



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 26/2015

Μεταξύ:

ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

Προσφυγή Αρ. 28/2015

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. JV»

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:**NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ**

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο για Τάσσο Παπαδόπουλο & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Νικόλα Κωνσταντινίδη, Δικηγόρο για Τάσσο Παπαδόπουλο & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
3. Χρίστο Παπασωζόμενο, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
4. Γιώργο Μιχαηλίδη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αιτητές:**ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «N.I.M.E.M.E. J.V.»**

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χαράλαμπος Προύντζος, Δικηγόρο για Προύντζο και Προύντζο ΔΕΠΕ
2. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζο και Προύντζο ΔΕΠΕ
3. Ανδρέα Πάρπα, Ασκούμενο Δικηγόρο για Προύντζο και Προύντζο ΔΕΠΕ
4. Άγη Γεωργιάδη, Δικηγόρο για Christos Georgiades & Associates LLC
5. Σταύρο Αλετρά, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:**ΤΜΗΜΑ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ**

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ρένα Παπαέτη, Εισαγγελέα της Δημοκρατίας
2. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
3. Χρίστο Μιχαηλίδη, Προϊστάμενο Υπηρεσίας Προσφορών
4. Αγγέλα Λάρκου, Συντονίστρια Επιτροπής Αξιολόγησης
5. Χριστάκη Χριστοδουλίδη, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
6. Ντίνο Πουλλή, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 5 Νοεμβρίου, 2015

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν τα μέλη της Αρχής κ.κ. Λοΐζος Κάππας, Γιώργος Αναστασίου και Σόλων Παπαθεοχάρους.

Η Πρόεδρος και το μέλος κος Βασίλης Πάλμας έχουν διαφορετική απόφαση.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η απόφαση του Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων («η Αναθέτουσα Αρχή») ημερομηνίας 22.5.2015 με την οποία αποκλείστηκε η προσφορά των Αιτητών από το Διαγωνισμό ΤΑΥ 10/2013 για «*Design, Built and Operation of the Achna Sewage Treatment Plant and Associated Works*» (εφεξής ο «διαγωνισμός») και κατακυρώθηκε στην Κοινοπραξία Cybarco Limited – S.K. Euromarket Ltd – Mekel Ltd – Aqwise J.V. (εφεξής ο «επιτυχών»), απόφαση που γνωστοποιήθηκε στους Αιτητές με επιστολές της Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 18.6.2015.

A. Γεγονότα

Η Αναθέτουσα Αρχή στις 16.7.2013 δημοσίευσε προκήρυξη για τον πιο πάνω διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία μέσω του Ηλεκτρονικού Συστήματος Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων του Γενικού Λογιστηρίου. Η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η 12.11.2013 και με τη λήξη της προθεσμίας είχαν υποβληθεί εννέα (9) προσφορές.

Ακολούθησε αξιολόγηση και κατακύρωση στην χαμηλότερη προσφορά που πληρούσε τις απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού. Απόφαση που λήφθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών την 1.7.2014.

Στη συνέχεια, καταχωρήθηκαν προσφυγές στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (ΑΑΠ) εναντίον της πιο πάνω απόφασης με αριθμούς 42/2014, 43/2014 και 44/2014. Η ΑΑΠ στις 9.1.2015 εξέδωσε απόφαση για την Προσφυγή με αριθμό 42/2014 με την οποία ακύρωσε την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής (οι Προσφυγές με αριθμούς 43/2014 και 44/2014 απορρίφθηκαν στις 10.6.2015 και 28.4.2015 αντίστοιχα).

Στις 9.1.2015 ο δικηγόρος της εταιρείας WTE Wassertechnik GmbH (προσφοροδότης στο διαγωνισμό) απέστειλε επιστολή με την οποία έθεσε υπόψη της Αναθέτουσας Αρχής ότι σύμφωνα με πρόσφατα δημοσιεύματα, εταιρείες που συμμετέχουν στο διαγωνισμό, φέρονται να έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Το Συμβούλιο Προσφορών στις 20.1.2015, λαμβάνοντας υπόψη την απόφαση της ΑΑΠ επί της Προσφυγής με αριθμό 42/2014 ανακάλεσε συγκεκριμένες παραγράφους των αποφάσεων του ημερομηνίας 20.6.2014 και 1.7.2014. Από το πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.4.2015 καταγράφεται ότι στη Συνεδρία του ημερ. 20.1.2015:

«[...] ζήτησε, όπως η Επιτροπή προβεί σε συμπληρωματική αξιολόγηση και υποβολή συμπληρωματικής έκθεσης μαζί με εισήγηση. Η συμπληρωματική αξιολόγηση θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη το περιεχόμενο και να συμμορφώνεται με τις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στις Προσφυγές Αρ. 42/2014 και Αρ. 12/2014. Περαιτέρω, ζήτησε να εξεταστεί κατά πόσον οποιοσδήποτε προσφέρων στον παρόντα διαγωνισμό

είτε από μόνος του είτε ως μέλος κοινοπραξίας, είτε ως άλλος φορέας, έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως να διαπιστωθεί με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτει η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το εδάφιο (δ) το άρθρου 51(2) του Νόμου 12(Ι)/2006. Συγκεκριμένα, ζήτησε να εξεταστεί ο ισχυρισμός, πως σύμφωνα με δημοσιεύματα στον εγχώριο τύπο, τα οποία τέθηκαν ενώπιον του Συμβουλίου, εταιρείες που συμμετέχουν στον παρόντα διαγωνισμό φέρονται να έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Για το σκοπό αυτό το Συμβούλιο ζήτησε, όπως η Αναθέτουσα Αρχή απευθυνθεί στο Γενικό Εισαγγελέα της Δημοκρατίας και στον Αρχηγό Αστυνομίας, παραθέτοντας τα προαναφερόμενα δημοσιεύματα και την επιστολή με την οποία αυτά διαβιβάστηκαν, καθώς επίσης κατάλογο με όλους τους προσφέροντες, που συμμετέχουν στο διαγωνισμό, είτε από μόνους τους είτε ως μέλη κοινοπραξίας είτε ως άλλοι φορείς, και να ζητηθεί γραπτή πληροφόρηση, εάν από το ανακριτικό υλικό των διερευνούμενων υποθέσεων προκύπτει παραδοχή από οποιοδήποτε από αυτούς, πως διέπραξε πράξη που αποτελεί αδίκημα / παράπτωμα, που θα μπορούσε να αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα με το εδάφιο (δ) του άρθρου 51(2) του Νόμου 12(Ι)/2006. Σε κάθε περίπτωση, δηλαδή είτε υπάρχουν παραδοχές είτε όχι είτε υπάρχει κώλυμα να γνωστοποιηθούν οι αιτούμενες πληροφορίες, να ζητηθεί από το Γενικό Εισαγγελέα της Δημοκρατίας η εισήγησή του για τον περαιτέρω χειρισμό του θέματος.»

Με επιστολή του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 22.1.2015 ζητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή Συμπληρωματική Έκθεση Αξιολόγησης η οποία να συμμορφώνεται με το περιεχόμενο της απόφασης της ΑΑΠ και εισηγήθηκε την παραπομπή της επιστολής ημερομηνίας 9.1.2015 στο Γενικό Εισαγγελέα της Δημοκρατίας για γνωμάτευση σχετικά με ανακριτικό υλικό διερευνώμενων υποθέσεων που αφορούσαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα από τους Αιτητές.

Ο Γενικός Εισαγγελέας απάντησε για το εν λόγω ζήτημα με επιστολή ημερομηνίας 26.3.2015. Αναφερόμενος στην απόφαση του Μόνιμου

Κακουργιοδικείου Πάφου στην ποινική υπόθεση αρ. 12057/2014, στο άρθρο 51 του Ν.12(Ι)/2006, στο άρθρο 45 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και σε νομολογία του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης εισηγήθηκε ότι:

«Καταλήγοντας, με βάση όλα τα ανωτέρω, η θέση της Νομικής Υπηρεσίας είναι ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να αξιολογήσει τα ευρήματα του Δικαστηρίου στην απόφαση στην ποινική υπόθεση αρ. 12057/2014 και να αποφασίσει κατά πόσον αυτά στοιχειοθετούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό των υπό αναφορά οικονομικών φορέων.»

Με την ίδια επιστολή έγινε εισήγηση όπως δοθεί το δικαίωμα στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να θέσουν γραπτώς τις απόψεις τους. Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του στις 3.4.2015 εξέτασε το περιεχόμενο της πιο πάνω γνωμάτευσης του Γενικού Εισαγγελέα και ζήτησε Συμπληρωματική Έκθεση Αξιολόγησης. Αυτή υποβλήθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης στις 9.4.2015 με εισήγηση για κατακύρωση της προσφοράς στους Αιτητές στην Προσφυγή αρ. 26/2015, σημειώνοντας ωστόσο (σελ. 15 της έκθεσης) ότι:

«Σε περίπτωση που το Συμβούλιο Προσφορών αποφασίσει ότι ο προτεινόμενος επιτυχών Οικονομικός Φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα τότε θα ισχύει η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης όπως φαίνεται στην συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης Ιουνίου 2014.»

Στις 28.4.2015 το Συμβούλιο Προσφορών απέστειλε στους Αιτητές επιστολή με την οποία ζητούσε όπως υποβάλουν γραπτώς τις θέσεις και απόψεις τους για το

ζήτημα διάπραξης εκ μέρους της εταιρείας τους σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος μέχρι τις 7.5.2015. Από τις 12.5.2015 έως και τις 18.5.2015 οι Αιτητές υπέβαλαν γραπτώς τις θέσεις και απόψεις τους στον Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών.

Στις 22.5.2015 το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης στον επιτυχόντα και απέστειλε σχετική επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων στους προσφοροδότες στις 18.6.2015. Το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε να απορρίψει τις προσφορές των Αιτητών σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των εγγράφων του διαγωνισμού διότι κρίθηκε ότι είχε διαπραχθεί από ή εκ μέρους τους σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου Ν. 12(I)/2006.

B. Θέσεις Αιτητών στην Προσφυγή 26/2015

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή βρισκόταν σε πλάνη αναφορικά με το περιεχόμενο και τα νομικά αποτελέσματα της απόφασης του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014. Τόσο από τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 3.4.2015 και 22.5.2015 όσο και από τη σχετική γνωμάτευση της Νομικής Υπηρεσίας προκύπτει ότι το Συμβούλιο έπρεπε να διαπιστώσει κατά πόσο οι πράξεις, που καταλογίζονται στους Αιτητές συνιστούν διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Ανέφεραν ότι σε κανένα σημείο του διοικητικού φακέλου το Συμβούλιο Προσφορών έχει υποδείξει ποια είναι η πράξη των Αιτητών η οποία συνιστά χρηματισμό. Η μόνη διαπίστωση του Συμβουλίου Προσφορών είναι ότι «σύμφωνα με την απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014, υπήρξε χρηματισμός των κατηγορουμένων αρ. 1 και 2, από ή εκ μέρους της εν λόγω εταιρείας», αναφορά που δεν υπάρχει στη συγκεκριμένη απόφαση.

Πεπλανημένη είναι και η αναφορά του Συμβουλίου Προσφορών στην απόφαση του ότι οι Αιτητές δεν προσκόμισαν στοιχεία με τα οποία να αμφισβητούνται οι αναφορές του Δικαστηρίου. Οι αναφορές περί χρηματισμού έγιναν από τον συνήγορο υπεράσπισης και δεν αποτελούν εύρημα του Δικαστηρίου. Επιπλέον, οι Αιτητές παρέθεσαν τα γεγονότα μέσω της επιστολής τους ημερομηνίας 18.5.2015 τα οποία ουδέποτε παρουσιάστηκαν στο Δικαστήριο ως μαρτυρία, αφού δεν ήταν διάδικοι αλλά ούτε μάρτυρες στη διαδικασία, στοιχεία τα οποία ούτε το Συμβούλιο Προσφορών είχε ενώπιον του. Ούτε αφορά τους Αιτητές η αναφορά του Δικαστηρίου ότι οι κατηγορούμενοι χρηματίστηκαν από πρόσωπα για να κατακυρωθούν υπέρ τους προσφορές, εφόσον οι Αιτητές υπέγραψαν το συμβόλαιο (Γ΄) με το Συμβούλιο Αποχετεύσεων Πάφου (Σ.Α.Π.Α.) στις 5.2.2008, ήτοι μετά που πέτυχαν σε δημόσιο διαγωνισμό. Σημείωσαν ότι σύμφωνα με τη νομολογία η πιθανολόγηση και μόνο του ισχυρισμού περί εμφιλοχώρησης πλάνης αρκεί για να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

(Βλέπε *A.E.891, Νιόβη Παπαϊωάννου κ.ά. (αρ. 2) ν. Δημοκρατίας μέσω E.E.Y. (1991) 3 A.A.Δ. 713, 724 και 726, A.E.2081 ΤΟΥΜΑΖΗΣ ν. Δημοκρατίας (1997) 3 A.A.Δ 408*).

Δεύτερος λόγος που οι Αιτητές θεωρούν ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ότι δεν προκύπτει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(I)/2006. Υποστήριξαν ότι το λεκτικό της επίδικης νομοθετικής πρόνοιας είναι ταυτόσημο με την πρόνοια του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK, με το οποίο το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης είχε την ευκαιρία να ασχοληθεί σε μερικές από τις υποθέσεις του.

Στην υπόθεση *C-465/11, Forposta S.A και ABC Direct Contract sp. Zoo ν. Poczta Polska SA*, το Δ.Ε.Ε ανέφερε, μεταξύ άλλων, ότι για τη διαπίστωση ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται κατ' αρχήν να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξετασθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα. Επίσης, στην υπόθεση *C-440/13, Croce Amica One Italia Srl ν. ATEU*, ημερ. 11.12.2014 διευκρινίστηκε, μεταξύ άλλων, ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK παρέχουν στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα αρχή χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική

απόφαση του οικονομικού φορέα. Επιπλέον, στην υπόθεση *C-470/2013, Generali-Providencia Biztosito Zrt v. Kozbeszerzesi Hatosoag Kozbeszerzesi Dontobizottsag*, ημερ. 18.12.2014 κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στο άρθρο 45(2)(δ) της Οδηγίας.

Η κατακύρωση της προσφοράς στον διαγωνισμό αρ. 3/2007, που σχετίζεται με την Ποινική Υπόθεση, όπως ανέφεραν οι Αιτητές, έγινε μέσα από νόμιμες διαδικασίες. Ο κ. Κυριάκος Χρυσόχοος (τότε Διευθύνων Σύμβουλος των Αιτητών) εκβιάστηκε από τους Κατηγορούμενους 1 και 2 ότι για να προχωρήσει το Σ.Α.ΠΑ. με πληρωμή προς τους Αιτητές θα έπρεπε να τους καταβληθούν συγκεκριμένα χρηματικά ποσά. Ο εκβιασμός, τόνισαν, είχε επίσης την προέκταση ότι το έργο το οποίο μέχρι τότε θα κυλούσε ομαλά, δεν θα συνέχιζε την ομαλή του πορεία. Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι σε αντίθεση ενδεχομένως με άλλες εταιρείες, οι οποίες κατονομάζονται στη δικαστική απόφαση, δεν προσπορίστηκαν κάποιο χρηματικό όφελος. Αυτό, ανέφεραν, αντικατοπτρίζεται και στην σελίδα 22 της δικαστικής απόφασης.

Είναι η θέση των Αιτητών ότι το πιο πάνω δεδομένο ενισχύεται και από την αγωγή τους στο Επαρχιακό Δικαστήριο Πάφου αρ. 413/2014 με την οποία αξιούν απλήρωτα τιμολόγια που εκκρεμούν, όπως επίσης και η διαδικασία προσφυγής σε διαιτησία σε σχέση με απαιτήσεις τους για επιπλέον εργασίες του

έργου με Γενική Αίτηση αρ. 93/2015 για διορισμό διαιτητή, σε συνέχεια της Γενικής Αίτησης αρ. 233/2013.

Σε απάντηση στα όσα καταγράφονται στα πρακτικά της συνεδρίας του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.5.2015 για την υποχρέωση που είχαν οι Αιτητές να μην υποπέσουν στον εκβιασμό και να καταγγείλουν τους κατηγορούμενους στην Αστυνομία, υποστήριξαν ότι δεν άντεχαν οικονομικά τη μη είσπραξη των νομίμων αμοιβών τους και την βεβαιότητα ότι η εταιρεία θα οδηγείτο σε κατάρρευση λόγω έλλειψης ρευστότητας. Συνεπώς, επέλεξαν να συνεχίσουν το συμβόλαιο και να υποκύψουν στον εκβιασμό των κατηγορουμένων.

Άλλος λόγος για τον οποίο οι Αιτητές θεωρούν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί, είναι ότι παραβιάστηκε η αρχή της αναλογικότητας. Αναφερόμενοι στην υπόθεση *C-213/2007, Μηχανική ΑΕ ν. Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και Υπουργού Επικρατείας*, ημερομηνίας 16.12.2008 υποστήριξαν ότι σε συμφωνία με την αρχή της αναλογικότητας, μέτρα αποκλεισμού προσφοροδότη δεν πρέπει να επεκτείνονται πέραν του σκοπού της διασφάλισης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και της διαφάνειας. Παρέπεμψαν σε μελέτη που δημοσιεύεται στο Νομικό Περιοδικό, *Public Procurement Law Review* (2009) 18, 257 από τους Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Prie και Pascal Frita, υποστηρίζοντας ότι οι αναθέτουσες αρχές

έχουν υποχρέωση να μην αποκλείουν οικονομικούς φορείς που έχουν προχωρήσει με μέτρα αυτοδιόρθωσης (self-cleaning) όπως είναι η διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστατικών, η αποκατάσταση της ζημιάς και με μέτρα που η ίδια η εταιρεία λαμβάνει και που αφορούν τα άτομα που εμπλέκονται με το συμβάν.

Τόνισαν ότι έλαβαν τα πιο πάνω μέτρα αυτοδιόρθωσης, ήτοι ο κ. Κυριάκος Χρυσόχοος συνεργάστηκε πλήρως με τις ανακριτικές αρχές, καμία ζημιά υπήρξε για το δημόσιο και ότι το εν λόγω πρόσωπο απομακρύνθηκε και παραιτήθηκε από Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας. Ως εκ τούτου, προέβησαν σε ενέργειες για να διορθώσουν τυχόν λάθη και παραλείψεις και έχουν συμμορφωθεί πλήρως με τη διαδικασία self-cleaning.

Υπέδειξαν, επίσης, ότι μια άλλη παράμετρος της αρχής της αναλογικότητας είναι ο παράγοντας χρόνος. Η προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάζει σαφώς τις πρόνοιες της Οδηγίας 2014/24/EK, η οποία αντικαθιστά την Οδηγία 2004/18/EK και την οποία τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχουν περιθώριο μέχρι τις 18/4/2016 να ενσωματώσουν στο εθνικό δίκαιο. Σύμφωνα με την εν λόγω Οδηγία η περίοδος αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα από συμμετοχή σε σύμβαση δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τρία έτη από την ημερομηνία του «σχετικού γεγονότος». Η έλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος από τη φερόμενη διάπραξη του επαγγελματικού παραπτώματος

ήταν παράγοντας που όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να λάβει υπόψη, καθώς ο κατ' ισχυρισμό «χρηματισμός» επισυνέβη κατά την περίοδο 2008-2009. Η ερμηνεία που έδωσε η Αναθέτουσα Αρχή στο άρθρο 51(2)(δ) του Ν. 12(Ι)/2006 προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας. Δεν είναι νοητό μία νομοθετική πρόνοια να δίδει εσαεί το δικαίωμα στην Αναθέτουσα Αρχή να αποκλείει προσφοροδότη για παράπτωμα το οποίο επισυνέβη χρόνια προηγουμένως.

Είναι ισχυρισμός των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει κατακυρώσει και υπογράψει στις 15.5.2015 δύο Συμβάσεις, που αφορούν στο «*ΣΧΕΔΙΑΣΜΟ, ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΓΙΑ 10 ΧΡΟΝΙΑ ΤΟΥ ΣΤΑΘΜΟΥ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ ΒΟΘΡΟΛΥΜΑΤΩΝ, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ, ΠΕΡΙΣΣΕΙΑΣ ΥΓΡΗΣ ΛΑΣΠΗΣ ΚΑΙ ΣΤΡΑΓΓΙΣΜΑΤΩΝ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΧΗ ΒΑΤΙ*» ΑΡ. ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ: ΤΑΥ 15/2013 για το ποσό των €6.579.345 μη συμπ. ΦΠΑ, με την Κοινοπραξία Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. J.V. στην οποία συμμετέχουν μεταξύ άλλων οι Εταιρείες LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTIONS LTD και MEDCON CONSTRUCTION LTD, που αναφέρονται στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014, ημερομηνίας 18.2.2015. Σημείωσαν ότι η εν λόγω αντιμετώπιση του ζητήματος καθιστά την πράξη άκυρη λόγω παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της χρηστής διοίκησης, διότι η Κοινοπραξία Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. J.V. έχει αποκλειστεί στον παρόντα διαγωνισμό για τον ίδιο λόγο με αυτό των Αιτητών.

