αποσκήρυσης νερού και έλεγχο/συντήρηση της για
πέντε (5) χρόνια για την κοινότητα Αμιάντου.

Το συνολικό ποσό της Σύμβασης ήταν €24.300,00 πλέον Φ.Π.Α. από το οποίο ποσό
€19.600,00 συν Φ.Π.Α. αφορούσε την προμήθεια και εγκατάσταση της συσκευής και ποσό
25 €4.700,00 συν Φ.Π.Α. για τον έλεγχο και συντήρηση της συσκευής. Κατακρατήθηκε ποσό
Εγγύησης Πιστής Εκτέλεσης που ανερχόταν σε €1.960,00 που επιστράφηκε τον Απρίλιο, 2015.

Σύμφωνα με τους όρους της Σύμβασης, ο Οικονομικός Φορέας 2 ανέλαβε τον έλεγχο/συντήρηση
του εξοπλισμού για περίοδο πέντε (5) ετών και με δικά του έξοδα ανέλαβε να παράσχει τη
30 συσκευή ελέγχου για την παρακολούθηση της αποδοτικότητας της συσκευής, όπως και
οποιοδήποτε ανταλλακτικών απαιτηθούν για τυχόν επιδιορθώσεις, σε περίπτωση
οποιοδήποτε βλαβών στη συσκευή. Επίσης ανέλαβε να εκτελεί, με κατάλληλα καταρτισμένο

τεχνικό, επισκέψεις στον χώρο εγκατάστασης της συσκευής και να διενεργεί αναλύσεις από διαπιστευμένο χημείο παραμέτρων του επεξεργασμένου νερού.

5 Ο Οικονομικός Φορέας 2 συμφώνησε επίσης, ότι η συχνότητα των επισκέψεων και των πιο πάνω αναλύσεων θα είναι ως πιο κάτω:

Τους πρώτους έξι (6) μήνες, μετά τη λειτουργία της μονάδας, οι επισκέψεις θα γίνονται μια φορά τον μήνα. Η συχνότητα των αναλύσεων κατά την περίοδο αυτήν θα είναι επίσης ανά μήνα.

10 Άλλοι όροι της Σύμβασης διαλάμβαναν όπως:

(α) Οι αναλύσεις θα γίνονται ανάντη και κατόντη της εγκατάστασης του συστήματος σε διάφορες τοποθεσίες.

15 (β) Μετά την περίοδο των έξι (6) μηνών, τόσο η περίοδος των επισκέψεων, όσο και η διενέργεια των πιο πάνω αναλύσεων θα γίνεται κάθε τρεις (3) μήνες.

(γ) Σε όλες τις επισκέψεις θα γίνεται έλεγχος για την επιβεβαίωση της απόδοσης και αποτελεσματικότητας του συστήματος.

20 Στις 20.11.2014 η συσκευή παραδόθηκε και εγκαταστάθηκε από τον Οικονομικό Φορέα 2 στην κοινότητα Αμιάντου. Κατόπιν προφορικής συμφωνίας μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του Οικονομικού Φορέα 2, η έναρξη των μηνιαίων αναλύσεων νερού ορίστηκε για τον Φεβρουάριο, 2015.

25 Ο Οικονομικός Φορέας 2 παρέδωσε έγκαιρα τις χημικές αναλύσεις του Φεβρουαρίου και Μαρτίου 2015, όπως αυτές του είχαν αποσταλεί από το χημικό εργαστήριο, αλλά καθυστέρωσε στην υποβολή των υπόλοιπων αναλύσεων, όπως αυτές καθορίζονταν στη Σύμβαση. Η Αναθέτουσα Αρχή υπενθύμιζε τον Οικονομικό Φορέα 2 για την πιο πάνω υποχρέωση του, τόσο με επιστολή,
30 όσο και τηλεφωνικώς. Ο Οικονομικός Φορέας 2 προέβαλλε διάφορες άστοπες δικαιολογίες για τις καθυστερήσεις.