Τέλος, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι ενώ η Αναθέτουσα Αρχή τους καταλογίζει διάπραξη χρηματισμού (που εντάσσεται στα πλαίσια του άρθρου 85 του Ν.12(Ι)/2006 και αποτελεί ποινικό αδίκημα), ο Γενικός Εισαγγελέας που έχει την αποκλειστική αρμοδιότητα για τη διεξαγωγή ποινικής διαδικασίας δεν έκρινε ότι εδικοιολογείτο η ποινική δίωξη τους. Επομένως, η συμπεριφορά αυτή της Αναθέτουσας Αρχής παραβιάζει το άρθρο 6 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου το οποίο ορίζει ότι κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα όπως δικαστεί από ανεξάρτητο και νόμιμα λειτουργών Δικαστήριο για το βάσιμο *«πάσης εναντίον του κατηγορίας φύσεως»*.

Γ. Θέσεις Αιτητών στην Προσφυγή 28/2015

Οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας διαδικασία υιοθέτησαν τα όσα ανέφεραν οι Αιτητές στην Προσφυγή αρ. 26/2015 ως προς την ερμηνεία της απόφασης του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην Υπόθεση αρ. 12057/2014. Η καταδίκη των δυο κατηγορούμενων (κκ. Σ. Βέργα και Ε. Μαληκίδη) προέκυψε συνεπεία δικής τους παραδοχής και όχι συνεπεία ευρήματος του Δικαστηρίου κατόπιν προσαγωγής μαρτυρίας. Ούτε γίνεται αναφορά στο κατηγορητήριο και/ή του τίτλου της απόφασης για τους Αιτητές, αλλά ούτε η Κοινοπραξία και τα μέλη της Medcon Construction Ltd και LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTIONS LTD έχουν διαπράξει οιονδήποτε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα εντός της έννοιας του άρθρου. 51(2)(δ) του Ν. 12(Ι)/2006. Η αναφορά του Δικαστηρίου

στις δυο αυτές εταιρείες/μέλη της Κοινοπραξίας αποτελεί obiter dictum και όχι εύρημα και/ή αιτιολογία της απόφασης του Δικαστηρίου.

Η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση αντίκειται στο άρθρο 57(6) της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/24/EK και/ή του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(I)/2006, καθότι οι Αιτητές μέσω των γραπτών τους θέσεων αποσαφήνισαν και/ή διευκρίνισαν επαρκώς τις συνθήκες που αφορούν στις δικές τους προσωπικές περιστάσεις. Επιπλέον, δεν τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις που προνοούνται στο άρθρο 6 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου κατά την διαδικασία με την οποία αυθαίρετα η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε ότι διαπράχθηκε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα από τους Αιτητές λόγω διάπραξης του αδικήματος χρηματισμού προσώπου (Βλ. *Application No.7986/77 Petra KRAUSE v. SWITZERLAND*, ημερ. 3.10.1978). Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έπρεπε να τους αποκλείσει από το διαγωνισμό.

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία υποστήριξαν ότι σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των Οδηγιών προς Οικονομικούς Φορείς, βάσει του οποίου αποκλείστηκαν οι Αιτητές, έπρεπε να είχαν βρεθεί ένοχοι επαγγελματικού παραπτώματος. Υπέβαλαν, όμως, ότι ουδέποτε κρίθηκαν ένοχοι επαγγελματικού παραπτώματος από το αρμόδιο επαγγελματικό σώμα που είναι μέλη αυτού, ήτοι του Επιστημονικού Τεχνικού Επιμελητηρίου Κύπρου (άρθρο 5(ε) του περί Επιστημονικού Τεχνικού Επιμελητηρίου Κύπρου Νόμου του 1990

(Ν.224/1990)). Σύμφωνα, τόνισαν, με τα άρθρα 22 και 23 του Νόμου είναι αυτό το αρμόδιο σώμα το οποίο μπορεί να εξετάσει και να κρίνει εάν η συμπεριφορά των Αιτητών συνιστούσε επαγγελματικό παράπτωμα. Επομένως, το Συμβούλιο Προσφορών παράνομα και παράτυπα διεξήγαγε διαδικασία υπό μορφή πειθαρχικής διαδικασίας χωρίς να τους δώσει τα εχέγγυα του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ αποφασίζοντας ότι διέπραξαν επαγγελματικό παράπτωμα. Περαιτέρω, όπως διατυπώνεται στην *Forposta* (ανωτέρω) τα professional standards (δηλαδή τα επαγγελματικά πρότυπα) καθορίζονται από τα professional bodies (δηλαδή το ΕΤΕΚ) και όχι από την Αναθέτουσα Αρχή.

Στη συνέχεια οι Αιτητές αναφέρθηκαν σε λόγους ακυρότητας που αφορούν την προσφορά του επιτυχόντα, ήτοι:

- (α) Ανεπαρκής τεκμηρίωση της επαγγελματικής και τεχνικής ικανότητας του προς ικανοποίηση του όρου 3.3.8.1.(ii) b,
- (β) υποβλήθηκαν εκ των υστέρων στοιχεία και/ή πιστοποιητικά κατά παράβαση του όρου 5.6.1.h(ii),
- (γ) ανεπαρκής τεκμηρίωση της χρηματοοικονομικής επάρκειας του για εκτέλεση του Έργου με βάση το Έντυπο 11,
- (δ) ανυπαρξία εξουσιοδοτημένων αντιπροσώπων και των τεσσάρων μελών της Κοινοπραξίας από τα διοικητικά συμβούλια των εταιρειών κατά τη Συμφωνία Συνεργασίας,

- (ε) παράλειψη υποβολής των αναγκαίων πιστοποιητικών για την απόδειξη εμπειρίας των Μελών της Ομάδας Έργου κατά παράβαση των όρων 5.6.1h(2) και 5.6.1h(3) και εσφαλμένη ερμηνεία του όρου «*Employer*» από την Αναθέτουσα Αρχή,
- (στ) ο κ. Σωκράτης Βαρβιτσιώτης και ο κ. Jean Paul Manoleris, οι οποίοι έχουν συμπεριληφθεί στην προσφορά του επιτυχόντα ως Υποστηρικτικοί Φορείς, δεν έχουν συμμορφωθεί με τις απαιτήσεις του όρου 3.3.9 των Όρων του Διαγωνισμού και/ή του όρου 25.1.

Τέλος οι Αιτητές ανέφεραν ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρά τις πιο πάνω ελλείψεις της προσφοράς του επιτυχόντα, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας, προχώρησε σε κατακύρωση της προσφοράς σε αυτόν. Με τον τρόπο που η Αναθέτουσα Αρχή άσκησε τη διακριτική της ευχέρεια τοποθέτησε τους Αιτητές σε δυσμενέστερη θέση έναντι των άλλων προσφοροδοτών και ιδιαίτερα του επιτυχόντα (βλ. *Medcon Construction and Others v. Δημοκρατίας* (1968) 3 A.A.A. σελ 535, 545).

Δ. Θέσεις Αναθέτουσας Αρχής

Η Αναθέτουσα Αρχή απαντώντας στους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών υποστήριξε ότι είχαν το δικαίωμα εφόσον δεν γίνονταν οι πληρωμές βάσει των

πιστοποιητικών πληρωμής είτε να λύσουν τη σύμβαση είτε να αναστείλουν τις εργασίες τους και όχι να επιλέξουν να προβούν σε χρηματισμό.

Τόνισε ότι καθήκον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και αρμοδιότητα της είναι να εξετάσει τη νομιμότητα της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία απέρριψε την προσφορά των Αιτητών με την αιτιολογία ότι οι τελευταίοι διέπραξαν επαγγελματικό παράπτωμα με βάση το άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006. Οι ισχυρισμοί των Αιτητών περί εκβιασμού τους προκειμένου να τους καταβληθεί το λαβείν είναι ισχυρισμοί οι οποίοι θα έπρεπε να υποβληθούν στην Αστυνομία τον κατάλληλο χρόνο για διερεύνηση και όχι ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στα πλαίσια αυτής της διαδικασίας. Ούτε αποτέλεσε τη βάση για τη λήψη απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής εάν ήταν ή όχι κατηγορούμενοι οι κ.κ. Κυριάκος Χρυσόχοος, Λοΐζος Ιορδάνους και οι Διευθυντές της εταιρείας Medcon Construction Ltd. Αυτό το οποίο λήφθηκε υπόψη από την Αναθέτουσα Αρχή, στοιχείο το οποίο δεν αντικρούεται από τους Αιτητές, είναι η παραδοχή του ιδίου ότι συμμετείχε στην πράξη του δεκασμού των κατηγορουμένων 1 και 2. Είναι αυτή η συμπεριφορά που λήφθηκε υπόψη προκειμένου η Αναθέτουσα Αρχή να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η συμπεριφορά αυτή συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με βάση τις πρόνοιες του άρθρου 51(2)(δ), το οποίο δεν απαιτεί καταδικαστική απόφαση του Δικαστηρίου. Περαιτέρω, υποστήριξε ότι προτού η Αναθέτουσα Αρχή καταλήξει στην προσβαλλόμενη απόφαση δόθηκε στους

Αιτητές κατάλληλος χρόνος να υποβάλουν τις γραπτές τους παραστάσεις οι οποίες εξετάστηκαν από το Συμβούλιο Προσφορών και απαντήθηκαν στην απόφαση του καταλήγοντας στην απόρριψη των προσφορών τους σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι το άρθρο 51(2) του Ν.12(Ι)/2006 καθώς και το άρθρο 45(2) της Οδηγίας 2004/18/EK παρέχει σε αυτή διακριτική ευχέρεια για τη διαπίστωση εάν έχει διαπραχθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Μοναδικός περιορισμός στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής συνιστά το γεγονός ότι δεν δύνανται να προβλεφθούν άλλοι λόγοι αποκλεισμού πέραν αυτών που διαλαμβάνονται στη συγκεκριμένη διάταξη (βλ. *C-465/11 Μηχανική Α.Ε. ν. Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης*, ημερομηνίας 13.12.2012).

Σύμφωνα με την υπόθεση *C-465/11, Forposta S.A και ABC Direct Contract sp. Zoo ν. Poczta Polska SA*, τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK σε συνάρτηση με το εθνικό τους δίκαιο και τηρουμένου του δικαίου της Ένωσης. Η έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα. Πρόσθετα, από τη διατύπωση της διάταξης της Οδηγίας προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να διαπιστώσει επαγγελματικό παράπτωμα με

οποιοδήποτε μέσο διαθέτει, ενώ η έννοια του «σοβαρού παραπτώματος» θα πρέπει να σχετίζεται με την πρόθεση διάπραξης του ή την αμέλεια ορισμένου βαθμού που ο υπαίτιος υπέδειξε. Συνεπώς, με βάση το άρθρο 45(2)(δ) της Οδηγίας απαιτείται να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα, ενέργεια η οποία έγινε από την Αναθέτουσα Αρχή προτού καταλήξει και στην προσβαλλόμενη απόφαση.

Η Αναθέτουσα Αρχή επίσης ανέφερε ότι το ΔΕΕ στην απόφαση *C-440/13, Croce Amica One Italia Srl v. ATEU*, ημερ. 11.12.2014 επανέλαβε ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας, παρέχουν στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα. Στην προκειμένη περίπτωση, οι ενέργειες και πράξεις των διευθυντών των Αιτητών σαφώς συνιστούν πράξεις που εμπίπτουν και αφορούν τις επαγγελματικές ιδιότητες των Αιτητών που παραβιάζουν τις αρχές που σχετίζονται με την ηθική, την αξιοπρέπεια ή την επαγγελματική συνείδηση και που καταδεικνύουν όχι απλώς πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού, αλλά καταδεικνύουν επιπλέον σοβαρό βαθμό υπαιτιότητας. Αναφορικά με τη θέση των Αιτητών ότι από τις πράξεις τους δεν αποκόμισαν

κανένα όφελος, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι αντικείμενο εξέτασης αποτέλεσε η συγκεκριμένη πράξη χρηματισμού αυτή καθ' αυτή και όχι του προσπορισμού οφέλους.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών για παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι η υπόθεση *C-213/2007, Μηχανική ΑΕ ν. Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και Υπουργού Επικρατείας*, ημερομηνίας 16.12.2008 διαφοροποιείται από την παρούσα διότι το εκεί διαπραχθέν αδίκημα δεν ενέπιπτε στους λόγους αποκλεισμού που εξαντλητικά απαριθμούνται στο άρθρο 45(2) της Οδηγίας. Αυτό, το οποίο προκύπτει από την απόφαση είναι ότι στις περιπτώσεις που δύνανται οι αναθέτουσες αρχές να λάβουν μέτρα αποκλεισμού, για λόγους εκτός των όσων εξαντλητικά αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 24 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η αρχή της αναλογικότητας και η διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Στην προκειμένη περίπτωση, οι Αιτητές αποκλείστηκαν ξεκάθαρα για λόγους που εμπίπτουν εντός του άρθρου 45(2) (δ) της Οδηγίας.

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε τη θέση των Αιτητών στην Προσφυγή 26/2015 ότι έχουν προβεί σε μέτρα αυτοδιόρθωσης (self-cleaning). Ανεξαρτήτως του αξιόποινου των πράξεων του κ. Κυριάκου Χρυσόχου, ο Γενικός Εισαγγελέας της Δημοκρατίας αποφάσισε και επέλεξε για λόγους δημοσίου συμφέροντος να

θέσει αυτόν ως μάρτυρα κατηγορίας. Η δε «απομάκρυνση» του κ. Κυριάκου Χρυσοχού δεν υποδεικνύει διόρθωση λαθών της εταιρείας των Αιτητών, καθότι αυτή αποτελεί εικονική απομάκρυνση την στιγμή που τον αντικατέστησε ο υιός του κ. Γεώργιος Χρυσοχός. Πρόσθετα, ο κ. Κυριάκος Χρυσοχός κατά την 30.6.2015 φαίνεται να συνεχίζει να κατέχει ποσοστό 93,89% του εκδομένου μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας. Συνεπώς, ο κ. Κυριάκος Χρυσοχός φαίνεται ότι εξακολουθεί να ασκεί έλεγχο στην εταιρεία των Αιτητών.

Σε σχέση με την περίοδο αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε σύμβαση η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε στις 18.6.2015, στη βάση του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου που διέπεται από τον Ν. 12(Ι)/2006. Επομένως, η παραπομπή που γίνεται από τους Αιτητές στις πρόνοιες της νέας Οδηγίας 2014/24/ΕΚ, κατ' ουδένα λόγο δεσμεύει την Αναθέτουσα Αρχή εφόσον δεν έχει ακόμη ενσωματωθεί στο εθνικό μας δίκαιο, ενώ η περίοδος ενσωμάτωσης των προνοιών της στο εθνικό δίκαιο είναι η 18.4.2016. Άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 57(4) της νέας Οδηγίας δίδεται στα κράτη μέλη η δυνατότητα να θεσπίσουν απόλυτους αποκλεισμούς στους οικονομικούς φορείς που θα διαπράξουν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά τους.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι στον παρόντα Διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 10/2013 αποκλείστηκε και η εταιρεία «N.I.M.E.M.E JV» για τον ίδιο λόγο και υπό κρίση δεν είναι ο διαγωνισμός με αρ. ΤΑΥ 15/2013. Συνεπώς, δεν είναι δυνατόν και δεν θα πρέπει να εξεταστεί οτιδήποτε άλλο πέραν από τη νομιμότητα του επίδικου διαγωνισμού. Στα πλαίσια του διαγωνισμού με αρ. ΤΑΥ 15/2013, ανέφερε, τηρήθηκε ακριβώς η ίδια διαδικασία από την Αναθέτουσα Αρχή, πλην όμως είχε διαφορετική κατάληξη.

Συγκεκριμένα, στην περίπτωση του διαγωνισμού με αρ. ΤΑΥ 15/2013, το Συμβούλιο Προσφορών αφού έλαβε υπόψη του τη γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, σημείωσε ότι η Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. JV» αποτελούσε την μοναδική έγκυρη προσφορά. Σε περίπτωση αποκλεισμού της κοινοπραξίας, ο διαγωνισμός θα οδηγείτο σε ακύρωση και θα προκαλούνταν σοβαρότατες επιπτώσεις στο περιβάλλον και στη δημόσια υγεία, ενώ η Δημοκρατία θα έχανε οριστικώς συγχρηματοδότηση ύψους €3.272.500 και θα επέστρεφε ποσό ύψους €204.992 που ήδη εκταμιεύθηκε. Επομένως, σε εκείνη την περίπτωση για λόγους δημοσίου συμφέροντος, αποφάσισε όπως κατακυρώσει το διαγωνισμό στην Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. JV». Απόδειξη της ίσης μεταχείρισης αποτελεί το γεγονός ότι η Κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E. JV», στον παρόντα διαγωνισμό, αποκλείστηκε για τους ίδιους λόγους όπως και οι Αιτητές.

Τέλος, σε σχέση με τον ισχυρισμό για παραβίαση του άρθρου 6 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης και του Άρθρου 113 του Συντάγματος, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι ουδεμία σχέση έχει η διαδικασία που ακολουθήθηκε στην παρούσα υπόθεση με την ποινική πτυχή του θέματος. Η Αναθέτουσα Αρχή ούτε εξουσία έχει αλλά ούτε και αποφάνθηκε περί ποινικών αδικημάτων, αλλά αυτό το οποίο διαπίστωσε η Αναθέτουσα Αρχή, ήταν ότι οι Αιτητές, αποδεδειγμένα, έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Ν. 12(I)/2006, υπό τα δεδομένα και εξατομικευμένα περιστατικά που αναφέρονται στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.2 του Volume 1, Instructions to Economic Operators σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας που υποβάλλει προσφορά, είναι κοινοπραξία, οι απαιτήσεις της προσωπικής κατάστασης του προσφέροντα, εφαρμόζονται για ένα έκαστο μέλος, είτε φυσικό, είτε νομικό πρόσωπο (βλ. επίσης «*The Law of Public and Utilities Procurement*», *Third Edition, Sue Arrowsmith*, σελίδα 1247). Σε σχέση, τώρα, με τον αποκλεισμό των Αιτητών και την απόρριψη των προσφορών τους σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε ότι αποδεδειγμένα έχει διαπραχθεί από ή εκ μέρους τους σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Ν. 12(I)/2006.

Αναφορικά με τους λόγους που ήγειραν οι Αιτητές και σχετίζονται με την εγκυρότητα της προσφοράς του επιτυχόντα η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι δεν νομιμοποιούνται και/ή κωλύονται και/ή στερούνται εννόμου συμφέροντος να προβάλλουν οποιονδήποτε άλλο ισχυρισμό, πέραν από το γεγονός ότι η προσφορά τους απορρίφθηκε σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των εγγράφων του διαγωνισμού (βλ. *Atlantic Insurance Ltd v. Συμβουλίου Εμπορίας Κυπριακών Πατατών κ.α.*, Υποθ. Αρ. 469/88 κ.α., ημερ. 27.1.1990, *Kanika Hotels Ltd v. Δήμου Πάφου*, Υποθ. Αρ. 688/88, ημερ. 13.7.1990, *Χρυσάνθος Κυριάκου Ατδ v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου*, (1995) 3 Α.Α.Δ. 178 και *Lion Insurance Ltd v. Δημοκρατίας κ.α.*(1991) 4 Α.Α.Δ. 3148).

Αναφερόμενη σε σχετική νομολογία η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι οι Αιτητές δε νομιμοποιούνται να προσβάλουν ο,τιδήποτε έχει σχέση με τη διαδικασία που ακολουθήθηκε, δηλαδή αξιολόγησης και κατακύρωσης της προσφοράς στον επιτυχόντα, εφόσον διαπιστωθεί ότι η προσφορά τους δεν ικανοποιεί ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού. Εξάλλου, ακόμα και εάν κριθεί ότι οι Αιτητές έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα αυτό είναι δυνατόν, μόνον, κατ' επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και νοουμένου ότι ο επιτυχών δεν πληρούσε τον επίμαχο όρο, για τον οποίο όμως δεν προβάλλεται οτιδήποτε. Προβάλλονται, τόνισε, εκ μέρους των Αιτητών ισχυρισμοί για άλλους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ένα προς ένα τους λόγους που θεωρεί ότι οι ισχυρισμοί των Αιτητών που αφορούν την εγκυρότητα της προσφοράς του επιτυχόντα είναι αβάσιμοι.

Ε. Κατάληξη

Εν πρώτοις θα εξετάσουμε τον ισχυρισμό των Αιτητών στην Προσφυγή αρ. 28/2015 (Κοινοπραξία N.I.M.E.M.E. J.V.) ότι εφόσον η κοινοπραξία δεν αναφέρεται πουθενά στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014 του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου, δεν δύναται η Αναθέτουσα Αρχή να προβεί σε απόρριψη της προσφοράς τους.

Διαφωνούμε με την θέση των Αιτητών. Στον όρο 3.3.6.2 του volume 1, Instructions to Economic Operators, που αναφέρεται στην προσωπική κατάσταση του προσφέροντα, προνοούνται τα ακόλουθα:

«It is understood that in the case of a consortia of natural and/or legal persons, the above requirements for participation [personal situation] shall apply to each one of the participants in the consortium, and if one participant fails to meet any one of these requirements, then the Tender submitted by the consortium shall be excluded from the tender procedure and shall not be evaluated».

Από τον πιο πάνω όρο διαφαίνεται ότι σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας που υποβάλλει προσφορά είναι κοινοπραξία, οι απαιτήσεις της προσωπικής κατάστασης του προσφέροντα, εφαρμόζονται για ένα έκαστο μέλος, είτε

φυσικό, είτε νομικό πρόσωπο. Οι Αιτητές απορρίφθηκαν στην βάση του όρου 51(2)(δ) που φέρει πλαγίότιτλο «προσωπική κατάσταση υποψηφίου». Ως εκ τούτου ο εγειρόμενος λόγος απορρίπτεται.

Για τους σκοπούς της παρούσας απόφασης των συνεκδικαζόμενων προσφυγών με αρ. 26/2015 και 28/2015 όπου αναφέρεται «Αιτητής» σημαίνει τον Οικονομικό Φορέα συμπεριλαμβανομένων και των εταιρειών που συνθέτουν την κοινοπραξία.

Η Αναθέτουσα Αρχή με την επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων ημερ. 18.6.2015 που απέστειλε στους Αιτητές τους ενημέρωνε ότι, σύμφωνα με την απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην απόθεση αρ. 12057/2014 υπήρξε χρηματισμός των Κατηγορούμενων 1 και 2 (Σάββα Βέργα και Ευτύχιου Μαληκίδη), από ή εκ μέρους τους και ότι η πράξη του χρηματισμού προσώπου που εμπλέκεται με την ανάθεση ή την εκτέλεση σύμβασης, αποτελεί πράξη εν τη έννοια του όρου «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(I)/2006 και ως εκ τούτου απέρριψαν τις προσφορές τους.

Στην εν λόγω απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου οι Κατηγορούμενοι 1 και 2 (Σάββας Βέργας και Ευτύχιος Μαληκίδης) κρίθηκαν ένοχοι στην βάση του άρθρου 100(α) του Ποινικού Κώδικα (Δεκασμός

Δημόσιου Λειτουργού)¹. Σε άλλα σημεία της απόφασης γίνεται χρήση του όρου χρηματισμός. Τους όρους «δεκασμός» και «χρηματισμός», χρησιμοποιεί και η εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής τόσο στην γραπτή της αγόρευση όσο και κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία που πραγματοποιήθηκε στις 6.10.2015, όπου χαρακτηριστικά σημείωσε:

«Τώρα βάσει αυτού του γεγονότος το οποίο εμείς ονομάσαμε χρηματισμό, το ονόμασε και η απόφαση κάπου χρηματισμό. Πώς να το ονομάσουμε; Κάποιος δίνει λεφτά στην Αναθέτουσα Αρχή που ήταν ο Δήμος Πάφου για να εξυπηρετηθεί είτε για να του κατακυρωθεί υπέρ του η προσφορά είτε για να του πληρώσουν τα δεδουλευμένα πιστοποιητικά πληρωμής. Πώς μπορούσαμε να το πούμε αλλιώς. Το είπαμε χρηματισμό σε κάποια σημεία το είπαμε δεκασμό. Αυτός είναι ο όρος που δίδεται από τον ποινικό κώδικα όταν κάποιος δίδει λεφτά προς ικανοποίηση κάποιου αιτήματος του, παρανόμως βεβαίως. Εάν η λέξη χρηματισμός ενοχλεί μπορεί και να απαλειφθεί. Είναι όμως το γεγονός η πράξη αυτή καθ' εαυτή. Το γεγονός ότι κατέβαλαν χρήματα στους κατηγορουμένους για να τους γίνει μια διευκόλυνση παρανόμως. Αυτή η συμπεριφορά την οποία ονομάσαμε χρηματισμό κλήθηκε να κρίνει η Αναθέτουσα Αρχή κατά πόσο αποτελούσε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα».

¹ Δεκασμός δημόσιου λειτουργού

«100. Όποιος-

(α) είναι δημόσιος λειτουργός και είναι επιφορτισμένος με την εκτέλεση οποιουδήποτε καθήκοντος λόγω του λειτουργήματος του, με τέτοιο τρόπο που υποδηλώνει δεκασμό ζητά, δέχεται ή παίρνει ή συμφωνεί ή αποπειράται να δεχτεί ή να πάρει περιουσία ή ωφέλημα οποιουδήποτε είδους για τον εαυτό του ή για άλλον, για χάρη εκτέλεσης ή μελλοντικής ενέργειας ή παράλειψης κατά την εκπλήρωση των καθηκόντων του λειτουργήματος του ή

(β) με τέτοιο τρόπο που υποδηλώνει δεκασμό, δίνει παρέχει ή προμηθεύει, ή υπόσχεται ή προσφέρεται να δώσει ή να παρέχει ή να προμηθεύει ή να αποπειραθεί να προμηθεύσει, σε δημόσιο λειτουργό ή σε άλλο, περιουσία, ή ωφέληματα οποιουδήποτε είδους για χάρη τέτοιας ενέργειας ή παράλειψης από τέτοιο δημόσιο λειτουργό,

είναι ένοχος αδικήματος και υπόκειται σε φυλάκιση μέχρι επτά χρόνια και σε χρηματική ποινή μέχρι εκατό χιλιάδες ευρώ ή και στις δύο ποινές, η δε περιουσία του, αντικείμενο του δεκασμού, υπόκειται σε δήμευση σύμφωνα με τον περί Συγκάλυψης, Έρευνας και Δήμευσης Εσόδων από Ορισμένες Εγκληματικές Πράξεις Νόμο.»

Το λεξικό της Νέας Ελληνικής γλώσσας του Γ. Μπαμπινιώτη δίνει τις εξής ερμηνείες:

«Χρηματίζομαι ρ. αμετβ. [χρηματισ-τηκα, -μένος] δέχομαι χρήματα παρανόμως, για να εξυπηρετήσω κάποιον κατ' εξαίρεση ή για να μην προχωρήσω σε ενέργεια που τον θίγει: δημόσιοι λειτουργοί χρηματίζονται Συν. (καθημ.) λαδώνομαι, (οικ.) τα παίρνω, τα πιάνω (πβ. λ. δωροδοκώ). –χρηματισμός

Δεκάζω ρ. μετβ [δέκασ-α, -τηκα (λογ. -θηκα) δίνω χρήματα ή δώρα, κυρ. σε δικαστή ή μάρτυρα, για να τους εξαγοράσω; δωροδοκώ (πβ. λ. αδέκαστος) ΣΥΝ. εξαγοράζω, διαφθείρω. –δεκασμός (ο) [μτγν.]. [ΕΤΥΜ. αρχ., εφρετικός τ. του ρ. δέκομαι (διαλεκτ. Παραλλαγή του δέχομαι) με τη σημ. «κάνω κάποιον να δεχθεί δώρο», συνεπώς «τον δωροδοκώ». Η σύνδεση της λ. με το αριθμητ. δέκα οφείλεται μάλλον σε παρετυμολογία. Γλ. Κ. αδέκαστος]».

Στα εδάφια (1) και (2) του άρθρου 51 του Ν.12(Ι)/2006 απαριθμούνται οι περιπτώσεις που αποκλείεται ή δύναται να αποκλείεται οικονομικός φορέας από την συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση. Συγκεκριμένα, το άρθρο 51(1) προνοεί τα ακόλουθα:

«Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, ο υποψήφιος ή προσφέρων, εις βάρος του οποίου υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση, γνωστή στην αναθέτουσα αρχή, για έναν ή περισσότερους από τους λόγους που απαριθμούνται κατωτέρω:

(α) Συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2, παράγραφος (1) της κοινής δράσης 98/773/ΔΕΥ του Συμβουλίου

(β) δωροδοκία, όπως αυτή ορίζεται αντίστοιχα στο άρθρο 3 της πράξης του Συμβουλίου της 26ης Μαΐου 1997 και στο άρθρο 3, παράγραφος (1) της κοινής δράσης 98/742/ΔΕΥ του Συμβουλίου

(γ) απάτη, κατά την έννοια του άρθρου 1 της Σύμβασης σχετικά με την προστασία των οικονομικών συμφερόντων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων

(δ) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, όπως ορίζεται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 91/308/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 10ης Ιουνίου 1991, για την πρόληψη χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, όπως τροποποιήθηκε από την Οδηγία 2001/97/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου:».

Το άρθρο 51(2) προνοεί τα πιο κάτω:

«Κάθε οικονομικός φορέας δύναται να αποκλείεται από την συμμετοχή στη σύμβαση, όταν-

(α) Τελεί υπό πτώχευση, εκκαθάριση, πάυση δραστηριοτήτων, αναγκαστική διαχείριση ή πτωχευτικό συμβιβασμό ή οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τις εθνικές, νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις

(β) έχει κινηθεί εναντίον του διαδικασία κήρυξης σε πτώχευση, εκκαθάρισης, αναγκαστικής διαχείρισης, πτωχευτικού συμβιβασμού ή οποιαδήποτε άλλη παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τις εθνικές, νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις

(γ) έχει καταδικασθεί βάσει απόφασης που έχει ισχύ δεδικασμένου και η οποία διαπιστώνει αδίκημα σχετικό με την επαγγελματική του διαγωγή

(δ) έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές

(ε) δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις της χώρας όπου είναι

εγκατεστημένος ή με τις νομοθετικές διατάξεις της Δημοκρατίας

(στ) δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την πληρωμή των φόρων και τελών σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή με τις νομοθετικές διατάξεις της Δημοκρατίας

(ζ) δεν έχει παράσχει τις πληροφορίες που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του παρόντος Τμήματος ή προέβη σε σοβαρές ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών αυτών.»

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά των Αιτητών στη βάση του άρθρου 51(2)(δ), δηλαδή ότι «έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι Αναθέτουσες Αρχές», υποστηρίζοντας ότι υπήρξε εκ μέρους τους η πράξη του χρηματισμού, που όπως έχουμε προαναφέρει, είναι συνώνυμη του δεκασμού.

Το άρθρο 51(1)(β) του Ν.12(Ι)/2006 προβλέπει υποχρεωτικό αποκλεισμό από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση οικονομικού φορέα, εις βάρος του οποίου υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση για «δωροδοκία, όπως αυτή ορίζεται αντίστοιχα στο άρθρο 3 της πράξης του Συμβουλίου της 26ης Μαΐου 1997 και στο άρθρο 3, παράγραφος (1) της κοινής δράσης 98/742/ΔΕΥ του Συμβουλίου».

Το άρθρο 3 της πράξης του Συμβουλίου της 26^{ης} Μαΐου 1997 (c 195) που αναφέρεται στο πιο πάνω άρθρο προβλέπει τα ακόλουθα:

«Ενεργητική δωροδοκία

1. Για τους σκοπούς της παρούσας σύμβασης, ενεργητική δωροδοκία στοιχειοθετείται όταν οιοσδήποτε, εκ προθέσεως, υπόσχεται ή παρέχει σε υπάλληλο, άμεσα ή με την μεσολάβηση τρίτου, οιασδήποτε φύσεως ωφέλημα για τον εαυτό του ή για τρίτο, προκειμένου ο υπάλληλος να τελέσει ή να μην τελέσει πράξη εκ των καθηκόντων του ή κατά την άσκηση των καθηκόντων του, κατά παράβαση των επισήμων καθηκόντων του.

2. Κάθε κράτος μέλος λαμβάνει τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσει ότι η συμπεριφορά που αναφέρεται στην παράγραφο 1, συνιστά ποινικό αδίκημα.»

Ενώ, το άρθρο 3 της κοινής δράσης 98/742/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Δεκεμβρίου 1998 προβλέπει τα ακόλουθα:

«Ενεργητική δωροδοκία στον ιδιωτικό τομέα

1. Για τους σκοπούς της παρούσας κοινής δράσης, ενεργητική δωροδοκία στον ιδιωτικό τομέα στοιχειοθετείται όταν οιοσδήποτε, εκ προθέσεως, απ' ευθείας ή μέσω τρίτου, υπόσχεται ή προτείνει σε πρόσωπο, μη οφειλόμενη παροχή οιασδήποτε φύσεως ή προβαίνει σε παρόμοια παροχή, είτε για τον εαυτό του είτε για τρίτον, κατά την άσκηση των επαγγελματικών δραστηριοτήτων αυτού του προσώπου, προκειμένου τούτο να τελέσει ή να μην τελέσει πράξη κατά παράβαση των καθηκόντων του

2. Με την επιφύλαξη του άρθρου 4 παράγραφος 2, κάθε κράτος μέλος λαμβάνει τα αναγκαία μέτρα προκειμένου να εξασφαλίσει ότι οι πράξεις που ορίζονται στην παράγραφο 1, συνιστούν ποινικό αδίκημα. Τα μέτρα αυτά καλύπτουν τουλάχιστον τις πράξεις οι οποίες συνεπάγονται, ή θα μπορούσαν να συνεπάγονται, τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, τουλάχιστον στην κοινή αγορά και οι οποίες προξενούν, ή θα μπορούσαν να προξενήσουν, οικονομική ζημία σε τρίτους με τη μη προσήκουσα ανάθεση ή τη μη προσήκουσα εκτέλεση σύμβασης.»

Το λεξικό της Νέας Ελληνικής γλώσσας του Γ. Μπαμπινιώτη δίνει την εξής ερμηνεία στη λέξη δωροδοκία:

«Δωροδοκία: (η) [αρχ.]/{δωροδοκιών} /αξιοποίη πράξη την οποία τελεί κάποιος (π.χ. υπάλληλος) που απαιτεί ή δέχεται ή προσφέρεται να δεχθεί δώρα ή άλλα ανταλλάγματα (τα οποία δεν δικαιούνται) ή την υπόσχεση δώρων ή ανταλλαγμάτων για ενέργεια ή παράλειψή του μελλοντική ή ήδη τελειωμένη, η οποία είναι αντίθετη στα καθήκοντα του ή ανάγεται στην υπηρεσία του, καθώς και όποιος δίνει ή προσφέρει ή υπόσχεται τέτοια δώρα ή άλλα ανταλλάγματα Συν. εξαγορά, (λαϊκ) λάδωμα ANT. Δωροληψία.»

Από τα πιο πάνω, το άρθρο 100(α) του Ποινικού Κώδικα και από τις αναλυτικές αναφορές της απόφασης του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014 στις οποίες γίνεται αναφορά στους Αιτητές και στις οποίες στηρίχτηκε η Αναθέτουσα Αρχή (χωρίς να αποφασίζουμε αν αποτελούν πραγματικό γεγονός όπως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή ή όχι) για να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών, καταδεικνύεται ότι εννοιολογικά οι όροι δεκασμός και χρηματισμός που χρησιμοποίησε η Αναθέτουσα Αρχή καθώς και οι πράξεις που αναφέρονται στην απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου και αφορούν τους Αιτητές, εμπεριέχονται στην έννοια δωροδοκία του άρθρου 51(1) (β) του Ν.12(I)/2006.

Το άρθρο 51(3) του Ν.12(I)/2006 προνοεί τα πιο κάτω:

«Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (1) και τις παραγράφους (α), (β), (γ), (ε) και (στ) του εδαφίου (2)

(α) αναφορικά με το εδάφιο (1) και στις παραγράφους (α), (β) και (γ) του εδαφίου (2), την προσκόμιση αποσπάσματος ποινικού μητρώου ή, ελλείψει

αυτού, ισοδύναμου εγγράφου που εκδίδεται από την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή της χώρας καταγωγής ή προέλευσης του προσώπου αυτού, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις·

(β) αναφορικά με τις παραγράφους (ε) και (στ) του εδαφίου (2), πιστοποιητικό εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους μέλους:

Νοείται ότι, σε περίπτωση που το οικείο κράτος δεν εκδίδει έγγραφο ή πιστοποιητικό ή σε περίπτωση που το έγγραφο ή πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (1) και τις παραγράφους (α), (β) και (γ) του εδαφίου (2), αυτό δύναται να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση του ενδιαφερόμενου ή, στα κράτη μέλη όπου δεν προβλέπεται η ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού οργανισμού του κράτους καταγωγής ή προέλευσης.»

Από το λεκτικό των άρθρων 51(1)(β) και 51(3) προκύπτει το συμπέρασμα ότι οι Αναθέτουσες Αρχές είναι υποχρεωμένες να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, υποψήφιο ή προσφέροντα για λόγους δωροδοκίας, που όπως έχουμε προαναφέρει εμπεριέχει και τις έννοιες του δεκασμού και χρηματισμού, με την προϋπόθεση να υπάρχει εις βάρος του οριστική καταδικαστική απόφαση και οι Αναθέτουσες Αρχές δέχονται την προσκόμιση ποινικού μητρώου, ως επαρκή απόδειξη ότι ένας οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σ' αυτή την περίπτωση.

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν προχώρησε στον αποκλεισμό τους στη βάση του άρθρου 51(1)(β) του Ν.12(Ι)/2006, ήτοι την δωροδοκία. Ούτε βεβαίως θα

μπορούσε, αφού δεν υπάρχει τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση εναντίον τους.

Το ερώτημα που γεννάται είναι αν για ένα λόγο, όπως είναι η δωροδοκία, που ρητά αναφέρεται στο Νόμο ότι επιφέρει αποκλεισμό με την προϋπόθεση της οριστικής καταδικαστικής απόφασης και για τον οποίο προβλέπεται ότι η προσκόμιση ποινικού μητρώου από τους Οικονομικούς Φορείς είναι επαρκής απόδειξη ότι δεν εμπίπτουν σ' αυτό το λόγο απόρριψης, οι Αναθέτουσες Αρχές έχουν την δυνατότητα να τον απορρίψουν για τον ίδιο λόγο στη βάση ενός άλλου όρου, ήτοι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Έχουμε την άποψη ότι κάτι τέτοιο είναι ανεπίτρεπτο. Ο νομοθέτης έθεσε ρητά τις περιπτώσεις που αποκλείεται ή δύναται να αποκλείεται ένας οικονομικός φορέας από συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση και κάτω από ποιες προϋποθέσεις. Μια από αυτές τις περιπτώσεις είναι η δωροδοκία υπό την προϋπόθεση της τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης. Ως μέσο απόδειξης ότι δεν εμπίπτουν σε αυτό το λόγο αποκλεισμού καλούνται οι οικονομικοί φορείς όπως προσκομίσουν ποινικό μητρώο, βάσει του οποίου οι Αναθέτουσες Αρχές καλούνται να κρίνουν την εγκυρότητα τους.

Θεωρούμε ότι, η προϋπόθεση της τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης που ενυπάρχει σε ένα συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού, δεν μπορεί να παραμεριστεί

όταν η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται τον ίδιο λόγο αποκλεισμού (ίδιο αιτιολογικό) απλώς και μόνο επειδή τον ενέταξε σε ένα άλλο πιο γενικό όρο, ήτοι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Η ύπαρξη τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης είναι καταλυτικής σημασίας για τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού.