Μετά τις 2.10.2015 ο Οικονομικός Φορέας 2 παρέδωσε στην Αναθέτουσα Αρχή, με ένδειξη ημερομηνίας "30 Σεπτεμβρίου 2015", χημικές αναλύσεις για τους μήνες Φεβρουάριο, Μάρτιο, Μάιο, Ιούνιο, Ιούλιο και Αύγουστο 2015, ενώ για τον μήνα Απρίλιο 2015 δεν υπήρχαν αναλύσεις, με τη δικαιολογία ότι μεσολαβούσε το Πάσχα και έτσι δεν είχε χρόνο. Οι αναλύσεις αυτές θα
5 έπρεπε να είχαν παραδοθεί στην Αναθέτουσα Αρχή σταδιακά με την ολοκλήρωσή τους και όχι όλες μαζί.

Μετά από παρέλευση δύο (2) περίπου μηνών και με χρονική διαφορά περίπου δύο (2) εβδομάδων, ο Οικονομικός Φορέας 2 παρέδωσε στην Αναθέτουσα Αρχή με χρονική ένδειξη
10 "Δεκέμβριος, 2015", πρώτα τις μηνιαίες αναλύσεις όπως περιγράφονται πιο πάνω, συν την τριμηνιαία ανάλυση Νοεμβρίου, 2015 υπογραμμένες από τον διευθυντή του Οικονομικού Φορέα 2 και με λογότυπα του χημικού εργαστηρίου και κατόπιν τις ίδιες πιο πάνω αναλύσεις υπογραμμένες από τον Οικονομικό Φορέα 2 και με λογότυπα του (Clearflow Ltd).

15 Στις 11.2.2016 η Αναθέτουσα Αρχή επικοινωνήσε τηλεφωνικά με τον διευθυντή του χημικού εργαστηρίου και αυτός την πληροφόρησε ότι μόνο οι αναλύσεις Φεβρουαρίου και Μαρτίου 2015 ήταν έγκυρες, καθότι οι αριθμοί αναφοράς "Lab numbers" των υπόλοιπων πέντε αναλύσεων δεν ανευρίσκοντο στο αρχείο του υπολογιστή του. Επίσης της ανέφερε ότι οι έγκυρες αναλύσεις στάληκαν από το χημικό εργαστήριο προς τον Οικονομικό Φορέα 2 με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο
20 και δεν υπογράφονταν από τον ίδιο τον διευθυντή του χημικού εργαστηρίου.

Στις 17.2.2016 η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της προς τον Οικονομικό Φορέα 2 τον πληροφορούσε ότι, με βάση το άρθρο 15.1 της Σύμβασης, ανέστειλε την πληρωμή για τον έλεγχο/συντήρηση της συσκευής για το έτος 2015, για τον λόγο ότι ο Οικονομικός Φορέας 2 δεν
25 ανταποκρίθηκε στις υποχρεώσεις του. Επίσης του ανέφερε ότι ήταν διατεθειμένη να πληρώσει μόνο για τις δύο έγκυρες μηνιαίες αναλύσεις, καθότι θεωρούσε τις υπόλοιπες ως μη γενόμενες. Ο λόγος γι' αυτήν την παραχώρηση ήταν το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν γνώριζε την τεχνολογία της συσκευής και θα επιθυμούσε συνέχιση του πενταετούς συμβολαίου για έλεγχο/συντήρησή της για καλύτερη αντιμετώπιση τυχόν προβλημάτων στη λειτουργία της και
30 στη λειτουργία του δικτύου της κοινότητας.

Ο Οικονομικός Φορέας 2 με επιστολή του ημερομηνίας 25.2.2016, ανέφερε ότι η πιο πάνω

επιστολή μελετάται και θα απαντούσε το συντομότερο δυνατό.