Με την θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η προσφορά ενός οικονομικού φορέα μπορεί να απορριφθεί γιατί υπήρξε χρηματισμός/δεκασμός/δωροδοκία στη βάση του άρθρου 51(2)(δ) χωρίς να υπάρχει τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση, τότε, ο όρος «επαγγελματικό παράπτωμα» θα αποκτούσε τόσο ευρεία έννοια που θα υπερκάλυπτε όλα τα στοιχεία των άρθρων 51(1) και 51(2), αγνοώντας τις προϋποθέσεις που τίθενται σ' αυτά τα άρθρα και τους όρους που τίθενται στο άρθρο 51(3) του Ν.12(Ι)/2006. Ειδικότερα για το θέμα του χρηματισμού ή/και δεκασμού ή/και δωροδοκίας που είναι και ο λόγος αποκλεισμού των Αιτητών, με την θέση που προβάλλει η Αναθέτουσα Αρχή, ακόμη και αθωωτική απόφαση από Δικαστήριο να υπήρχε (στην παρούσα υπόθεση ούτε καν έχουν κατηγορηθεί), η Αναθέτουσα Αρχή θα είχε το δικαίωμα να παρακάμψει την απόφαση του Δικαστηρίου και να τον αποκλείσει στη βάση του όρου περί επαγγελματικού παραπτώματος, στηριζόμενη σε κάποια γεγονότα που καταγράφονται στην αθωωτική απόφαση του δικαστηρίου. Κάτι τέτοιο θα ερχόταν σε αντίθεση με τα όσα λέχθηκαν στην απόφαση *Κυριακίδης κ.ά. ν. Δημοκρατίας (1997) 3 Α.Α.Δ. 485*. Συγκεκριμένα

η πλήρης ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην εν λόγω απόφαση σημείωσε:

«Το σύνταγμα καθιστά τη Δικαιοσύνη το μόνο κριτή της ποινικής ευθύνης ατόμου το οποίο κατηγορείται για τη διάπραξη εγκλήματος και των γεγονότων που στοιχειοθετούν το έγκλημα. Απαλλαγή από αρμόδιο δικαστήριο για τη διάπραξη αδικήματος επισφραγίζει το τεκμήριο της αθωότητας και το καθιστά αδιάσειστο. Οποιαδήποτε άλλη θέση θα υπέσκαπτε το θεμελιώδες αυτό δικαίωμα του ανθρώπου και θα διάνοιγε τη θύρα για την κρίση αξιόποινων πράξεων από αρχή άλλη από τη Δικαιοσύνη. Το τεκμήριο της αθωότητας, το οποίο κατοχυρώνεται στο Άρθρο 12.4 του Συντάγματος, έχει προέλευση το άρθρο 6(2) της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την Προστασία των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, η οποία επίσης αποτελεί αναπόσπαστο μέρος του Κυπριακού δικαίου. (βλ. Κυρωτικό Νόμο 39/92). Το Τεκμήριο της αθωότητας θεωρείται βασικό εχέγγυο της ελευθερίας και υπόστασης του ανθρώπου, τόσο κατά το Αγγλικό όσο και το Ηπειρωτικό δίκαιο. Θεώρηση της νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αποκαλύπτει ότι δεν χωρεί κανένας συμβιβασμός ούτε παρέκκλιση από το δικαίωμα που εξασφαλίζει το άρθρο 6(2) της Ευρωπαϊκής Σύμβασης. Το τεκμήριο της αθωότητας εμπεριέχει και την ελευθερία κατά της αυτοενοχοποίησης. (βλ. Funke v. France Series A, 265- A [1993] και την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων στη Saunders v. U:K: No.19187/91[1994] Com. Rep. 69-75.) Ανάλογη υπήρξε και η προσέγγιση του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Κύπρου επί του ιδίου θέματος. «βλ. Πρόεδρος της Δημοκρατίας v. Βουλής Αντ. (Αρ.1) (1994) 3 Α.Α.Δ. 1) Μετά την αθώωση του κατηγορουμένου από αρμόδιο Δικαστήριο, το τεκμήριο της αθωότητας καθίσταται ακλόνητο. Καμιά αρχή ή σώμα δεν μπορεί να αποδώσει τη διάπραξη αξιόποινης πράξης στον απαλλαγέντα ή ακόμα να διατυπώσει υπόνοιες για την ενοχή του. Η θέση αυτή αποτελεί συνέπεια του τεκμηρίου της αθωότητας, όπως τονίζεται στην Krause v. Switzerland No. 7986/77, 13 DR 73 [1978]. Το τεκμήριο της αθωότητας έχει καθολική εφαρμογή. Απαγορεύεται σε δημόσια αρχή να αποδώσει εγκληματική πράξη σε οποιοδήποτε εκτός σε καταδικασθέντα από αρμόδιο δικαστήριο. Το

ακόλουθο απόσπασμα, από την Krause, είναι χαρακτηριστικό της απαγόρευσης:

“It is a fundamental principle embodied in this Article which protects everybody against being treated by public officials as being guilty of an offence before this is established according to law by a competent court. Article 6, paragraph 2, therefore, may be violated by public officials if they declare that somebody is responsible for criminal acts without a court having found so.”

(Ελληνική μετάφραση – ελεύθερη.)

(“Αποτελεί θεμελιώδη αρχή η οποία ενσωματώνεται σ’ αυτό το άρθρο το οποίο προστατεύει τον καθένα από του να τυγχάνει μεταχείρισης από δημόσιους λειτουργούς ως ένοχος αδικήματος πριν αυτό καταδειχθεί σύμφωνα με το νόμο ενώπιον αρμοδίου δικαστηρίου. Το άρθρο 6, παράγραφος 2, μπορεί επομένως να παραβιαστεί από δημόσιους λειτουργούς οποτεδήποτε δηλώνουν ότι κάποιος είναι υπεύθυνος για αξιόποινη πράξεις χωρίς το δικαστήριο να έχει διαπιστώσει τούτο ως γεγονός.”)

Η βασική απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, διαφωτιστική ως προς το εύρος και τις συνέπειες του τεκμηρίου της αθωότητας, είναι η Minelli v. Switzerland, Series A 62 [1983] στην οποία διακηρύχθηκε ότι:

“... the presumption of innocence will be violated if, without the accused’s having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding; It suffices that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty.”

(Ελληνική μετάφραση – ελεύθερη.)

(“... Το τεκμήριο της αθωότητας παραβιάζεται εάν, χωρίς ο κατηγορούμενος να έχει προηγουμένως κριθεί ένοχος σύμφωνα με το νόμο και συγκεκριμένα χωρίς να του έχει παρασχεθεί η ευκαιρία άσκησης των δικαιωμάτων της υπεράσπισης, δικαστική απόφαση η οποία τον αφορά κατοπτρίζει άποψη ότι είναι ένοχος. Αυτή μπορεί να είναι η περίπτωση ακόμα και στην απουσία οποιουδήποτε τυπικού ευρήματος αρκεί να υπάρχει έστω και κάποιο αιτιολογικό το οποίο υποδηλώνει ότι το Δικαστήριο θεωρεί τον κατηγορούμενο ένοχο.”)»

Έγινε προσπάθεια εκ μέρους της εκπροσώπου της Αναθέτουσας Αρχής να διαχωρίσει τις συγκεκριμένες πράξεις και συμπεριφορά των Αιτητών για τα οποία τους απέκλεισε από το όποιο ποινικό αδίκημα. Χαρακτηριστικά η εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία ανέφερε:

«Αναφέρθηκε στην γραπτή μας αγόρευση σε ορισμένες περιπτώσεις τις οποίες έχει επισημάνει η κ. Κουντουρή ότι ήταν μια ποινικά κολάσιμη πράξη, ότι η συμπεριφορά τους ήταν πράξη που είχε ποινικό αδίκημα. Ναι το ένα δεν αναιρεί το άλλο. Το ότι αναφέραμε ότι η συμπεριφορά αυτή ενδεχομένως να συνιστά και ποινικό αδίκημα και να είναι και ποινικά κολάσιμη δεν αναιρεί το γεγονός ότι αποτελεί και σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Η Αναθέτουσα Αρχή σε καμία περίπτωση δεν ήρθε να πει αποκλείω από τον διαγωνισμό τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς διότι έχουν διαπράξει ποινικό αδίκημα απλώς ήταν μια αναφορά των δικηγόρων της Αναθέτουσας Αρχής στην γραπτή τους αγόρευση ότι παρεμπιπτόντως αυτή η συμπεριφορά είναι και ποινικά κολάσιμη γιατί είναι όντως βάσει του άρθρου 100 (α) και (β) και δεν έχει σημασία ποιος δίνει και ποιος παίρνει. Εδώ δεν πάμε για ποινικό αδίκημα και να επιχειρηματολογήσουμε εάν είναι το α ή το β. Ναι καταδικάστηκαν για το α ότι πήραν και δεν τέθηκε θέμα για το β. Δεν δικάζεται το συγκεκριμένο του ποινικού κώδικα. Εσείς ενώπιον σας θα έχετε μόνο να κρίνετε εάν η απόφαση που έλαβε η Αναθέτουσα Αρχή ότι η συμπεριφορά αυτή η

παραδεκτή συμπεριφορά στην μια περίπτωση άμεσα και στην άλλη έμμεσα αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.»

Αυτή η θέση δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή. Το όποιο αδίκημα ή παράπτωμα δεν είναι ασύνδετο με τις πράξεις. Αντίθετα, το όποιο αδίκημα ή παράπτωμα είναι συνέπεια των πράξεων ή παραλείψεων και συμπεριφορών του κάθε κατηγορούμενου ή Οικονομικού Φορέα. Στην προκειμένη υπόθεση οι Αιτητές απορρίφθηκαν στην βάση του άρθρου 51(2)(δ), ότι δηλαδή διέπραξαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, με το αιτιολογικό ότι προέβησαν στην πράξη του χρηματισμού / δεκασμού. Ότι, όπως ανέφερε η εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής, *«κατέβαλαν χρήματα στους κατηγορούμενους για να τους γίνει μια διευκόλυνση παρανόμως»*. Είναι αυτήν την πράξη που απόδωσε στους Αιτητές η Αναθέτουσα Αρχή και είναι για αυτή τη πράξη που η Αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε ότι *«είναι και ποινικά κολάσιμη»*. Η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση **Κυριακίδης κ.ά. ν. Δημοκρατίας (1997) 3 Α.Α.Δ. 485** είναι ενδεικτική των ορίων μέσα στα οποία η Διοίκηση επιτρέπεται να κινείται, όρια τα οποία η Αναθέτουσα Αρχή έχει υπερβεί.

Συνεπώς, με βάση όλα τα πιο πάνω, κρίνουμε ότι οι πράξεις του χρηματισμού ή/και δεκασμού ή/και δωροδοκίας ή/και πράξεις που υποδηλούν τις προαναφερθείσες έννοιες δεν μπορούν να υπαχθούν υπό το άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006, ήτοι το *«σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα»*.

Υπάρχει ένας περαιτέρω λόγος για τον οποίο κρίνουμε τον αποκλεισμό των Αιτητών παράνομο. Η Οδηγία 2004/18/EK με τίτλο «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών» στο άρθρο 45 που είναι το αντίστοιχο του άρθρου 51 του Ν.12(Ι)/2006 προβλέπει τα ακόλουθα:

«Τμήμα, Κριτήρια ποιοτικής επιλογής, Άρθρο 45, Προσωπική κατάσταση του υποψηφίου ή του προσφέροντος

1. Αποκλείεται της συμμετοχής σε δημόσια σύμβαση, ο υποψήφιος ή προσφέρων, εις βάρος του οποίου υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση, γνωστή στην αναθέτουσα αρχή, για έναν ή περισσότερους από τους λόγους που απαριθμούνται κατωτέρω:

α) ...

β) δωροδοκία, όπως αυτή ορίζεται αντίστοιχα στο άρθρο 3 της πράξης του Συμβουλίου της 26ης Μαΐου 1997 (2) και στο άρθρο 3 παράγραφος 1 της κοινής δράσης 98/742/ΚΕΠΠΑ του Συμβουλίου.

γ) ...

δ) ...

Τα κράτη μέλη καθορίζουν, σύμφωνα με το εθνικό τους δίκαιο και υπό την επιφύλαξη του κοινοτικού δικαίου, τους όρους εφαρμογής της παρούσας παραγράφου.

Μπορούν να προβλέπουν παρέκκλιση από την υποχρέωση του πρώτου εδαφίου για επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος.

Για τους σκοπούς της εφαρμογής της παρούσας παραγράφου, οι αναθέτουσες αρχές, οσάκις απαιτείται, ζητούν από τους υποψηφίους ή τους

προσφέροντες να υποβάλλουν τα έγγραφα που αναφέρονται στην παράγραφο 3 και μπορούν, εφόσον αμφιβάλλουν ως προς την προσωπική κατάσταση των εν λόγω υποψηφίων/ προσφερόντων, να απευθύνονται στις αρμόδιες αρχές για να λάβουν τις πληροφορίες που θεωρούν απαραίτητες για την προσωπική κατάσταση των υποψηφίων ή των προσφερόντων.

2. Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν:

α) τελεί υπό πτώχευση, εκκαθάριση, παύση δραστηριοτήτων, ...

β) έχει κινηθεί εναντίον του διαδικασία κήρυξης σε πτώχευση, ...

γ) έχει καταδικασθεί βάσει απόφασης που έχει ισχύ δεδικασμένου, σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις της χώρας, και η οποία διαπιστώνει αδίκημα σχετικό με την επαγγελματική του διαγωγή.

δ) έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές.

ε) δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ...

στ) δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την πληρωμή των φόρων και τελών ...

ζ) είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ...

Τα κράτη μέλη καθορίζουν, σύμφωνα με το εθνικό τους δίκαιο και τηρουμένου του κοινοτικού δικαίου, τους όρους εφαρμογής της παρούσας παραγράφου².

² «Member States shall specify, in accordance with their national law and having regard for Community law, the implementing conditions for this paragraph.»

3. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 και στην παράγραφο 2 σημεία α), β), γ), ε) και στ):

α) για την παράγραφο 1 και την παράγραφο 2 σημεία α), β) και γ), την προσκόμιση αποσπάσματος ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου που εκδίδεται από την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή της χώρας καταγωγής ή προέλευσης του προσώπου αυτού, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις.»

β) για την παράγραφο 2 σημεία ε) ή στ), πιστοποιητικό εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους μέλους.

...

4. Τα κράτη μέλη ορίζουν τις αρχές και τους οργανισμούς που είναι αρμόδιοι για την έκδοση των εγγράφων, πιστοποιητικών ή δηλώσεων που αναφέρονται στην παράγραφο 3 και ενημερώνουν την Επιτροπή. Η ανακοίνωση αυτή δεν θίγει το ισχύον δίκαιο σε ζητήματα προστασίας των δεδομένων.»

Το ΔΕΕ στην υπόθεση με αριθμό C-465/11, **Forposta SA, AB Direct contact sp zoo. v. Poczta Polska SA**, απόφαση ημερ. 12.2.2012 στις σκέψεις 22-26 και 35

«22. Με το ερώτημα αυτό, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, εάν το άρθρο 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ, της οδηγίας 2004/18 έχει την έννοια ότι απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι υφίσταται σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο επιφέρει αυτόματο αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη σε εξέλιξη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, στην περίπτωση που, λόγω περιστάσεων για τις οποίες ευθύνεται ο οικονομικός φορέας, η αναθέτουσα αρχή έχει λύσει ή καταγγείλει προηγούμενη δημόσια σύμβαση που έχει συνάψει με τον εν λόγω οικονομικό φορέα ή έχει υπαναχωρήσει από αυτήν, εάν η λύση ή η καταγγελία της συμβάσεως ή η υπαναχώρηση έλαβε χώρα εντός περιόδου τριών ετών πριν από την έναρξη της διαδικασίας σε εξέλιξη και η αξία του μέρους της συμβάσεως που δεν εκτελέστηκε ανέρχεται τουλάχιστον στο 5 % της συνολικής αξίας της συμβάσεως αυτής.

23. Λαμβανομένων υπόψη ορισμένων παρατηρήσεων που διατύπωσε η Πολωνική Κυβέρνηση κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, κατά τις οποίες περίπτωση όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, η οποία εμπίπτει καθ' ύλη στην οδηγία 2004/17, πρέπει να εκτιμηθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο της οδηγίας αυτής, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι, σύμφωνα με τις διαπιστώσεις του αιτούντος δικαστηρίου, ο εθνικός νομοθέτης επισήμανε, κατά τη θέσπιση του άρθρου 24, παράγραφος 1, σημείο 1α, του νόμου περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, κατ' εφαρμογή του οποίου οι συγκεκριμένες εταιρίες αποκλείστηκαν από τη διαδικασία αναθέσεως, ότι στηρίχθηκε στο άρθρο 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ', της οδηγίας 2004/18. Εξάλλου, στο εν λόγω άρθρο 45 παραπέμπουν ρητώς τα άρθρα 53, παράγραφος 3, και 54, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/17.

24. Επομένως, η Δημοκρατία της Πολωνίας έκανε χρήση της δυνατότητας που της παρέχουν οι εν λόγω διατάξεις της οδηγίας 2004/17 και ενσωμάτωσε στην εθνική νομοθεσία τον λόγο αποκλεισμού που προβλέπεται στο άρθρο 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ', της οδηγίας 2004/18.

25. Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το άρθρο 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ', της οδηγίας 2004/18, σε αντίθεση με τις διατάξεις που αφορούν τους λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στο ίδιο εδάφιο, στοιχεία α', β', ε' και στ', του άρθρου αυτού, δεν παραπέμπει στις εθνικές νομοθετικές διατάξεις, αλλά το δεύτερο εδάφιο της ίδιας παραγράφου 2 ορίζει ότι τα κράτη μέλη καθορίζουν, σύμφωνα με το εθνικό τους δίκαιο και τηρουμένου του δικαίου της Ένωσης, τους όρους εφαρμογής της παρούσας παραγράφου.

26. Επομένως, οι έννοιες «σοβαρό» «επαγγελματικό» «παράπτωμα» που διέπραξε, του εν λόγω άρθρου 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ', μπορούν να διευκρινιστούν και να διατυπωθούν λεπτομερέστερα στο εθνικό δίκαιο, τηρουμένου, ωστόσο, του δικαίου της Ένωσης³.

....

35. Επομένως, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη ρύθμιση δεν περιορίζεται στο να οριοθετήσει το γενικό πλαίσιο εφαρμογής

³ Consequently, the concepts of 'professional' 'grave' 'misconduct', in point (d) of the first subparagraph of Article 45(2) can be specified and explained in national law, provided that it has regard for EU law.

του άρθρου 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ, της οδηγίας 2004/18, αλλά επιβάλλει συναφώς στις αναθέτουσες αρχές υποχρεωτικές προϋποθέσεις και συνέπειες που επέρχονται αυτομάτως σε ορισμένες περιπτώσεις, καθ' υπέρβαση του περιθωρίου εκτιμήσεως που διαθέτουν τα κράτη μέλη, δυνάμει του άρθρου 45, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας αυτής, όσον αφορά την αποσαφήνιση των όρων εφαρμογής του λόγου αποκλεισμού που προβλέπεται στην ίδια παράγραφο 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ, αυτού του άρθρου τηρουμένου του δικαίου της Ένωσης».

Από τα πιο πάνω προκύπτει ότι τα Κράτη Μέλη καθορίζουν, σύμφωνα με το Εθνικό τους Δίκαιο και τηρουμένου του δικαίου της Ένωσης, τους όρους εφαρμογής του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK, και μπορούν να διευκρινίσουν και να διατυπώσουν λεπτομερέστερα τις έννοιες «σοβαρό» «επαγγελματικό» «παράπτωμα».

Το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 45 με την αναφορά «Για τους σκοπούς της εφαρμογής της παρούσας παραγράφου, οι αναθέτουσες αρχές, οσάκις απαιτείται, ζητούν από τους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να υποβάλλουν τα έγγραφα που αναφέρονται στην παράγραφο 3 [...]» παραπέμπει στην παράγραφο 3. Στην παράγραφο 3, τόσο της Οδηγίας όσο και του Εθνικού Νόμου, καταγράφεται τι γίνεται αποδεκτό από τις αναθέτουσες αρχές ότι οι οικονομικοί φορείς δεν εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 1 και των στοιχείων α, β, γ, ε και στ της παραγράφου 2. Για το δ γίνεται πρόνοια στους όρους του διαγωνισμού η υποβολή «υπεύθυνης δήλωσης» από τους Οικονομικούς Φορείς που συμμετέχουν στον διαγωνισμό.