5 Με επιστολή της ημερομηνίας 19.6.2017, η Αναθέτουσα Αρχή ζητούσε από τον Οικονομικό Φορέα να της αποστείλει τιμολόγιο για το ποσό των €268,60 συν Φ.Π.Α. που αντιπροσώπευε το κόστος των δύο έγκυρων αναλύσεων της Σύμβασης για τον έλεγχο/συντήρηση της συσκευής κατά τον πρώτο χρόνο και τον πληροφορούσε ότι η Σύμβαση τερματίζεται.

10 Με επιστολή του ημερομηνίας 29.6.2017, ο Οικονομικός Φορέας 2 πληροφορούσε την Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει τη γραπτή απάντηση του στην πιο πάνω επιστολή εντός δεκαπέντε (15) εργάσιμων ημερών.

15 Με επιστολή του, ημερομηνίας 30.8.2017, ο Οικονομικός Φορέας 1 πληροφορούσε την Αναθέτουσα Αρχή ότι η εταιρεία Clearflow Ltd είχε μετονομαστεί σε Smartwater Ltd. Στην εν λόγω επιστολή ο Οικονομικός Φορέας 2 δεν αναφέρει τίποτε για τις πλαστές χημικές αναλύσεις και για τις πλαστογραφίες της υπογραφής του διευθυντή του χημικού εργαστηρίου.

20 Κατά τη συνεδρία της Επιτροπής στις 11 Μαΐου, 2018 η κα Δ. Καλλή, συνήγορος της Αναθέτουσας Αρχής, ζήτησε όπως, με βάση την επιστολή του Οικονομικού Φορέα 1 ημερομηνίας 30 Αυγούστου, 2018 ότι ανέλαβε όλο το στοκ και τη διαχείριση όλων των επαγγελματικών εργασιών του Οικονομικού Φορέα 2 κατόπιν συμφωνίας κατά το έτος 2016, γίνει επίδοση της παρούσας παραπομπής τόσο στον Οικονομικό Φορέα 2, όσο και στον Οικονομικό Φορέα 1.

25 Μετά από επανειλημμένες αναβολές της υπόθεσης, ο κ. Συρίμης, δικηγόρος, ανέφερε πως εμφανίζεται και για τους δύο Οικονομικούς Φορείς.

30 Στη γραπτή αγόρευση του δικηγόρου των Οικονομικών Φορέων, κ. Συρίμη, ουδέν προβάλλεται ως προς το υπό εξέταση ζήτημα. Για τον Οικονομικό Φορέα 2 περιορίζεται να αναφέρει ότι αρνείται την κατηγορία της πλαστογραφίας και θέτει γενικούς και αόριστους ισχυρισμούς περί κακής συνεννόησης με το χημικό εργαστήριο.

Σε σχέση με τους πιο πάνω ισχυρισμούς, η δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής, κα Δ. Καλλή, διευκρινίζει ότι εν προκειμένω δεν εξετάζεται ζήτημα πλαστογραφίας και/ή άλλως πως, για το

5 οποίο μόνο αρμόδιο να αποφανθεί είναι το Δικαστήριο, κατόπιν διερεύνησης από τις αστυνομικές αρχές και εφόσον ασκηθεί ποινική δίωξη από τον Γενικό Εισαγγελέα. Περαιτέρω, αναφέρει η κα Καλλή, ενώπιον της Επιτροπής τίθενται συγκεκριμένα γεγονότα από την Αναθέτουσα Αρχή που αφορούν στην παρουσίαση χημικών αναλύσεων από τον Οικονομικό Φορέα 2, τα οποία στη

5 βάση γραπτής επιβεβαίωσης, είναι σαφές ότι δεν διενεργήθηκαν από το συγκεκριμένο χημικό εργαστήριο. Το γεγονός αυτό, αναφέρει η κα Καλλή, συναρτάται αποκλειστικά και μόνο με τις υποχρεώσεις του Οικονομικού Φορέα 2, δυνάμει της Σύμβασης και με τις οποίες όχι μόνο δεν συμμορφώθηκε, αλλά προέβηκε σε πράξεις και/ή παραλείψεις που άπτονται της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του.

10

Τέλος, η κα Καλλή αναφέρει ότι ουδέν προβάλλεται στην αγόρευση του κ. Συρίμη ως προς το υπό εξέταση ζήτημα, ήτοι τυχόν μέτρα που έλαβαν οι Οικονομικοί Φορείς για σκοπούς εφαρμογής του άρθρου 57(6) του Νόμου 73(Ι)/2016.

15

Σε σχέση με τον Οικονομικό Φορέα 1, ο κ. Συρίμης εισηγήθηκε ότι η εν λόγω εταιρεία αποτελεί χωριστή νομική οντότητα από τον Οικονομικό Φορέα 2 και, εφόσον δεν αποτελεί μέρος στη Σύμβαση, αδίκως βρίσκεται ενώπιον της Επιτροπής. Παρέθεσε δε προς τούτο πλούσια νομολογία [βλ. **Άνθιμος Δημητρίου v. The Dolphin Insurance Co. Ltd και Άλλων (1990) 1Α.Α.Δ.351, Andreas Th. Michaelides v. Georghios Gavrielides (1980) 1CLR. 244 και Matero Ltd v. The Republic of Cyprus κτλ (1986) 3Α.Α.Δ. 1574]**

20

Επί του θέματος της ξεχωριστής νομικής οντότητας, η κα Καλλή ανέφερε επιχειρηματολογώντας, πως η παρούσα περίπτωση αφορά εξαίρεση στον γενικό κανόνα όπου μπορεί να γίνει απόκλιση από αυτόν και να αρθεί το εταιρικό πέπλο. Παρέθεσε δε προς τούτο τόσο αγγλική, όσο και

25 κυπριακή νομολογία [βλ. **Trustor AB v. Smallbone and Others (No. 2) (2001) WLR 1177, Stereo Development Co. Ltd v. Εφόρου Φόρου Εισοδήματος και Άλλου (1998) 4 Α.Α.Δ. 651, Bank of Cyprus v. The Republic (1983) 3CLR. 636, T.Z. Guarantee Developments Ltd v. The Republic (1986) 3CLR 381, Galanos Othon Tax Free Shops Ltd και Άλλοι v. Δημοκρατίας (1990) 3 Α.Α.Δ. 2234]**

30

Η πιο πάνω νομολογία, εισηγήθηκε η κα Καλλή, επιτρέπει απόκλιση από την αρχή που διατυπώθηκε στην **Salomon v. A. Salomon & Co Ltd (1879) AC 22**, για να αποτραπεί η

κατίσχυση της παρανομίας, ή η καταδολίευση του δημοσίου υπό αυστηρές προϋποθέσεις.

Επικαλούμενη την πιο πάνω νομολογία, η κα Καλλή εισηγήθηκε ότι στην παρούσα υπόθεση, όπου τίθεται θέμα δημοσίου συμφέροντος, δικαιολογείται η άρση του εταιρικού πέπλου, καθότι
5 διασφαλίζει την αποτελεσματική εφαρμογή της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων και αποτρέπει την καταχρηστική σύσταση εταιρειών με σκοπό να αποφευχθεί η εφαρμογή της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

Τέλος, η κα Καλλή ανέφερε ότι η σύσταση της Smartwater Ltd έγινε με σκοπό την αποφυγή των
10 τυχόν υποχρεώσεων και/ή ευθυνών της Clearflow Ltd, ήτοι ως ένα τεχνητό μέσο, μια ασπίδα προς αποφυγή προϋπαρχουσών υποχρεώσεων.