Η Αναθέτουσα Αρχή έκανε εκτενή αναφορά στην υπόθεση *Forposta SA, AB Direct contact sp zoo. v. Poczta Polska SA*. Εκεί το Δικαστήριο κλήθηκε να ερμηνεύσει αν υπό την έννοια ότι σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υφίσταται όταν η Αναθέτουσα Αρχή έχει λύσει ή καταγγείλει σύμβαση ή έχει υπαναχωρήσει από σύμβαση την οποία έχει συνάψει με οικονομικό φορέα λόγω περιστάσεων για τις οποίες ευθύνεται ο οικονομικός φορέας, εφόσον η λύση ή η καταγγελία της σύμβασης ή η υπαναχώρηση από τη σύμβαση έλαβε χώρα εντός περιόδου τριών ετών από την έναρξη διαδικασίας αναθέσεως, άρθρο το οποίο εισήγαγε στο Εθνικό της Δίκαιο η Πολωνία και για τον οποίο το ΔΕΕ ανέφερε ότι δια μέσου του έκανε χρήση του λόγου αποκλεισμού που προβλέπεται στο άρθρο 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18 (σκέψεις 23, 24).

Συνεχίζοντας, το ΔΕΕ οριοθέτησε την έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος, για να καταλήξει ότι η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί κατ' αρχή να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα.

Με την απόφαση του στην υπόθεση *Forposta* το ΔΕΕ ερμήνευσε την έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος μέσα από την οποία τα κράτη μέλη έχουν την δυνατότητα που τους παρέχει η οδηγία να κάνουν χρήση του άρθρου 45(2)(δ) καθορίζοντας τους όρους εφαρμογής του.

Δεν έχουμε εντοπίσει, ούτε μας παρέπεμψε η Αναθέτουσα Αρχή σε άρθρο του Εθνικού μας Δικαίου που να καθορίζει τους όρους εφαρμογής του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK, που είναι το αντίστοιχο άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12(I)/2006, στη βάση του οποίου αποκλείστηκαν οι Αιτητές.

Συνεπώς κρίνουμε ότι εφόσον δεν έχουν διευκρινιστεί ούτε διατυπωθεί λεπτομερέστερα στο εθνικό μας δίκαιο (όπως ακριβώς σημειώνει η σκέψη 26 στην υπόθεση *Forposta*) δεν παρέχεται η δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να αποκλείσει οικονομικό φορέα στην βάση του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(I)/2006, ήτοι την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Οι Αιτητές, τόσο στην γραπτή τους αγόρευση όσο και κατά την ακρόαση, υποστήριξαν ότι υπάρχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της χρηστής διοίκησης.

Ανέφεραν ότι η ίδια Αναθέτουσα Αρχή εναντίον της οποίας προσφεύγουν με την παρούσα, έχει κατακυρώσει και υπογράψει στις 15.5.2015 δύο συμβάσεις που αφορούν το διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 15/2013, με την Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. J.V.» στην οποία μεταξύ άλλων συμμετέχουν οι εταιρείες Loizos Iordanou Constructions Ltd και Medcon Constructions Ltd, εταιρείες οι οποίες στον παρόντα διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 10/2013 αποκλείστηκαν διότι κρίθηκε

ότι διέπραξαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, με αποτέλεσμα η κοινοπραξία στην οποία συμμετέχουν να αποκλειστεί.

Η Αναθέτουσα Αρχή, απορρίπτοντας τον πιο πάνω ισχυρισμό, ανέφερε ότι υπό κρίση δεν είναι ο διαγωνισμός με αρ. ΤΑΥ 15/2013 αλλά ο διαγωνισμός με αρ. ΤΑΥ 10/2013, συνεπώς δεν είναι δυνατό και δεν πρέπει να εξεταστεί οτιδήποτε άλλο πέραν από τη νομιμότητα του επίδικου διαγωνισμού.

Πέραν τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι στα πλαίσια του διαγωνισμού με αρ. ΤΑΥ 15/2013 τηρήθηκε ακριβώς η ίδια διαδικασία, δηλαδή ζητήθηκε γνωμάτευση από τον Γενικό Εισαγγελέα για την οποία ελήφθη η ίδια κοινή απάντηση. Υπήρξε όμως διαφορετική κατάληξη και, στη βάση της διακριτικής ευχέρειας που δίδει η νομοθεσία, η Αναθέτουσα Αρχή λαμβάνοντας υπόψη όλα τα λοιπά στοιχεία έκρινε και αποφάσισε ότι στην περίπτωση αυτή δεν έπρεπε να αποκλειστούν.

Περαιτέρω διευκρίνισε η Αναθέτουσα Αρχή, ότι η Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. J.V.» ήταν η μοναδική έγκυρη προσφορά, ο διαγωνισμός θα ακυρώνετο σε περίπτωση αποκλεισμού της Κοινοπραξίας με συνέπειες για το Δημόσιο, οικονομικές, περιβαλλοντικές και υγιεινής. Συνεπώς για λόγους δημοσίου συμφέροντος αποφασίστηκε η κατακύρωση στην Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. J.V.».

Πιο συγκεκριμένα, αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή, η Κυπριακή Δημοκρατία θα υφίστατο απώλεια συγχρηματοδότησης ύψους €3.272.500, ενώ ποσό ύψους €204.992 που είχε εκταμιευθεί θα έπρεπε να επιστραφεί. (βλ. σελ. 32-33 Γραπτής Αγόρευσης Αναθέτουσας Αρχής).

Σχετικά με την Αρχή της Ισότητας αναφέρουμε τα πιο κάτω από την υπόθεση **Fabricom S.A**, Σκέψη 27, C-21/03 και C-34/03.

«27 Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός εάν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς»

Από το «Εγχειρίδιο Κυπριακού Διοικητικού Δικαίου» του Νίκου Χαραλάμπους παραθέτουμε το εξής:

«Η αρχή της ίσης μεταχείρισης παραβιάζεται όταν η διοίκηση αποφασίζει για μια περίπτωση κατά τρόπο διαφορετικό από εκείνο που αποφάσισε στο παρελθόν σε παρόμοια περίπτωση, αλλά είναι επιτρεπτό στη διοίκηση να χρησιμοποιήσει τη διακριτική της εξουσία κατά διαφορετικό τρόπο από εκείνο που ακολούθησε στο παρελθόν σε παρόμοιες περιπτώσεις, αν αποφασίσει να αλλάξει τακτική ως προς τον τρόπο άσκησης της διακριτικής της εξουσίας. Στην περίπτωση όπως αυτή η διοίκηση πρέπει να δώσει ειδική αιτιολογία για την απόφαση της να αλλάξει τακτική.»

Από τον Νόμο 158(I)/1999, άρθρο 38, παραθέτουμε το εξής:

«38. (1) Η αρχή της ισότητας των πολιτών επιβάλλει στη διοίκηση την, κατά την άσκηση της διακριτικής της εξουσίας, ίση ή ομοιόμορφη μεταχείριση όλων των πολιτών που τελούν υπό τις ίδιες ή παρόμοιες συνθήκες.

(2) *Η αρχή της ίσης μεταχείρισης παραβιάζεται, όταν η διοίκηση αποφασίζει σε μια περίπτωση με τρόπο διαφορετικό από αυτόν με τον οποίο αποφάσισε στο παρελθόν σε άλλη παρόμοια περίπτωση, εκτός αν έχει αποφασίσει να αλλάξει τακτική ως προς τον τρόπο άσκησης της διακριτικής της εξουσίας. Στην περίπτωση αυτή η διοίκηση πρέπει να δώσει ειδική αιτιολογία για την απόφαση της να αλλάξει τακτική.»*

Παρά το γεγονός ότι πρόκειται για δύο ξεχωριστούς διαγωνισμούς και σίγουρα εδώ δεν εξετάζεται ο διαγωνισμός με αρ. ΤΑΥ 15/2013, δεν μπορεί να αγνοηθεί ότι πρόκειται για «παρόμοιες περιπτώσεις» οι οποίες, κάτω από το ιδίομορφο και πρωτόγνωρο περιβάλλον της όλης υπόθεσης, δεν μπορεί παρά να προκαλέσουν προβληματισμό αναφορικά με τον χειρισμό της Αναθέτουσας Αρχής.

Στο διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 15/2013 η Αναθέτουσα Αρχή, κύρια για λόγους δημοσίου συμφέροντος κατακύρωσε την προσφορά στην κοινοπραξία «N.I.M.E.E. J.V.». Ο διαγωνισμός αυτός αφορούσε «*Σχεδιασμό, Κατασκευή και Λειτουργία για 10 χρόνια του Σταθμού Επεξεργασίας Οικιακών βοθρολυμάτων, βιομηχανικών αποβλήτων, περίσσειας υγρής λάσπης και στραγγισμάτων στη περιοχή Βατί*». Η υπογραφή των σχετικών συμβάσεων έγινε στις 15.5.2015.

Στον διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 10/2013 δύο οικονομικοί φορείς που συμμετείχαν στην Κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E. J.V.» κρίθηκαν ότι διέπραξαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι η κοινοπραξία έπρεπε να αποκλειστεί, σε αντίθεση με τον διαγωνισμό αρ. ΤΑΥ 15/2013, όπου

για τους ίδιους η ίδια Αναθέτουσα Αρχή για λόγους δημοσίου συμφέροντος, έκανε το αντίθετο.

Επαναλαμβάνουμε ότι δεν κρίνεται η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής στον διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 15/2013, αλλά μας απασχολεί η αλλαγή στάσης της Αναθέτουσας Αρχής στον υπό κρίση διαγωνισμό σε σχέση με τη στάση που τήρησε στο διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 15/2013.

Είναι γεγονός ότι στον διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 15/2013 υπήρχε μόνο ένας έγκυρος προσφοροδότης και τυχόν αποκλεισμός του, θα οδηγούσε σε ακύρωση του διαγωνισμού. Στην βάση αυτού του σκεπτικού προχώρησε η Αναθέτουσα Αρχή στην κατακύρωση του διαγωνισμού στην Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. J.V.»

Ποιά ήταν όμως τα δεδομένα του υπό εξέταση διαγωνισμού με αρ. ΤΑΥ 10/2013;

Στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 22.4.2015 καταγράφονται τα πιο κάτω:

«12. Στη συνέχεια το Συμβούλιο ζήτησε να ενημερωθεί αναφορικά με οποιοδήποτε στοιχείο αφορά το συγκεκριμένο διαγωνισμό, το οποίο θα πρέπει να τεθεί υπόψη του πριν αυτό λάβει απόφαση (σελ. 12 πρακτικών).

13. Στο ερώτημα αυτό η Συντονίστρια ανέφερε τα ακόλουθα για το συγκεκριμένο έργο. (σελ. 12 πρακτικών).

13.1. Θα εξυπηρετεί τους δήμους Σωτήρας και Δερύνειας και τις κοινότητες Ξυλοφάγου, Ξυλοτύμπου, Ορμήδεια, Άχνα, Αυγόρου, Φρέναρος, Άγιος Γεώργιος Αχερίτου και Λιοπέτρι.

13.2. Προωθείται στο πλαίσιο υλοποίησης του εθνικού προγράμματος εφαρμογής της οδηγίας 91/271/ΕΟΚ για τα αστικά λύματα.

13.3. Είναι συγχρηματοδοτούμενο από το Ταμείο συνοχής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και αποτελεί το πρώτο Μεγάλο Έργο που υποβλήθηκε από την Κυπριακή Δημοκρατία για την Προγραμματική Περίοδο 2007-2013 και εξασφαλίστηκε έγκριση από τα όργανα της Ευρωπαϊκής Ένωσης: 2.8.2012 (CCI 2009CY161PR001).

13.4. Με το κλείσιμο της Προγραμματικής Περιόδου 2007-2013, δηλαδή το Μάρτιο 2017, ο Σταθμός Επεξεργασίας Λυμάτων πρέπει να είναι σε πλήρη λειτουργία.

13.5. Οι επιπτώσεις από μη ολοκλήρωση του σταθμού είναι ότι ολόκληρο το επιλέξιμο ποσό συγχρηματοδότησης, που έχει ανακτηθεί (τόσο για την κατασκευή των δικτύων αλλά και του ΣΕΛ Άχνας), θα πρέπει να επιστραφεί στην ΕΕ.

13.6. Δαπάνες που εκτελούνται μετά τις 31.12.2015 είναι μη επιλέξιμες για συγχρηματοδότηση εντός της τρέχουσας προγραμματικής περιόδου 2007-2013.

13.7. Το έργο έχει δύο φάσεις υλοποίησης. Η πρώτη φάση του έργου, που αφορά την κατασκευή δικτύων συλλογής λυμάτων σε 10 οικισμούς των επαρχιών Αμμοχώστου και Λάρνακας, βρίσκεται σε προχωρημένο στάδιο υλοποίησης με συνολικό κόστος 47,4 εκατ. Ευρώ και επιλέξιμες δαπάνες, έως σήμερα, 38 εκατ. Ευρώ. Η δεύτερη φάση του Έργου αφορά την κατασκευή ενός κοινού σταθμού επεξεργασίας λυμάτων στην Άχνα και δαπάνες για επίβλεψη των κατασκευαστικών εργασιών. Η διάρκεια της σύμβασης του σταθμού επεξεργασίας λυμάτων είναι 670 ημέρες (22 μήνες) με συνολικό κόστος της Β' Φάσης 31,1 εκατ. Ευρώ.

13.8. Κατόπιν οδηγιών του Ενδιάμεσου Φορέα και της ΓΔ ΕΠΣΑ θα προωθηθεί άμεσα αίτημα προς την Ευρωπαϊκή Επιτροπή για διαχωρισμό του Έργου «Αποχετευτικό Σύστημα του Συμπλέγματος Κοκκινοχωριών» σε δύο φάσεις ώστε ολόκληρο το Έργο να τύχει συγχρηματοδότησης. Εάν το αίτημα αυτό δεν εγκριθεί, και δεν προχωρήσει το έργο εντός των

χρονοδιαγραμμάτων, τότε θα πρέπει να επιστραφούν τα ποσά, που εκταμιευτήκαν στην πρώτη φάση. Λόγω των καθυστερήσεων η δεύτερη φάση του έργου θα προωθηθεί για συγχρηματοδότηση εντός της Προγραμματικής Περιόδου 2014 – 2020.

13.9. Σύμφωνα με τις κατευθυντήριες οδηγίες των εκπροσώπων της Γενικής Διεύθυνσης Περιφερειακής Πολιτικής και Αστικής Ανάπτυξης στα πλαίσια της Ετήσιας Συνάντησης Επανεξέτασης (26.01.2015) για την προώθηση και την έγκριση αιτήματος για διαχωρισμό του Έργου σε φάσεις, θα πρέπει να υποβληθούν στην Επιτροπή όλα τα στοιχεία που να καταδεικνύουν στην άμεση κατασκευή και λειτουργία του Σταθμού Επεξεργασίας Λυμάτων Άχνας και να διασφαλίζεται η ένταξη του Έργου στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα της Περιόδου 2014-2020. Ως εκ τούτου, οποιεσδήποτε περαιτέρω αποκλίσεις παρουσιαστούν στην κατακύρωση ή/και υλοποίηση της Σύμβασης ΤΑΥ 10/2013 δυνατό να οδηγήσουν στην οριστική ανάκληση της χρηματοδότησης ολόκληρου του Έργου. Σε μια τέτοια περίπτωση, ολόκληρο το ποσό της συγχρηματοδότησης που έχει ανακτηθεί, θα πρέπει να επιστραφεί στην ΕΕ, εφόσον το τμήμα του Έργου που έχει κατασκευαστεί (Φάση Α') δεν εξυπηρετεί το σκοπό και τους λόγους που επέβαλαν την υλοποίησή του.

Τα πιο πάνω αναφέρθηκαν από την Συντονίστρια της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Το Συμβούλιο Προσφορών στη συνεδρία του στις 22.4.2015, στην παράγραφο 22 αναφέρει. (σελ. 18 πρακτικών):

«22. Το Συμβούλιο εξέτασε τα περιστατικά του συγκεκριμένου διαγωνισμού από τα οποία δεν προκύπτει, πως τυχόν απόρριψη των προσφορών των Προσφερόντων, που το Συμβούλιο διαπίστωσε πως προκαταρκτικά έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, δεν οδηγεί σε ακύρωση του διαγωνισμού. Περαιτέρω σημείωσε τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής, πως τυχόν καθυστερήσεις δυνατόν να οδηγήσουν σε απώλεια της συγχρηματοδότησης του έργου αλλά σημείωσε επίσης, πως αυτό είναι έξω από την ευχέρεια χειρισμού από το Συμβούλιο.»

Δεν υπάρχει άλλη αναφορά στην επόμενη καταληκτική συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.5.2015, η οποία να υποδηλοί ότι

εξετάστηκαν ή απασχόλησαν το Συμβούλιο Προσφορών λόγοι Δημοσίου Συμφέροντος ή λόγοι σχετικοί με την συγχρηματοδότηση του έργου ή τυχόν απώλεια σε κονδύλια ή επιστροφή χρημάτων από ενδεχόμενες καθυστερήσεις όπως η Συντονίστρια είχε δηλώσει (παράγραφος 13.9.).

Σωστά διαπιστώνει ότι δεν τίθεται θέμα ακύρωσης του διαγωνισμού με απόρριψη των προσφορών των συγκεκριμένων προσφοροδοτών, όμως στη συνέχεια αποφεύγει την εξέταση τυχόν απωλειών στη συγχρηματοδότηση του έργου αναφέροντας ότι *«είναι έξω από την ευχέρεια χειρισμού του Συμβουλίου»*.

Όμως λίγες μέρες πριν, στις 15.5.2015, η ίδια Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι λόγοι Δημοσίου Συμφέροντος είναι υπεράνω του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που διέπραξαν οι συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς και προχώρησε στην κατακύρωση του έργου, ασκώντας την διακριτική ευχέρεια που της παρέχει ο νόμος.

Όπως καταγράφεται στα πρακτικά της ενώπιον μας διαδικασίας ημερ.

16.10.2015 η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε:

«Εκεί η Αναθέτουσα Αρχή που τυχάνει να είναι η ίδια Αναθέτουσα Αρχή με την υπό εξέταση υπόθεση έκρινε ότι το δημόσιο συμφέρον εκεί απαιτούσε παρά την διαπίστωση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ότι ήταν υπέρτερο το δημόσιο συμφέρον για να δοθεί και να κατακυρωθεί υπέρ της εκεί Κοινοπραξίας το έργο.»

«Το έργο έπρεπε να γίνει, οι επιπτώσεις στην Κυπριακή Δημοκρατία ήταν τεράστιες, οι ζημιές που θα πάθαινε η Δημοκρατία πάρα πολύ μεγάλες.»

Η άποψη του Συμβουλίου Προσφορών, *«Περαιτέρω σημείωσε τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής, πως τυχόν καθυστερήσεις δυνατό να οδηγήσουν σε απώλεια της συγχρηματοδότησης του έργου, αλλά σημείωσε επίσης, πως αυτό είναι έξω από την ευχέρεια χειρισμού από το Συμβούλιο»*, όπως καταγράφεται στα πρακτικά 22.4.2015, δεν απαλλάσσει το Συμβούλιο από τη δυνατότητα που του παρέχει ο νόμος να εξετάσει αν το διαπιστωθέν, όπως η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται, επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό ή όχι ενός Οικονομικού Φορέα.

Όπως ήδη αναφέρθηκε ο υπό εξέταση διαγωνισμός αφορούσε έργο στην Επαρχία Αμμοχώστου, με εξυπηρέτηση δύο δήμων και οκτώ κοινοτήτων της περιοχής. Η συντονίστρια του έργου προειδοποίησε ότι καθυστερήσεις με απόρριψη του αιτήματος προς την Ευρωπαϊκή Ένωση για διαχωρισμό σε δύο φάσεις όχι μόνο μπορεί να οδηγήσουν στην ανάκληση της συγχρηματοδότησης ολόκληρου του έργου, αλλά και να κληθεί η Κυπριακή Δημοκρατία να επιστρέψει όλο το ποσό της συγχρηματοδότησης που έχει ανακτηθεί (από τα πρακτικά Συμβουλίου Προσφορών, 22.4.2015).

Χωρίς να προβαίνουμε σε λεπτομερή σύγκριση των αριθμητικών δεδομένων και των απωλειών που ενδεχόμενα να υπάρξουν στους δύο διαγωνισμούς, από τα

στοιχεία που καταγράφονται στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών σε σχέση με την αναφορά της Συντονίστριας, αλλά και της αναφοράς που έγινε στην ενώπιον μας διαδικασία για τα δεδομένα του διαγωνισμού με αρ. ΤΑΥ 15/2013, προκύπτει ότι το δημόσιο συμφέρον πλήττεται δυσμενέστερα στον υπό κρίση διαγωνισμό με την απόφασή του να απορρίψει τους Αιτητές.