Συνοπτικά, λοιπόν, αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας είναι το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής όπως εξετασθεί το ενδεχόμενο αποκλεισμού από την Επιτροπή και των δύο Οικονομικών
15 Φορέων από μελλοντικούς διαγωνισμούς του δημοσίου για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Όπως επεξηγείται αναλυτικά στα γεγονότα, κατά την εκτέλεση της Σύμβασης ο Οικονομικός Φορέας 2 καθυστέρησε στην υποβολή συγκεκριμένων αναλύσεων, οι οποίες απαιτείτο όπως προσκομιστούν με βάση τους όρους της Σύμβασης, ενώ στη συνέχεια οι αναλύσεις που προσκομίστηκαν από τον Οικονομικό Φορέα 2 και οι οποίες φέρεται να διενεργήθηκαν από
20 συγκεκριμένο χημικό εργαστήριο, διαπιστώθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ότι οι εν λόγω αναλύσεις δεν διενεργήθηκαν από το εν λόγω χημικό εργαστήριο, το οποίο μάλιστα και γραπτώς επιβεβαίωσε το γεγονός αυτό. Να σημειωθεί ότι οι τελευταίες αναλύσεις παράτυπα έφεραν την υπογραφή του διευθυντή του Οικονομικού Φορέα 2 και ήταν γραμμένες σε λογότυπο του Οικονομικού Φορέα 2. Το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής στρέφεται και εναντίον του Οικονομικού
25 Φορέα 1, ως συσταθέντος με σκοπό την αποφυγή τυχόν υποχρεώσεων του Οικονομικού Φορέα 2, κατά την εισήγηση της Αναθέτουσας Αρχής.

Η Επιτροπή κανονικά συνεδριάζει με τριμελή σύνθεση. Ωστόσο, το ένα εκ των μελών της, ο κ. Γεώργιος Μεττούρης, για λόγους υγείας δεν μπορεί να παρίσταται στις συνεδρίες της Επιτροπής
30 για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα. Γι' αυτό η Επιτροπή συνεδριάζει σήμερα όπως και σε ορισμένες περιπτώσεις στο παρελθόν, με διμελή σύνθεση, πράγμα το οποίο της επιτρέπει ο σχετικός Κανονισμός (βλ. Κανονισμό 33(1)(2) της Κ.Δ.Π. 138/2016). Γι' αυτό θα προχωρήσουμε

να εκδώσουμε την απόφαση μας με διμελή σύνθεση.

5 Η Επιτροπή δεν θα εξετάσει αν τα γεγονότα που οδήγησαν την Αναθέτουσα Αρχή να υποβάλει αίτημα για οριζόντιο αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα απεδείχθησαν ή όχι, ή αν είναι ορθά ή όχι. Αυτό που καθικόντως πρέπει να αποφασίσει είναι αν στη βάση αυτών των γεγονότων μπορεί να εξαχθεί συμπέρασμα "σοβαρής πλημμέλειας".

10 Όπως έχουμε ήδη αναφέρει πιο πάνω, το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής στηρίζεται, μεταξύ άλλων, στον Κανονισμό 37(1)(β) των Κανονισμών. Η υποπαράγραφος (β) έχει στο μεταξύ αναγραμματιστεί σε υποπαράγραφο (γ) (βλ. Κ.Δ.Π. 376/2016). Παραθέτουμε πιο κάτω το σχετικό μέρος του Κανονισμού:

15 *"37(1)(γ)... η Επιτροπή Αποκλεισμού δύναται, κατόπιν πληροφόρησής της με οποιοδήποτε μέσο, ότι συντρέχει... περίπτωση πλημμελούς εκτέλεσης σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα τον πρόωρο τερματισμό της, βάσει της παραγράφου (ζ) του εδαφίου (4) του άρθρου 57 του Νόμου, να επιληφθεί του θέματος ενεργώντας σύμφωνα με τον παρόντα Κανονισμό."*

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

20 *"Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:*

25 *.....
(ζ) όταν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις"*

Ο Κανονισμός 37(2)(β) των Κανονισμών προνοεί τα ακόλουθα:

30 *"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."

5 Στην παρούσα υπόθεση το αίτημα έγινε στη βάση του άρθρου 57(4)(ζ) του Νόμου και αυτό που πρέπει να αποφασίσουμε είναι αν ο Οικονομικός Φορέας 1 και ο Οικονομικός Φορέας 2 έχουν επιδείξει, κατά την εκτέλεση του έργου "σοβαρή πλημμέλεια". Πρέπει να παρατηρήσουμε ότι ούτε η μια ούτε η άλλη πλευρά έστρεψαν την προσοχή μας στην ερμηνεία του πιο πάνω όρου και ως εκ τούτου, θα προχωρήσουμε στην ερμηνεία του.

10 Ούτε στον Νόμο, ούτε στους Κανονισμούς δίδεται ο ορισμός αυτού του όρου. Αναζητήσαμε απάντηση στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, η οποία εισήχθη στην κυπριακή νομοθεσία με τον Νόμο 73(Ι)/2016. Έχουμε βρει σημαντική καθοδήγηση, όσον αφορά τον όρο "σοβαρή πλημμέλεια", στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση Forposta SA (C465/11) ημερομηνίας 13
15 Δεκεμβρίου 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,
20 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".

25 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 νέας οδηγίας, το οποίο και μεταφέρθηκε αυτούσιο με το άρθρο 57(4)(ζ) του δικού μας Ν.73(Ι)/2016 στην κυπριακή
30 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 την απόφαση στην υπόθεση Forposta πιο πάνω, δεσμευτικό προηγούμενο επί του θέματος που μας απασχολεί. Παραθέτουμε πιο κάτω τα κρίσιμα για την ενώπιον μας υπόθεση σημεία της εν λόγω απόφασης.

5

Από την παράγραφο 29 διαβάζουμε: *"Επομένως, η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί, κατ' αρχήν, να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα"*.

10

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"*.

15

Τέλος, από την παράγραφο 31 διαβάζουμε: *"Περαιτέρω, για τη διαπίστωση της υπάρξεως "σοβαρού παραπτώματος" απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικονομικού φορέα"*.

20

Δεν χωρεί καμιά απολύτως αμφιβολία ότι η πιο πάνω παράβαση, από τον Οικονομικό Φορέα 2, της Σύμβασης, σε σχέση με τις αναλύσεις, ως λεπτομερώς αναφέρεται στα γεγονότα της υπόθεσης, συνιστά σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους όρου και/ή απαίτησης της Σύμβασης.

25

Ειδικότερα ο Οικονομικός Φορέας 2 καθυστέρησε στην υποβολή συγκεκριμένων αναλύσεων που απαιτείτο όπως προσκομισθούν με βάση τους όρους της Σύμβασης, ενώ στη συνέχεια οι αναλύσεις που προσκομίστηκαν από τον Οικονομικό Φορέα 2 και που φέρεται να διενεργήθηκαν από συγκεκριμένο χημικό εργαστήριο, διαπιστώθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ότι οι εν λόγω αναλύσεις δεν διενεργήθηκαν από το εν λόγω χημικό εργαστήριο, το οποίο μάλιστα επιβεβαίωσε και γραπτώς το γεγονός αυτό. Οι τελευταίες αναλύσεις παράτυπα έφεραν την υπογραφή του διευθυντή του Οικονομικού Φορέα 2 και ήταν γραμμένες σε λογότυπο του Οικονομικού Φορέα 2.

30

Με βάση τα πιο πάνω, θεωρούμε ότι οι πιο πάνω παραβάσεις ουσιωδών όρων της Σύμβασης συνιστούν σοβαρή πλημμέλεια από μέρους του Οικονομικού Φορέα 2.

5 Να σημειώσουμε ότι δεν εξετάζουμε το θέμα πλαστογραφίας εφόσον αποσύρθηκε. Εξάλλου δεν θα μπορούσαμε να το εξετάσουμε, καθότι δεν είμαστε Ποινικό Δικαστήριο.