Είναι γι' αυτό το λόγο που, παρά το γεγονός ότι η προσφυγή κρίνεται από προαναφερθέντα θέματα, έχουμε την πεποίθηση ότι το Συμβούλιο Προσφορών στον υπό κρίση διαγωνισμό έπρεπε να αιτιολογήσει την αλλαγή στη στάση του ως προς τη στάθμιση του δημοσίου συμφέροντος.

Τα πιο πάνω είναι καταλυτικά για την πορεία των Προσφυγών και δεν θα προχωρήσουμε στα άλλα θέματα που εγείρουν οι Αιτητές σε σχέση με τον αποκλεισμό τους. Εντούτοις μας προβληματίσε η εξέταση των λόγων ακυρότητας που προβάλλονται στην Προσφυγή με αρ. 28/2015 και αφορούν την εγκυρότητα της προσφοράς της επιτυχούσας Κοινοπραξίας «*Cybarco Limited – S.K. Euromarket Ltd – Mekel Ltd – Aqwise J.V.*». Υπό τις παρούσες περιστάσεις του παρόντος διαγωνισμού και με δεδομένο ότι εκκρεμεί η Προσφυγή για τον ίδιο διαγωνισμό με αρ. 27/2015, WTE Wassertechnik GmbH v. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, η οποία στρέφεται εναντίον της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού στην επιτυχούσα, κρίνουμε ορθότερο όπως δεν προβούμε στην εξέτασή τους.

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ότι οι Προσφυγές με αρ. 26/2015 και 28/2015 επιτυγχάνουν και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Αντικείμενο των πιο πάνω Προσφυγών είναι η νομιμότητα της απόφασης του Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων («η Αναθέτουσα Αρχή») ημερομηνίας 22.5.2015 με την οποία οι προσφορές των Αιτητών για το Διαγωνισμό ΤΑΥ 10/2013 για «*Design, Built and Operation of the Achna Sewage Treatment Plant and Associated Works*» (ο «διαγωνισμός») αποκλείστηκαν και ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην Κοινοπραξία Cybarco Limited – S.K. Euromarket Ltd – Mekel Ltd – Aqwise J.V. (ο «επιτυχών»). Ο λόγος του αποκλεισμού τους είναι η διάπραξη από αυτούς σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Οι πιο πάνω προσφυγές με τις οποίες προσβάλλεται η ίδια απόφαση και αφορά αποκλεισμό των Αιτητών για τον ίδιο λόγο, κρίθηκε ορθό να συνεκδικαστούν, αφού με αυτές εγείρονται στην ουσία τα ίδια ζητήματα. Τα γεγονότα σε μεγάλο βαθμό όπως παρατίθενται στη συνέχεια αφορούν και τις δύο προσφυγές. Όπου θεωρούμε ότι υπάρχουν διαφορές θα αναφερόμαστε συγκεκριμένα σ' αυτές.

Ο πιο πάνω διαγωνισμός προκηρύχθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή στις 16.7.2013, με ανοικτή διαδικασία μέσω του Ηλεκτρονικού Συστήματος Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων του Γενικού Λογιστηρίου. Για το διαγωνισμό υποβλήθηκαν εννέα (9) προσφορές.

Εναντίον της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού στη χαμηλότερη οικονομική προσφορά που πληρούσε τις απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού, η οποία λήφθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών την 1.7.2014, καταχωρήθηκαν οι προσφυγές 42/2014, 43/2014 και 44/2014. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (Α.Α.Π.) με απόφασή της ημερ. 9.1.2015 στα πλαίσια της προσφυγής 42/2014, ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ ν. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ, η οποία είχε καταχωρηθεί από τους Αιτητές στην Προσφυγή 26/2015 έκρινε ότι ο αποκλεισμός των Αιτητών δεν ήταν νόμιμος και ακύρωσε την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Οι Προσφυγές με αριθμούς 43/2014, WTE WASSERTECHNIK GMBH ν. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ και 44/2014, ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. J.V.» ήτοι των Εταιρειών MILTIADES NEOPHYTOU C.E.C. & D., LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTIONS LTD, MEDCON CONSTRUCTION LTD, ENVICON A.T.E.E., MYBA A.E. ΚΑΙ ERMON A.E.» ν. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ απορρίφθηκαν αφού κατέστησαν χωρίς αντικείμενο στις 10.6.2015 και 28.4.2015 αντίστοιχα.

Στις 9.1.2015 ο δικηγόρος της εταιρείας WTE Wassertechnik GmbH απέστειλε επιστολή με την οποία έθεσε υπόψη της Αναθέτουσας Αρχής δημοσιεύματα στον τύπο σύμφωνα με τα οποία εταιρείες που συμμετέχουν στο διαγωνισμό, φέρονται να έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Το Συμβούλιο Προσφορών στις 22.4.2015, όπως καταγράφεται στο πρακτικό του,

«αφού εξέτασε την εισήγηση του Προϊσταμένου, στη συνεδρία του ημερ. 20.1.2015 ζήτησε όπως η Επιτροπή προβεί σε συμπληρωματική αξιολόγηση και υποβολή συμπληρωματικής έκθεσης μαζί με εισήγηση. Η συμπληρωματική αξιολόγηση θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη το περιεχόμενο και να συμμορφώνεται με τις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στις Προσφυγές αρ. 42/2014 και αρ. 12/2014. Περαιτέρω, ζήτησε να εξεταστεί κατά πόσον οποιοσδήποτε προσφέρων στον διαγωνισμό είτε από μόνος τους είτε ως μέλος κοινοπραξίας, είτε ως άλλος φορέας, έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως να διαπιστωθεί με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτει η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το εδάφιο (δ) το άρθρου 51(2) του Νόμου 12(Ι)/2006. Συγκεκριμένα, ζήτησε να εξεταστεί ο ισχυρισμός, πως σύμφωνα με δημοσιεύματα στον εγχώριο τύπο, τα οποία τέθηκαν ενώπιον του Συμβουλίου, εταιρείες που συμμετέχουν στον παρόντα διαγωνισμό φέρονται να έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Για το σκοπό αυτό το Συμβούλιο ζήτησε όπως η Αναθέτουσα Αρχή απευθυνθεί στο Γενικό Εισαγγελέα της Δημοκρατίας και στον Αρχηγό Αστυνομίας, παραθέτοντας τα προαναφερόμενα δημοσιεύματα και την επιστολή με την οποία αυτά διαβιβάστηκαν, καθώς επίσης κατάλογο με όλους τους προσφέροντες, που συμμετέχουν στο διαγωνισμό, είτε από μόνοι τους είτε ως μέλη κοινοπραξίας είτε ως άλλοι φορείς, και να ζητηθεί γραπτή πληροφόρηση, εάν από το ανακριτικό υλικό των διερευνούμενων υποθέσεων προκύπτει παραδοχή από οποιοδήποτε από αυτούς, πως διέπραξε πράξη που αποτελεί αδίκημα / παράπτωμα, που θα μπορούσε να αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα με το εδάφιο (δ) του άρθρου 51(2) του Νόμου 12(Ι)/2006. Σε κάθε περίπτωση, δηλαδή είτε υπάρχουν παραδοχές είτε όχι είτε υπάρχει κώλυμα να γνωστοποιηθούν οι αιτούμενες πληροφορίες, ζητηθεί από το Γενικό Εισαγγελέα της Δημοκρατίας η εισήγησή του για τον περαιτέρω χειρισμό του θέματος.»

Επίσης στη συνεδρία του ημερ. 22.4.2015 αποφάσισε να εξετάσει το ενδεχόμενο διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σύμφωνα με τη γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα ημερ. 26.3.2015. Αφού έλαβε υπόψη το

περιεχόμενο της γνωμάτευσης, τις σχετικές πρόνοιες της Νομοθεσίας και τη Νομολογία, μεταξύ άλλων, ανέφερε τα εξής:

«17.1. Σύμφωνα με το άρθρο 51(2)(δ) του Νόμου 12(Ι)/2006 και τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αναφορικά με το άρθρο 45 της Οδηγίας 2004/18, δίδεται δυνατότητα αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαγωνισμό, που διάπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, που αποδεδειγμένως έχει διαπιστωθεί με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτει η αναθέτουσα αρχή, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα.

17.2 Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των κανόνων δεοντολογίας υπό τη στενή έννοια του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει.

17.3 Εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή, μέσω του Αρμοδίου Οργάνου, δηλ. του Συμβουλίου, να αξιολογήσει τα ευρήματα του δικαστηρίου στην απόφασή του στην ποινική υπόθεση αρ. 12057/2014 και να αποφασίσει κατά πόσον αυτά στοιχειοθετούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό οικονομικών φορέων.

17.4. Η όποια απόφαση ήθελε ληφθεί θα πρέπει να παραπέμπει ρητά στα γεγονότα που αφορά η κάθε περίπτωση ξεχωριστά, ώστε να δικαιολογείται δεόντως η απόφαση και να αποδεικνύεται συγκριμένη εκτίμηση αναφορικά με τη στάση κάθε οικονομικού φορέα ξεχωριστά, διευκρινίζοντας και τεκμηριώνοντας την ύπαρξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

17.5 Σύμφωνα με το άρθρο 43 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν. 158(Ι)/1999, παρέχεται δικαίωμα ακρόασης σε κάθε πρόσωπο που θα επηρεαστεί από την έκδοση πράξης ή από τη λήψη διοικητικού μέτρου που είναι πειθαρχικής φύσης ή που έχει το χαρακτήρα κύρωσης ή που είναι άλλως δυσμενούς φύσης. Δηλαδή, θα πρέπει να δοθεί δικαίωμα ακρόασης, πριν ληφθεί απόφαση αποκλεισμού οποιουδήποτε φορέα για τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Το δικαίωμα της ακρόασης μπορεί να δοθεί και με έγγραφη παράθεση των θέσεων / στοιχείων των επηρεαζόμενων Προσφερόντων.

17.6 Η διαπίστωση της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δεν οδηγεί αυτόματα σε αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, αφού το άρθρο 51(2) του Νόμου 12(I)/2006 αναφέρεται σε δυνατότητα αποκλεισμού και όχι υποχρέωση αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, η απόφαση θα πρέπει να ληφθεί με βάση τα ξεχωριστά περιστατικά του συγκεκριμένου διαγωνισμού».

Ακολούθως, αφού εξέτασε τα στοιχεία όπως αυτά καταγράφονται στην απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην Ποινική Υπόθεση 12057/2014 («η Ποινική Υπόθεση»), ημερ. 18.2.2015 τα περιστατικά του συγκεκριμένου διαγωνισμού αποφάσισε προκαταρκτικά ότι «ο χρηματισμός που αναφέρεται στην απόφαση του Δικαστηρίου θεωρείται διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος». Έκρινε όμως ότι πριν από τη λήψη οριστικής απόφασης θα έπρεπε να δοθεί και έδωσε στους Αιτητές το δικαίωμα να ακουσθούν σύμφωνα με το άρθρο 43(1) του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν. 158(I)/1999. Σ' ότι αφορά το δικαίωμα ακρόασης στους Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015 αποφασίστηκε να δοθεί τόσο στην Κοινοπραξία όσο και στο κάθε επηρεαζόμενο μέρος μέσω όμως της Κοινοπραξίας.

Οι Αιτητές από τους οποίους είχε ζητηθεί εάν επιθυμούσαν να υποβάλουν γραπτώς τις θέσεις και απόψεις τους ως και σχετικών στοιχείων για το ζήτημα τυχόν διάπραξης εκ μέρους της εταιρείας τους σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος υπέβαλαν γραπτώς τις θέσεις τους στον Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών.

Τόσο οι Αιτητές στην Προσφυγή 26/2015 όσο και οι Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015 με τις επιστολές τους ουσιαστικά πρόβαλαν όσα και ενώπιόν μας συζήτησαν.

Στις 22.5.2015 το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης στον επιτυχόντα και απέστειλε σχετική επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων στους προσφοροδότες στις 18.6.2015. Οι προσφορές των Αιτητών απορρίφθηκαν. Όπως καταγράφεται στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών:

«15.1 Η προσφορά του Προσφέροντα 7 – Κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E. J.V.» απορρίπτεται σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των Οδηγιών προς τους Οικονομικούς Φορείς επειδή αποδεδειγμένα έχει διαπραχθεί από ή εκ μέρους των εταιρειών «Medcon Construction Ltd» και «LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTION LTD» μέτρων της Κοινοπραξίας ««N.I.M.E.M.E. J.V.» σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, με την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου Ν. 12(I)/2006. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014 υπήρξε χρηματισμός των κατηγορουμένων 1 και 2, από ή εκ μέρους των εταιρειών «Medcon Construction Ltd» και «LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTION LTD». Για τη λήψη της απόφασης αυτής το Συμβούλιο έλαβε δεόντως υπόψη τα περιστατικά του συγκεκριμένου διαγωνισμού, τη σοβαρότητα του παραπτώματος του χρηματισμού, το περιεχόμενο των επιστολών, που υποβλήθηκαν και τις περιστάσεις κάτω από τις οποίες έγινε ο χρηματισμός.

15.2. Η προσφορά του Προσφέροντα 8 – Κοινοπραξία «NEMESIS ERGOLIPTIKI DIMOSIA ETERIA LTD» απορρίπτεται σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των Οδηγιών προς τους Οικονομικούς Φορείς επειδή αποδεδειγμένα έχει διαπραχθεί από ή εκ μέρους της εταιρείας «NEMESIS ERGOLIPTIKI DIMOSIA ETERIA LTD» σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, με την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του

Νόμου Ν. 12(Ι)/2006. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014 υπήρξε χρηματισμός των κατηγορουμένων 1 και 2, από ή εκ μέρους της εν λόγω εταιρείας. Κατά τη λήψη της συγκεκριμένης απόφασης του το Συμβούλιο έλαβε δεόντως υπόψη τα περιστατικά του συγκεκριμένου διαγωνισμού, τη σοβαρότητα του παραπτώματος του χρηματισμού, το περιεχόμενο της επιστολής, που υποβλήθηκε, τις περιστάσεις κάτω από τις οποίες έγινε ο χρηματισμός, τη συνεργασία της εταιρείας με τις αρχές και την παραίτηση του γενικού διευθυντή της, ο οποίος σύμφωνα με τη δικαστική απόφαση, προέβηκε στο χρηματισμό».

Προτού αναφερθούμε στις θέσεις των Αιτητών και στις δύο προσφυγές, οι οποίες σημειωτέον σε μεγάλο βαθμό ταυτίζονται, θεωρούμε χρήσιμο να αναφερθούμε στην Ποινική Υπόθεση ώστε να γίνουν καλύτερα αντιληπτές οι θέσεις των δικηγόρων των Αιτητών.

Κατηγορούμενοι στην εν λόγω Ποινική Υπόθεση ήσαν έξι (6) φυσικά πρόσωπα τα οποία αντιμετώπιζαν διάφορες κατηγορίες του Ποινικού Κώδικα. Δύο από αυτά οι Σάββας Βέργας, Δήμαρχος Πάφου και υπό την ιδιότητα του αυτή, Πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου (ΣΑΠΑ) και ο Ευτύχιος Μαληκίδης, Γενικός Διευθυντής του ΣΑΠΑ, κατηγορούμενοι 1 και 2 («οι κατηγορούμενοι»), παραδέχθηκαν μεταξύ άλλων αδικημάτων τα αδικήματα του Δεκάσμου Δημόσιου Λειτουργού, και τα αδικήματα της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες κατά παράβαση των σχετικών άρθρων του Ποινικού Κώδικα. Για τα αδικήματα που παραδέχθηκαν τους επιβλήθηκαν ποινές τριών (3) και έξι (6) χρόνων, αντίστοιχα.

Σύμφωνα με τα γεγονότα όπως αυτά καταγράφονται στην απόφαση του Κακουργιοδικείου Πάφου «Κατά την εκτέλεση των έργων που προέβλεπε το συμβόλαιο Γ', οι κατηγορούμενοι 1 και 2, ήρθαν σε επαφή με το Διευθυντή της *Nemesis Constructing Public Company*, Κυριάκο Χρυσόχο, ζητώντας από αυτόν χρήματα υπό μορφή ανταλλάγματος ώστε στα πλαίσια των εξουσιών και καθηκόντων τους, ως Πρόεδρος και Γενικός Διευθυντής του Σ.Α.ΠΑ αντίστοιχα, να ενεργήσουν για να συνεχιστεί ομαλά η διεξαγωγή των εργασιών που προβλέπονταν στο συμβόλαιο και να προωθούνται οι πληρωμές στην εν λόγω εταιρεία.

Υλοποιώντας το πιο πάνω αίτημα των κατηγορουμένων 1 και 2, η ρηθείσα εταιρεία, μέσω του διευθυντή της, κατέβαλε τη χρονική περίοδο μεταξύ των ετών 2008 - 2009 σε διαφορετικές περιπτώσεις προσωπικά στον 1ο κατηγορούμενο το συνολικό χρηματικό ποσό των €60.000 (κατηγορία 64). Ομοίως κατέβαλε, κατά τον ίδιο χρόνο στον 2ο κατηγορούμενο το συνολικό ποσό των €100.000 (κατηγορία 65). Ο κ. Χρυσόχος παρέδιδε τα ποσά που ζητούσαν οι κατηγορούμενοι σε μετρητά, άλλοτε κατά τις συναντήσεις που είχαν στο Δημαρχείο Πάφου και άλλοτε σε συναντήσεις που διευθετούνταν από τους κατηγορούμενους στο ξενοδοχείο *Hilton* στη Λευκωσία».

Σημαντικά ποσά στους κατηγορούμενους έδωσε μέσω των Διευθυντών της το 2007 και το 2010 και η Κοινοπραξία *Medcon Construction Ltd – General*

Construction Company Ltd, (η Medcon Construction Ltd είναι μέλος της Κοινοπραξίας N.I.M.E.M.E. JV, Αιτητών στην Προσφυγή 28/2015) τόσο για σκοπούς κατακύρωσης σ' αυτή, παρά τις ελλείψεις που παρουσίαζε η προσφορά της άλλου διαγωνισμού του ΣΑΠΑ ο οποίος οδήγησε στην υπογραφή δύο συμβολαίων ημερ. 30.4.2007 και 22.2.2010, όσο και για να συνεχιστεί ομαλά η διεξαγωγή και εκτέλεση των εργασιών των συμβολαίων και να προωθούνται έγκαιρα οι πληρωμές στην Κοινοπραξία. Ανάλογα καταγράφονται στην απόφαση του Κακουργιοδικείου Πάφου και για την Κοινοπραξία Λοΐζος Ιορδάνους Construction Ltd - Χ.Π.Θ. Αλεξάνδρου, (η εταιρεία Λοΐζος Ιορδάνους Construction Ltd είναι μέλος και αυτή της Κοινοπραξίας N.I.M.E.M.E. J.V.).

Οι Αιτητές στην Προσφυγή 26/2015 για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης εγείρουν ζητήματα πλάνης, μη συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 51(2)(δ) του Ν. 12(I)/2006, παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας παραβίασης της αρχής της ισότητας και παραβίασης του Άρθρου 6 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προάσπιση των Δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών και του Άρθρου 113 του Συντάγματος. Συγκεκριμένα, ισχυρίζονται ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης τελούσε υπό πλάνη τόσο ως προς το περιεχόμενο όσο και ως προς τα νομικά αποτελέσματα της Ποινικής Υπόθεσης. Τα όσα καταγράφονται, ανέφεραν σ' αυτή, είτε υπό μορφή κρίσεων ή άλλως πως,

προέκυψαν από τα όσα το Δικαστήριο είχε ενώπιον του μόνο για τους κατηγορούμενους, αφού σε σχέση με τα ζητήματα που αφορούν τους Αιτητές δεν ακούστηκε οποιαδήποτε μαρτυρία ώστε το Δικαστήριο να είναι σε θέση να κρίνει τις πράξεις τους. Οι Αιτητές ούτε κατηγορούμενοι ήσαν ούτε μάρτυρες. Οι αναφορές του δικαστηρίου ότι ο κος Κ. Χρυσόχοος, Διευθυντής της εταιρείας Nemesis Constructing Public Company τη χρονική περίοδο 2008-2009 ικανοποιώντας απαίτηση των κατηγορουμένων 1 και 2 κατέβαλε προσωπικά στον κατηγορούμενο 1 ποσό €60.000 και στον κατηγορούμενο 2 ποσό €100.000. Η εν λόγω αναφορά υπέδειξαν στη Δικαστική απόφαση αποτελούσε μέρος της δικαστικής διαδικασίας για επιβολή ποινής στους κατηγορούμενους 1 και 2 στη βάση της παραδοχής των αδικημάτων που αντιμετώπιζαν. Συνεπώς, καταλήγουν οι Αιτητές, η αναφορά του Συμβουλίου Προσφορών ότι είναι *«αδιαμφισβήτητο γεγονός η διάπραξη χρηματισμού από τις εμπλεκόμενες εταιρείες»* είναι εντελώς λανθασμένη. Υποστήριξαν ότι τόσο από τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνιών 22.4.2015 όσο και 22.5.2015 όσο και από τη γνωμάτευση της Νομικής Υπηρεσίας, εκείνο που προκύπτει είναι ότι το Συμβούλιο Προσφορών έπρεπε να διαπιστώσει κατά πόσο οι πράξεις, που καταλογίζονται στους Αιτητές, όντως συνιστούν διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος πράγμα όμως που απέτυχε να πράξει. Περαιτέρω κι' εάν από τα πρακτικά προκύπτει τέτοια διαπίστωση αυτή δεν οδηγεί αυτόματα σε αποκλεισμό του οικονομικού φορέα αφού το άρθρο 51(2)

του περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2006, Ν. 12(I)/2006 («ο Νόμος»), αναφέρεται σε δυνατότητα και όχι υποχρέωση αποκλεισμού. Όλες οι διαπιστώσεις, υπέβαλαν, τις οποίες το Συμβούλιο Προσφορών κατέγραψε στα πρακτικά ότι θα έπρεπε να ακολουθήσει και οι οποίες αντανακλούν τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου παραβιάστηκαν.

Με αναφορά στους διοικητικούς φακέλους υποστήριξαν ότι το Συμβούλιο Προσφορών δεν έχει υποδείξει ποια είναι η συγκεκριμένη πράξη που καταλογίζεται στους Αιτητές. Η διαπίστωση του Συμβουλίου Προσφορών ότι *«σύμφωνα με την απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014, υπήρξε χρηματισμός των κατηγορουμένων αρ. 1 και 2, από ή εκ μέρους της εν λόγω εταιρείας»*, είναι πεπλανημένη αφού τέτοια ειδική αναφορά δεν υπάρχει. Η γενική αναφορά ότι τα πρόσωπα που αναφέρονται στην Ποινική Υπόθεση χρημάτισαν τους κατηγορούμενους 1 και 2 δεν αφορά τους Αιτητές της Προσφυγής 26/2015. Η ελάχιστη υποχρέωση ανέφεραν που έχει μια Αναθέτουσα Αρχή *«έναντι σε οικονομικό φορέα στον οποίο αποφάσισε αρχικά να κατακυρώσει ένα έργο της τάξης των €45.000.000 για να τον αποκλείσει στη συνέχεια λόγω μιας διάταξης όχι επιτακτικής αλλά δυνητικής, είναι να επεξηγήσει τι εννοεί με τον όρο «χρηματισμός» και ποια ακριβώς είναι η πράξη χρηματισμού την οποία του καταλογίζει. Η γενική παραπομπή σε μια*

δικαστική απόφαση 35 σελίδων, η οποία αφορά ποινική διαδικασία όχι εναντίον των Αιτητών, αλλά εναντίον τρίτων, στην οποία πουθενά δεν καταγράφεται η θέση των Αιτητών, δεν περιποιεί τιμή σε όργανα που δρουν σε Κράτος Δικαίου».

Πεπλανημένη υποστήριξαν είναι και η αναφορά του Συμβουλίου Προσφορών ότι οι Αιτητές δεν προσκόμισαν στοιχεία με τα οποία να αμφισβητούνται οι αναφορές του Δικαστηρίου και διερωτήθηκαν τί άλλο από αμφισβήτηση είναι η αναφορά στην επιστολή τους ημερομηνίας 18.5.2015 ότι *«θα πρέπει να τονισθεί ότι το Δικαστήριο ουδέποτε άκουσε μαρτυρία ως προς τα επίδικα ζητήματα»* και ότι *«ούτε το Συμβούλιο Προσφορών είχε ενώπιον του όλα τα γεγονότα και στοιχεία»*. Η αναφορά του Δικαστηρίου ότι οι Αιτητές χρημάτισαν τους κατηγορούμενους για να κατακυρωθούν υπέρ τους οι προσφορές δεν αφορά τους Αιτητές, εφόσον αυτοί υπέγραψαν το συμβόλαιο (Γ') με το Σ.Α.ΠΑ στις 5.2.2008, μετά που πέτυχαν σε δημόσιο διαγωνισμό με καθόλα νόμιμες διαδικασίες. Οι Αιτητές στην Προσφυγή 26/2015 ανέφεραν δεν έδωσαν χρήματα για να λάβουν κατ' εξαίρεση εξυπηρέτηση, αλλά για να λάβουν τα χρήματα που τους οφείλοντο. Η πιθανολόγηση και μόνο πρόσθεσαν του ισχυρισμού περί εμφιλοχώρησης πλάνης είναι αρκετή για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης. (Βλέπε *A.E.891, Νιόβη Παπαϊωάννου κ.ά. (αρ. 2) ν. Δημοκρατίας μέσω Ε.Ε.Υ. (1991) 3 Α.Α.Δ. 713, 724 και 726, A.E.2081 ΤΟΥΜΑΖΗΣ ν. Δημοκρατίας (1997) 3 Α.Α.Δ 408*).

Δεύτερος λόγος για τον οποίο οι Αιτητές θεωρούν ότι πρέπει η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί είναι ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου. Με το λεκτικό της υπό εξέταση νομοθετικής πρόνοιας, υποστήριξαν, το οποίο είναι ταυτόσημο με την πρόνοια του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης είχε την ευκαιρία να ασχοληθεί και να υποδείξει ότι για τη διαπίστωση ύπαρξης «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» απαιτείται κατ' αρχήν να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα, κάτι που δεν έγινε στην περίπτωση των Αιτητών. Παρέπεμψαν σχετικά στην *C-465/11, Forposta S.A και ABC Direct Contract sp. Zoo κατά Poczta Polska SA*. Επίσης, στη *C-440/13, Croce Amica One Italia Srl κατά ATEU*, ημερ. 11.12.2014 όπου, μεταξύ άλλων, διευκρινίστηκε ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK παρέχουν στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα αρχή χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση γι' αυτόν και στην υπόθεση *C-470/2013, Generali-Providencia Biztosito Zrt και Kozbeszerzesi Hatosoag Kozbeszerzesi Dontobizottsag*, ημερ. 18.12.2014 στην οποία κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, όταν λόγω της παράβασης αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στο άρθρο

45(2)(δ) της Οδηγίας. Εφόσον ανέφεραν η κατακύρωση του διαγωνισμού αρ. 3/2007 του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου στους Αιτητές, ήταν καθόλα νόμιμη και ο Διευθυντής τους κ. Κυριάκος Χρυσόχοος κατέβαλε το συγκεκριμένο ποσό μετά από εκβιασμό από τους κατηγορούμενους δεν τίθεται ζήτημα διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Εάν οι Αιτητές δεν συναινούσαν, το έργο το οποίο μέχρι τότε κυλούσε ομαλά, δεν θα συνέχιζε την ομαλή του πορεία και οι Αιτητές θα αντιμετώπιζαν οικονομικό πρόβλημα. Οι Αιτητές δεν είχαν οποιοδήποτε χρηματικό όφελος και παρέπεμψαν σχετικά στη σελίδα 22 της δικαστικής απόφασης, όπου αναφέρεται ότι οι κατηγορούμενοι *«Ενήργησαν με τρόπο μεθοδικό, αλλά και απροκάλυπτο. Εκμεταλλεύονται την ανάγκη των επιχειρηματιών για κέρδος, εργασία και επιχειρηματική δραστηριότητα. Χωρίς όμως να παραμένουν ως εκεί. Η αξίωση και απαίτηση των κατασκευαστικών εταιρειών για πληρωμή νόμιμων απαιτήσεων τους, δεν παραμένει ανεκμετάλλευτη. Αποτελεί ακόμη μια ευκαιρία για οικονομικό όφελος»*.

Ότι επρόκειτο για οφειλόμενα ποσά ενισχύεται υπέδειξαν και από την Αγωγή Αρ. 413/2014 του Επαρχιακού Δικαστηρίου Πάφου με την οποία αξιώνουν τιμολόγια που εκκρεμούν, όπως επίσης και στη διαδικασία προσφυγής σε διαιτησία σε σχέση με απαιτήσεις τους για επιπλέον εργασίες του έργου (Γενική Αίτηση αρ. 93/2015 για διορισμό διαιτητή).

Σχολιάζοντας τα όσα καταγράφονται στα πρακτικά της συνεδρίας του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.5.2015 για την υποχρέωση που είχαν να μην υποκύψουν στον εκβιασμό αλλά να καταγγείλουν τους κατηγορούμενους στην Αστυνομία, υποστήριξαν ότι εάν δεν εισέπρατταν τις οφειλόμενες νόμιμες αμοιβές τους η εταιρεία θα οδηγείτο σε κατάρρευση λόγω έλλειψης ρευστότητας γι' αυτό και επέλεξαν να υποκύψουν στον εκβιασμό, χωρίς να αμφισβητούν ότι η ενέργεια να δοθούν χρήματα είναι «λάθος». Υποστηρίζουν ότι τα πραγματικά γεγονότα και δεδομένα για τους ίδιους δεν είναι τέτοιας εμβέλειας που να δικαιολογούν τον αποκλεισμό τους, όταν μάλιστα οι Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015, με διαπιστωμένη την πράξη του χρηματισμού για να κατακυρωθούν υπέρ τους προσφορές, έτυχαν της ίδιας αντιμετώπισης.

Άλλος λόγος που οι Αιτητές, θεωρούν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί είναι ότι παραβιάστηκε η αρχή της αναλογικότητας. Αναφερόμενοι στην υπόθεση *C-213/2007, Μηχανική ΑΕ ν. Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και Υπουργού Επικρατείας*, ημερομηνίας 16.12.2008 υποστήριξαν ότι μέτρα αποκλεισμού προσφοροδότη δεν πρέπει να εκτείνονται πέραν του σκοπού της διασφάλισης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και της διαφάνειας. Οι αναθέτουσες αρχές, υποστήριξαν, έχουν υποχρέωση να μην αποκλείουν οικονομικούς φορείς που έχουν προχωρήσει με μέτρα αυτοδιόρθωσης (self-cleaning) όπως είναι η διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστατικών, η αποκατάσταση της ζημιάς, και μέτρα

που η ίδια η εταιρεία λαμβάνει και που αφορούν τα άτομα που εμπλέκονται με το συμβάν και παρέπεμψαν σχετικά στην Οδηγία 2014/24/EK και σε μελέτη που δημοσιεύεται στο Νομικό Περιοδικό, *Public Procurement Law Review* (2009) 18, 257 από τους Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Prie και Pascal Frita. Ως μέτρα αυτοδιόρθωσης οι Αιτητές υπέδειξαν τη συνεργασία του κ. Κυριάκου Χρυσοχού με τις ανακριτικές αρχές, το γεγονός ότι από τις ενέργειες του δεν υπήρξε οποιαδήποτε ζημιά για το δημόσιο και ότι το εν λόγω πρόσωπο απομακρύνθηκε και παραιτήθηκε από Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας.

Άλλη παράμετρος της αρχής της αναλογικότητας, ανέφεραν, είναι ο χρόνος ο οποίος προβλέπεται στην Οδηγία 2014/24/EK, η οποία αντικαθιστά την Οδηγία 2014/18/EK και την οποία τα κράτη μέλη έχουν προθεσμία μέχρι τις 18.4.2016 να ενσωματώσουν στο εθνικό τους δίκαιο. Παρά το γεγονός, ανέφεραν, ότι η Οδηγία 2014/24/EK δεν έχει τύχει μεταφοράς στο εθνικό δίκαιο και παρόλο που δεν έχει ακόμη εκπνεύσει η προθεσμία για μεταφορά της η Αναθέτουσα Αρχή έχει υποχρέωση να εφαρμόσει τις πρόνοιες της οι οποίες κωδικοποιούν τη δεσμευτική αρχή του ενωσιακού δικαίου περί αναλογικότητας και παρέπεμψε σχετικά στις *C-144/04, Werner Mougold v. Rodiger Helm* και *C-555/07 Kucukdereci v. Swedex GmbH & Co KG*. Σύμφωνα με την εν λόγω Οδηγία η περίοδος αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα από συμμετοχή σε σύμβαση δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τρία έτη από την ημερομηνία του «σχετικού γεγονότος». Η έλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος υπέδειξαν από τη

φερόμενη διάπραξη του επαγγελματικού παραπτώματος ήταν παράγοντας που η Αναθέτουσα Αρχή είχε καθήκον να λάβει υπόψη, καθώς ο κατ' ισχυρισμόν «χρηματισμός» επεσυνέβη την περίοδο 2008-2009. Η ερμηνεία που έδωσε η Αναθέτουσα Αρχή στο άρθρο 51(2)(δ) του Ν. 12(Ι)/2006 προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας.

Η προσβαλλόμενη απόφαση, πέραν των πιο πάνω λόγων, θα πρέπει να ακυρωθεί, ανέφεραν, και ως παραβιάζουσα την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της χρηστής διοίκησης. Είναι ισχυρισμός των Αιτητών ότι η ίδια Αναθέτουσα Αρχή έχει κατακυρώσει και υπογράψει στις 15.5.2015 δύο Συμβάσεις, που αφορούν στο «*ΣΧΕΔΙΑΣΜΟ, ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΓΙΑ 10 ΧΡΟΝΙΑ ΤΟΥ ΣΤΑΘΜΟΥ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ ΒΟΘΡΟΛΥΜΑΤΩΝ, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ, ΠΕΡΙΣΣΕΙΑΣ ΥΓΡΗΣ ΛΑΣΠΗΣ ΚΑΙ ΣΤΡΑΓΓΙΣΜΑΤΩΝ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΧΗ ΒΑΤΙ*» ΑΡ. ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ: ΤΑΥ 15/2013, με την Κοινοπραξία Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. J.V. στην οποία συμμετέχουν μεταξύ άλλων οι Εταιρείες LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTIONS LTD και MEDCON CONSTRUCTION LTD, που επίσης αναφέρονται στην Ποινική Υπόθεση στην οποία στηρίχθηκε η Αναθέτουσα Αρχή για αποκλεισμό της Κοινοπραξίας Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. J.V. στον παρόντα διαγωνισμό για τον ίδιο λόγο με αυτόν των Αιτητών.

Τέλος, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι με την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής παραβιάζεται το άρθρο 6 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΕΣΔΑ, το οποίο ορίζει ότι κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα όπως δικαστεί από ανεξάρτητο και κατά νόμο αρμόδιο Δικαστήριο για το βάσιμο «εναντίον του κατηγορίας». Εδώ, υπέδειξαν, τους καταλογίζεται διάπραξη χρηματισμού, συμπεριφορά που εντάσσεται στα πλαίσια του άρθρου 85 (Μέρος IV) του Νόμου και ειδικότερα του άρθρου 85(3)(β). Εφόσον, αναφέρουν, ο Γενικός Εισαγγελέας που έχει την αποκλειστική αρμοδιότητα για τη διεξαγωγή ποινικής διαδικασίας έκρινε ότι δεν εδικαιολογείτο η ποινική δίωξη τους η Αναθέτουσα Αρχή αναρμοδίως αποφαινεται όχι μόνο ότι διέπραξαν πράξεις που εάν είχαν διαπραχθεί θα συνιστούσαν ποινικό αδίκημα, αλλά τους επιβάλλει και την τιμωρία του αποκλεισμού και παραπέμπουν σχετικά στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών *Lagrome Trading Ltd v. Γενικού Λογιστηρίου, Προσφυγή αρ. 17/2013 ημερ. 19.6.2013*. Επίσης με αναφορά στην *Κυριακίδης κ.ά. v. Δημοκρατίας (1997) 3 ΑΑΔ 485* και *Βασιλείου v. Δήμου Παραλιμνίου και ή Άλλου (Αρ. 1) (1996) 4B ΑΑΔ σελ. 1393* υποστήριξαν ότι το τεκμήριο της αθωότητας έχει καθολική εφαρμογή και ότι απαγορεύεται σε δημόσια αρχή να αποδώσει εγκληματική πράξη σε οποιοδήποτε εκτός σε καταδικασθέντα από αρμόδιο Δικαστήριο.

Οι Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015 κατά την ενώπιον μας διαδικασία υιοθέτησαν τις θέσεις των Αιτητών στην Προσφυγή αρ. 26/2015, αφού όπως

ισχυρίστηκαν η νομική κατάσταση σε σχέση με την Ποινική Υπόθεση και στις δύο προσφυγές είναι η ίδια. Πρόκειται υπέβαλαν «για παντελώς άσχετη απόφαση ως προς τις νομικές επιπτώσεις με την υπό κρίση υπόθεση». Η καταδίκη των δύο κατηγορούμενων (κκ. Σ. Βέργα και Ε. Μαληκίδη), εξήγησαν, προέκυψε συνεπεία δικής τους παραδοχής και όχι συνεπεία ευρήματος του Δικαστηρίου κατόπιν προσαγωγής μαρτυρίας.

Υποστήριξαν επίσης ότι ο αποκλεισμός τους στη βάση του όρου 3.3.6.1(e) των Οδηγιών προς Οικονομικούς Φορείς είναι εσφαλμένος. Για να δικαιολογείται ο αποκλεισμός τους ανέφεραν έπρεπε να είχαν βρεθεί ένοχοι επαγγελματικού παραπτώματος και για να βρεθεί κάποιος ένοχος σε ένα κράτος δικαίου πρέπει να υπάρχουν τα εχέγγυα του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ και του Άρθρου 30 του Συντάγματος. Οι Αιτητές εφόσον δεν προσήχθησαν ενώπιον Δικαστηρίου δεν μπορεί η απόφαση στην Ποινική Υπόθεση να τους αφορά. Υποστήριξαν επίσης ότι για να δικαιολογείται η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών έπρεπε να είχαν βρεθεί ένοχοι. Ο όρος 3.3.6.1(e) προβλέπει «*found guilty*» επαγγελματικού παραπτώματος και για να βρεθεί κάποιος ένοχος θα πρέπει να είναι από αρμόδιο όργανο. Για τους Αιτητές αρμόδιο επαγγελματικό σώμα σύμφωνα με το άρθρο 5(ε) του περί Επιστημονικού Τεχνικού Επιμελητηρίου Κύπρου Νόμου του 1990 (Ν. 224/1990), είναι το Επιστημονικό Τεχνικό Επιμελητήριο Κύπρου. Τόνισαν ότι σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 23 του εν λόγω Νόμου αρμόδιο σώμα για να εξετάσει και να κρίνει εάν η συμπεριφορά

των Αιτητών συνιστούσε επαγγελματικό παράπτωμα είναι το Επιστημονικό Τεχνικό Επιμελητήριο Κύπρου (ΕΤΕΚ). Συνεπώς η διαδικασία που ακολούθησε το Συμβούλιο Προσφορών είναι παράνομη και παράτυπη. Στην ουσία ακολουθήθηκε πειθαρχική διαδικασία χωρίς όμως τα εχέγγυα του Άρθρου 6 της ΕΣΔΑ. Όπως διατυπώνεται στην *Forposta* (ανωτέρω), υπέδειξαν, τα professional standards (δηλαδή τα επαγγελματικά πρότυπα) καθορίζονται από τα professional bodies (δηλαδή το ΕΤΕΚ) και όχι από την Αναθέτουσα Αρχή.

Περαιτέρω, υποστήριξαν ότι στις λέξεις «οικονομικός φορέας» είναι η Κοινοπραξία για την οποία όμως δεν γίνεται οποιαδήποτε αναφορά στην Ποινική Υπόθεση ώστε να μπορεί να γίνεται λόγος για αποκλεισμό της. Σ' ότι αφορά την αναφορά του Δικαστηρίου στις δυο εταιρείες/μέλη της Κοινοπραξίας αυτή αποτελεί obiter dictum και όχι εύρημα και/ή αιτιολογία της απόφασης του Δικαστηρίου.

Οι Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015 προβάλλουν επίσης λόγους ακυρότητας που αφορούν την προσφορά του επιτυχόντα, στους οποίους όμως δεν θα αναφερθούμε ενόψει της κατάληξης μας ως προς τον αποκλεισμό των Αιτητών.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών και υποστηρίζει το καθόλα νόμιμο και εύλογο της απόφασης της.