Επομένως, βρίσκουμε ότι είναι δυνατό να ενεργοποιηθούν οι σχετικές πρόνοιες των Κανονισμών 37(1)(γ) και 37(2)(β) και να εξετάσουμε αν, υπό τις περιστάσεις, δικαιολογείται ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα 2 από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις.

10

Είναι σαφές, ιδιαίτερα με βάση τις πρόνοιες του Κανονισμού 37(2)(β), ότι η 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 υπόψη ότι βρισκόμαστε ενώπιον μιας περίπτωσης δυνητικού αποκλεισμού η οποία, εξ' ορισμού, θεωρείται υπό τις ολιγότερο σοβαρές περιπτώσεις, σε αντιδιαστολή με τις υποχρεωτικές περιπτώσεις αποκλεισμού, κάτι που αντανάκλαται και στη διαφορά που υπάρχει όσον αφορά τη μέγιστη ποινή, δηλαδή 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 δυνητικές περιπτώσεις αποκλεισμού, 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 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 έναν τέτοιο αποκλεισμό.

15

20

25

30

Αφού σταθμίσαμε όλα τα πιο πάνω, θα ασκήσουμε τη διακριτική μας ευχέρεια υπέρ του αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα 2 από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις. Για το ζήτημα της διάρκειας αποκλεισμού λάβαμε υπόψη το γεγονός ότι ο Οικονομικός Φορέας 2 δεν μας ανέφερε τυχόν μέτρα που έλαβε για σκοπούς εφαρμογής του άρθρου 57(6)(α)(β) του Νόμου για να αποδείξει την αξιοπιστία του.

Με βάση τον Κανονισμό 37(2)(β) των Κανονισμών, η Επιτροπή Αποκλεισμού 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, 17 Νοεμβρίου 2017, από την Αναθέτουσα Αρχή. Αφού λάβαμε υπόψη όλα τα ενώπιον μας τεθέντα στοιχεία, τον Νόμο και τους σχετικούς Κανονισμούς, επιβάλλουμε στον Οικονομικό Φορέα 2 αποκλεισμό από μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις για περίοδο 30 μηνών, από τις 17 Νοεμβρίου, 2017.

Παραμένει να απαντηθεί το ερώτημα κατά πόσο δικαιολογείται υπό τις περιστάσεις και ο αποκλεισμός του Οικονομικού Φορέα 1 από δημόσιες συμβάσεις.

Από τα ενώπιον μας τεθέντα στοιχεία, δεν είμαστε ικανοποιημένοι ότι η Smartwater Ltd *"έχει αναλάβει όλο το στοκ και τη διαχείριση όλων των επαγγελματικών εργασιών της Clearflow Ltd κατόπιν συμφωνίας κατά το έτος 2016"*, όπως αναφέρεται στην πρώτη παράγραφο της επιστολής ημερομηνίας 30.8.17, την οποία απέστειλε η Smartwater Ltd προς την Αναθέτουσα Αρχή και ότι η Smartwater Ltd είχε οποιανδήποτε ανάμιξη στην επίδικη Σύμβαση, για τους πιο κάτω λόγους:

(α) Η Smartwater Ltd δεν έχει θέσει ενώπιον μας την ισχυριζόμενη συμφωνία του έτους 2016 με την Clearflow Ltd, ώστε να διαφανεί ότι η εν λόγω συμφωνία όντως έγινε και ότι η ανάληψη από αυτήν (την Smartwater Ltd) όλου του στοκ και της διαχείρισης όλων των περιουσιακών στοιχείων της Clearflow Ltd έγινε πριν την 19.6.17, ημερομηνία τερματισμού της Σύμβασης ή μετά την πιο πάνω ημερομηνία.

(β) Από τα ενώπιον μας στοιχεία φαίνεται ότι η όλη αλληλογραφία γινόταν μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και της Clearflow Ltd μέχρι τις 29.6.17, δηλαδή και μετά τον τερματισμό της Σύμβασης από την Αναθέτουσα Αρχή.

(γ) Η απλή αναφορά της Smartwater Ltd στην επιστολή της, ημερομηνίας 30.8.17, ότι έχει αναλάβει όλο το στοκ και τη διαχείριση όλων των επαγγελματικών εργασιών της Clearflow Ltd,

δεν μπορεί να ερμηνευθεί ότι η Smartwater Ltd υπεισιήλθε και ανέλαβε το αντικείμενο της Σύμβασης, όπως αναφέρει η κα Δ. Καλλή, δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής (βλ. πρακτικό της Επιτροπής, ημερομηνίας 11.5.18), δεδομένου ότι δεν έχουμε ενώπιον μας οποιαδήποτε στοιχεία από τα οποία να φαίνεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή συμφώνησε στην αντικατάσταση της Clearflow Ltd από την Smartwater Ltd στην επίδικη Σύμβαση, όπως αναφέρεται και στις παραγράφους (α) και (β) ανωτέρω.

(δ) Ούτε η θέση του κ. Α. Αντωνίου, εκπροσώπου της Αναθέτουσας Αρχής, στο εσωτερικό σημείωμα, ημερομηνίας 13.11.17 και στο πρακτικό της Επιτροπής, ημερομηνίας 17.4.18, ότι η Clearflow Ltd άλλαξε το όνομα της και/ή μετονομάστηκε σε Smartwater Ltd μας βρίσκει σύμφωνους, καθότι από τα ενώπιον μας τεθέντα στοιχεία και οι δύο εταιρείες εξακολουθούν να υφίστανται μέχρι σήμερα.

Σε ό,τι αφορά τη θέση της κυρίας Καλλή, ότι *"η σύσταση της Smartwater Ltd έγινε με σκοπό την αποφυγή τυχόν υποχρεώσεων και/ή ευθυνών της Clearflow Ltd, ήτοι ως ένα τεχνητό μέσο, μια ασπίδα προς αποφυγή προϋπαρχουσών υποχρεώσεων"* δεν μας βρίσκει σύμφωνους, δεδομένου ότι, από τα ενώπιον μας στοιχεία, προκύπτει πως η Smartwater Ltd είναι εγγεγραμμένη στον Έφορο Εταιρειών από τις 3.5.2007, δηλαδή πολύ πριν από τον επίδικο χρόνο της Σύμβασης.

Εν όψει των πιο πάνω, καταλήγουμε ότι η επίδικη Σύμβαση αφορούσε μόνο την Clearflow Ltd (Οικονομικό Φορέα 2) και η Smartwater Ltd (Οικονομικός Φορέας 1) δεν είχε οποιαδήποτε ανάμειξη στη Σύμβαση. Επομένως, θεωρούμε ότι δεν συντρέχει λόγος για άρση του εταιρικού πέπλου και ως εκ τούτου, δεν υφίσταται θέμα αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα 1 από δημόσιες συμβάσεις.

Ανεξάρτητα από την πιο πάνω κατάληξη μας, θεωρούμε σκόπιμο να αναφέρουμε ότι τίποτε δεν εμποδίζει τις αναθέτουσες αρχές να αποκλείσουν την Smartwater Ltd από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, εν όψει της πιο πάνω αναξιόπιστης συμπεριφοράς του κ. Γεώργιου Γεωργίου, μοναδικού διευθυντή και μοναδικού μετόχου τόσο στην εταιρεία Smartwater Ltd όσο και στην εταιρεία Clearflow Ltd, έχοντας κατά νου και τις πρόνοιες της Προοιμιακής Σκέψης (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (πιο πάνω) και ειδικότερα το περιεχόμενο της δεύτερης παραγράφου, στην οποία αναφέρεται, ανάμεσα σ' άλλα, ότι οι αναθέτουσες αρχές

"θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείσουν υποψήφιους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα".

10

(Υπ.) Χάρης Σολομωνίδης
Πρόεδρος Επιτροπής Αποκλεισμού