Τόνισε ότι καθήκον και αρμοδιότητα της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών βάσει του Νόμου, είναι να εξετάσει τη νομιμότητα της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία απέρριψε την προσφορά των Αιτητών με την αιτιολογία ότι οι τελευταίοι διέπραξαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με βάση το άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006 και όχι να εξετάσει κατά πόσο ήσαν ή όχι οι Αιτητές κατηγορούμενοι στην Ποινική Υπόθεση, ή κατά πόσο διέπραξαν ή όχι ποινικό αδίκημα. Ασφαλώς ανέφερε, με την Ποινική Υπόθεση δεν κρίθηκε ότι οι Αιτητές διέπραξαν ποινικό αδίκημα αφού δεν ήσαν κατηγορούμενοι. Οι κατηγορίες όμως που παραδέχθηκαν οι κατηγορούμενοι ήσαν στη βάση κάποιων γεγονότων και είναι αυτά τα γεγονότα που η Αναθέτουσα Αρχή εξέτασε. Οι ισχυρισμοί των Αιτητών περί εκβιασμού τους, προκειμένου να τους καταβληθεί το λαβείν τους, είναι ισχυρισμοί οι οποίοι θα έπρεπε να καταγγελθούν στην Αστυνομία τον κατάλληλο χρόνο για διερεύνηση και όχι να προβάλλονται εκ των υστέρων στα πλαίσια αυτής της διαδικασίας. Επίσης, οι Αιτητές είχαν στη βάση της σύμβασης τους με το Συμβούλιο Αποχετεύσεων Πάφου νόμιμα μέσα για να διεκδικήσουν τυχόν οφειλόμενα σ' αυτή ποσά. Βάση για τη λήψη της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής δεν αποτέλεσε εάν ήταν ή όχι κατηγορούμενος ο κ. Κυριάκος Χρυσόχοος, ο κ. Λ. Ιορδάνους ή και οι Διευθυντές της Medcon Construction Ltd. Το στοιχείο που λήφθηκε υπόψη και το οποίο δεν αντικρούεται από τους Αιτητές, είναι οι παραδοχές των ιδίων ότι συμμετείχαν στην πράξη του δεκασμού των

κατηγορουμένων. Είναι η συμπεριφορά τους, τόνισε, που λήφθηκε υπόψη προκειμένου η Αναθέτουσα Αρχή να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι αυτή η συμπεριφορά συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με βάση τις πρόνοιες του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου, το οποίο δεν απαιτεί καταδικαστική απόφαση του Δικαστηρίου. Περαιτέρω, υποστήριξε ότι προτού η Αναθέτουσα Αρχή καταλήξει στην προσβαλλόμενη απόφαση δόθηκε στους Αιτητές κατάλληλος χρόνος να υποβάλουν τις γραπτές τους παραστάσεις οι οποίες εξετάστηκαν από το Συμβούλιο Προσφορών και απαντήθηκαν στην απόφαση του προτού αυτό καταλήξει στην απόρριψη της προσφοράς τους σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.1(e) των εγγράφων του Διαγωνισμού και του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου.

Η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι το άρθρο 51(2) του Νόμου καθώς και το άρθρο 45(2) της Οδηγίας 2004/18/EK παρέχει σε αυτή διακριτική ευχέρεια για τη διαπίστωση εάν έχει διαπραχθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Μοναδικός περιορισμός στη διακριτική της ευχέρεια, συνιστά το γεγονός ότι δεν μπορούν να προβλεφθούν άλλοι λόγοι αποκλεισμού, πέραν αυτών που διαλαμβάνονται στη συγκεκριμένη διάταξη και παρέπεμψε στη *C-465/11 Μηχανική Α.Ε. ν. Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης*, ημερομηνίας 13.12.2012).

Σ' ότι αφορά την έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» παρέπεμψε στην υπόθεση *C-465/11, Forposta S.A και ABC Direct Contract sp. Zoo κατά*

Poczta Polska SA, σύμφωνα με την οποία τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK σε συνάρτηση με το εθνικό τους δίκαιο και τηρουμένου του δικαίου της Ένωσης και στην υπόθεση του ΔΕΕ C-440/13, *Croce Amica One Italia Srl κατά ATEU*, ημερ. 11.12.2014.

Αναφορικά με τη θέση των Αιτητών ότι από τις πράξεις του κ. Κυριάκου Χρυσοχού αυτοί δεν αποκόμισαν οποιοδήποτε όφελος, η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι αντικείμενο εξέτασης ήταν η πράξη αυτή καθ' αυτή και όχι το κατά πόσο από αυτή υπήρξε όφελος. Οι Αιτητές, τόνισε, δεν αποκλείστηκαν επειδή διέπραξαν ποινικό αδίκημα αλλά επειδή η πράξη τους να δώσουν χρήματα στους κατηγορουμένους για να τύχουν ευνοϊκής μεταχείρισης συνιστά επαγγελματικό παράπτωμα. Εάν η συμπεριφορά των Αιτητών ενδεχομένως να συνιστά ποινικό αδίκημα, δεν αναιρεί το ενδεχόμενο αυτή να συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα εφόσον, ισχυρίστηκε, η διαδικασία που ακολουθήθηκε πριν τη λήψη της απόφασης αποκλεισμού τους είναι καθόλα νόμιμη και η απόφαση της αιτιολογημένη και εύλογη. Όσα έχουν αναφερθεί από τους Αιτητές για καταδίκη και ενοχή δεν έχουν σχέση αφού η απόφαση δεν εδράζεται επί του άρθρου 51(2)(γ) του Νόμου, το οποίο προβλέπει για καταδικαστική απόφαση με ισχύ δεδικασμένου αλλά επί του άρθρου 51(2)(δ) που αναφέρεται σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένα διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτει η Αναθέτουσα Αρχή.

Ως προς τον ισχυρισμό των Αιτητών για παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι ανεξάρτητα από το γεγονός ότι η αρχή αυτή ως βασική αρχή που διαπνέει το ενωσιακό δίκαιο έχει εφαρμοστεί στην παρούσα περίπτωση, η υπόθεση *C-213/2007, Μηχανική ΑΕ ν. Εθνικό συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και Υπουργού Επικρατείας*, ημερομηνίας 16.12.2008, στην οποία παρέπεμψαν οι Αιτητές, διαφοροποιείται από την παρούσα. Εκεί το διαπραχθέν αδίκημα δεν ενέπιπτε στους λόγους αποκλεισμού που εξαντλητικά απαριθμούνται στο άρθρο 45(2) της Οδηγίας 2004/18/EK. Αυτό, ισχυρίστηκε, το οποίο προκύπτει από την απόφαση είναι ότι στις περιπτώσεις που οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να λάβουν μέτρα αποκλεισμού, για λόγους εκτός των όσων εξαντλητικά αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 24 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η αρχή της αναλογικότητας και η διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Στην προκειμένη περίπτωση, οι Αιτητές αποκλείστηκαν ξεκάθαρα για λόγους που εμπίπτουν εντός του άρθρου 45(2) (δ) της Οδηγίας 2004/18/EK.

Σε σχέση με την περίοδο αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα που σύμφωνα με τους Αιτητές αποτελεί παράμετρο της Αρχής της Αναλογικότητας η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε στη βάση του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου που δεν θέτει οποιοδήποτε χρονικό περιορισμό και συνεπώς η παραπομπή που γίνεται από τους Αιτητές στο άρθρο

57 της νέας Οδηγίας 2014/24/EK, δεν δεσμεύει την Αναθέτουσα Αρχή. Οι πρόνοιες της νέας οδηγίας δεν έχουν ακόμη ενσωματωθεί στο εθνικό μας δίκαιο, η δε περίοδος ενσωμάτωσης των προνοιών της δεν έχει εκπνεύσει ώστε να μπορεί να γίνεται λόγος για άμεση εφαρμογή της. Εν πάση περιπτώσει κατέληξε, εκείνο, που μπορεί να αντληθεί από την νέα οδηγία (2014/24/EK) είναι καθοδήγηση, πράγμα που έπραξε η Αναθέτουσα Αρχή αφού συνυπολόγισε τον παράγοντα χρόνο όπως αυτός τέθηκε από τους Αιτητές με τις επιστολές τους προς την Αναθέτουσα Αρχή. Επιπρόσθετα, ανέφερε, σύμφωνα με το άρθρο 57(4) της νέας Οδηγίας στα κράτη μέλη δίδεται η δυνατότητα να θεσπίσουν απόλυτους αποκλεισμούς στους οικονομικούς φορείς που θα διαπράξουν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά τους.

Ανεξάρτητα ανέφερε από τη μη δεσμευτικότητα της Οδηγίας 2014/24/EK ούτε η θέση των Αιτητών στην Προσφυγή 26/2015 ότι έχουν προβεί σε μέτρα αυτοδιόρθωσης (self-cleaning) ευσταθεί. Η κατ' ισχυρισμόν «απομάκρυνση» του κ. Κ. Χρυσόχου από τους Αιτητές δεν συνιστά διόρθωση λαθών της εταιρείας των Αιτητών. Πρόκειται ανέφερε για «εικονική απομάκρυνση» από τη στιγμή που έχει αντικατασταθεί από το γιο του κ. Γεώργιο Χρυσόχο. Από τα έγγραφα στην επίσημη ιστοσελίδα του Χρηματιστηρίου Αξιών Κύπρου ο κος Κυριάκος Χρυσόχος την 30.6.2015 φαίνεται να είναι ο κάτοχος ποσοστού 93,89% του εκδομένου μετοχικού κεφαλαίου των Αιτητών και συνεπώς ως ο

κατά πλειοψηφία μέτοχος έχει εξουσία στο διορισμό ατόμων που ασκούν εκτελεστικό ρόλο στην εταιρεία. Συνεπώς, ο κ. Κυριάκος Χρυσόχοος φαίνεται ότι εξακολουθεί να ασκεί έλεγχο στην εταιρεία των Αιτητών.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό για παραβίαση της αρχής της ισότητας υποστήριξε ότι στον παρόντα Διαγωνισμό με αρ. ΤΑΥ 10/2013 αποκλείστηκε και η Κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E JV» για τον ίδιο λόγο που αποκλείστηκαν και οι Αιτητές. Υπό κρίση τόνισε δεν είναι ο διαγωνισμός με αρ. ΤΑΥ 15/2013 αλλά ο ΤΑΥ 10/2013. Συνεπώς, δεν είναι δυνατόν και δεν θα πρέπει να εξεταστεί οτιδήποτε άλλο από τη νομιμότητα της απόφασης του παρόντα διαγωνισμού. Περαιτέρω, όμως ανέφερε, ότι στα πλαίσια του διαγωνισμού ΤΑΥ 15/2013 τηρήθηκε ακριβώς η ίδια διαδικασία από την Αναθέτουσα Αρχή, πλην όμως το Συμβούλιο Προσφορών αφού έλαβε υπόψη του τη γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, κατέληξε ότι η Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. JV» η οποία αποτελούσε την μοναδική έγκυρη προσφορά εάν αποκλείετο, ο διαγωνισμός θα οδηγείτο σε ακύρωση και θα προκαλούνταν σοβαρότατες επιπτώσεις στο περιβάλλον και στη δημόσια υγεία, ενώ η Δημοκρατία θα έχανε οριστικώς συγχρηματοδότηση ύψους €3.272.500 και θα επέστρεφε ποσό ύψους €204.992 που ήδη εκταμιεύθηκε. Στην περίπτωση εκείνη κρίθηκε για λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην Κοινοπραξία «N.I.M.E.E. JV». Απόδειξη της ίσης μεταχείρισης τόνισε αποτελεί το γεγονός ότι η κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E. JV», στον παρόντα διαγωνισμό, δεν έτυχε

διαφορετικής μεταχείρισης και γι' αυτό αποκλείστηκε για τους ίδιους λόγους όπως και οι Αιτητές.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό για παραβίαση του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ και του Άρθρου 30 του Συντάγματος, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι η διαδικασία που ακολουθήθηκε στην παρούσα υπόθεση δεν έχει οποιαδήποτε σχέση με την ποινική πτυχή του θέματος. Η Αναθέτουσα Αρχή ούτε εξουσία έχει αλλά ούτε και αποφάνθηκε περί ποινικών αδικημάτων. Αυτό το οποίο διαπίστωσε, ήταν ότι οι Αιτητές, αποδεδειγμένα, έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου, υπό τα δεδομένα και εξατομικευμένα περιστατικά που αναφέρονται στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε επίσης ότι σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.2 του Volume 1, Instructions to Economic Operators σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας που υποβάλλει προσφορά, είναι κοινοπραξία, οι απαιτήσεις της προσωπικής κατάστασης του προσφέροντα, εφαρμόζονται για ένα έκαστο μέλος, είτε φυσικό, είτε νομικό πρόσωπο και παρέπεμψε στο σύγγραμμα «*The Law of Public and Utilities Procurement*», *Third Edition*, Sue Arrowsmith, σελίδα 1247.

Σε σχέση με τους λόγους ακυρότητας της προσφοράς του επιτυχόντα η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι οι Αιτητές δεν νομιμοποιούνται και/ή στερούνται εννόμου συμφέροντος να προβάλουν ισχυρισμούς, πέραν των ισχυρισμών που αφορούν τον αποκλεισμό της προσφοράς τους και παρέπεμψε σχετικά στις *Atlantic Insurance Ltd v. Συμβουλίου Εμπορίας Κυπριακών Πατατών κ.α.*, Υποθ. Αρ. 469/88 κ.α., ημερ. 27.1.1990, *Kanika Hotels Ltd v. Δήμου Πάφου*, Υποθ. Αρ. 688/88, ημερ. 13.7.1990, *Χρυσανθος Κυριάκου Ατδ v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου*, (1995) 3 Α.Α.Δ. 178 και *Lion Insurance Ltd v. Δημοκρατίας κ.α.*(1991) 4 Α.Α.Δ. 3148.

Ακόμη ανέφερε και εάν ήθελε κριθεί ότι οι Αιτητές έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα αυτό είναι δυνατόν, μόνον, κατ' επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και νοουμένου ότι ο επιτυχών δεν πληρούσε τον επίμαχο όρο, για τον οποίο όμως δεν προβάλλεται οτιδήποτε.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ένα προς ένα τους λόγους που προβάλλουν οι Αιτητές σε σχέση με την εγκυρότητα της προσφοράς του επιτυχόντα.

Προτού εξετάσουμε τους λόγους που προβάλλονται από τους Αιτητές και στις δύο Προσφυγές, με τη σειρά που θεωρούμε πρακτικό, θα πρέπει να

υπενθυμίσουμε ότι το δίκαιο των Δημόσιων Συμβάσεων από το 2004 που η Κύπρος έγινε μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει αλλάξει. Για σκοπούς εναρμόνισης με αριθμό Ευρωπαϊκών Οδηγιών ψηφίστηκαν νόμοι οι οποίοι όμως στη συνέχεια και μετά την έκδοση νέων Οδηγιών αντικαταστάθηκαν. Ό,τι εδώ ενδιαφέρει είναι ο περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών Νόμος, Ν.12(I)/2006, ο οποίος ψηφίστηκε για σκοπούς εναρμόνισης με την Οδηγία 2004/18/EK. Ο νόμος αυτός βέβαια εφαρμόζεται υπό το φως των γενικών αρχών που διέπουν το Ενωσιακό Δίκαιο στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων και που είναι μεταξύ άλλων η αρχή της διαφάνειας, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αμεροληψίας, η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων, η αρχή της ασφάλειας δικαίου και η αρχή της αναλογικότητας.

Οι όροι 3.3.6.1 και 3.3.6.2 των εγγράφων του διαγωνισμού υπό τον τίτλο «*Instructions to Economic Operators, Personal Situation of the Tenderer*» στο βαθμό που εδώ ενδιαφέρουν προβλέπουν τα εξής:

«3.3.6 *Furthermore, to participate in the tender procedure, [...]*

- a. *They must not have been convicted by final judgement for participation in a criminal organization (as defined in Article 2(1) of Council Joint Action 98/733/JHA), corruption (as defined in Article 3 of the Council Act of 26 May 1997 and Article 3(1) of Council Joint Action 98/742/JHA, respectively), fraud (within the meaning of Article 1 of the Convention relating to the protection of the financial interests of the European*

Communities) or money laundering (as defined in Article 1 of Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, as amended by Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council).

b. [...]

c. [...]

d. They must not have been convicted by a judgment, which has the force of res judicata of any offence concerning their professional conduct.

e. They must not have been found guilty of grave professional misconduct proven by any means, which the Contracting Authority can demonstrate.

[...].

3.3.6.2 It is understood that in the case of a consortia of natural and/or legal persons, the above requirements for participation [personal situation] shall apply to each one of the participants in the consortium, and if one participant fails to meet any one of these requirements, then the Tender submitted by the consortium shall be excluded from the tender procedure and shall not be evaluated».

Το άρθρο 51(1) του Νόμου προβλέπει ότι:

«51.-(1) Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, ο υποψήφιος ή προσφέρων, εις βάρος του οποίου υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση, γνωστή στην αναθέτουσα αρχή, για έναν ή περισσότερους από τους λόγους που απαριθμούνται κατωτέρω:

(α) [...]

(β) δωροδοκία, όπως αυτή ορίζεται αντίστοιχα στο άρθρο 3 της πράξης του Συμβουλίου της 26^{ης} Μαΐου 1997 και στο άρθρο 3, παράγραφος (1) της κοινής δράσης 98/742/ΔΕΥ του Συμβουλίου·

[...]

(2) Κάθε οικονομικός φορέας δύναται να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν-

- (α) Τελεί υπό πτώχευση [...]
- (β) έχει κινηθεί εναντίον του διαδικασία κήρυξης σε πτώχευση [...]
- (γ) έχει καταδικασθεί βάσει απόφασης που έχει ισχύ δεδικασμένου και η οποία διαπιστώνει αδίκημα σχετικό με την επαγγελματική του διαγωγή·
- (δ) έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές·

[...]».

Είναι φανερό από την πιο πάνω παράθεση του όρου 3.3.6.1(e) των εγγράφων του διαγωνισμού και του άρθρου 51(1)(2) του Νόμου ότι ο όρος του διαγωνισμού για τη συμμετοχή προσφοροδότη στο διαγωνισμό δεν διαχωρίζει μεταξύ υποχρεωτικού αποκλεισμού και δυνητικού αποκλεισμού. Αυτό θεωρούμε ότι είναι χωρίς σημασία αφού η διαδικασία που ακολουθήθηκε είναι η προβλεπόμενη από το Νόμο και την Οδηγία 2004/18/EK.

Η Αναθέτουσα Αρχή καίτοι ο όρος 3.3.6 αναφέρεται σε προϋποθέσεις συμμετοχής, προτού καταλήξει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 43(1) του Νόμου 158(I)/1999, ζήτησε τις απόψεις των Αιτητών.

Σημειώνουμε εδώ, χωρίς να αποδοκιμάζουμε την πιο πάνω ενέργεια της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία προφανώς λόγω του πρωτόγνωρου και των ειδικών περιστατικών του ζητήματος που θα εξέταζε, έδωσε το δικαίωμα στους Αιτητές να θέσουν τις απόψεις τους, ότι στην *G.P. Iron & Wood Makers Ltd v. Δημοκρατίας* (2008) 3 ΑΑΔ σελ. 155 την οποία εντοπίσαμε αναφέρονται τα εξής: «Ο Νόμος 158(I)/99 και ιδιαίτερα το Άρθρο 43(1) αυτού, προβλέπει δικαίωμα ακρόασης, σε εκείνες τις πράξεις της διοίκησης οι οποίες επηρεάζουν πρόσωπο ή συνιστούν μέτρο πειθαρχικής φύσης ή άλλως έχουν το χαρακτήρα της κύρωσης ή θεωρούνται δυσμενούς φύσης. Στα πλαίσια της παρούσας υπόθεσης η διοίκηση δεν έχει λάβει κάποιο δυσμενές μέτρο ή εξέδωσε πράξη από την οποία επηρεάστηκε η εφεσείουσα με την έννοια του Άρθρου 43(1). Η εφεσείουσα ως προσφοροδότρια υπέβαλε αίτηση για να της κατακυρωθεί η επίδικη προσφορά και δεν θα είχε δικαίωμα να ακουστεί από την αναθέτουσα αρχή, όπως ρητά αναγνώρισε και ο κ. Ξενοφώντος ενώπιον της Ολομέλειας κατά την ακρόαση της υπόθεσης, εφόσον η απόφαση της αναθέτουσας αρχής αποτελούσε έργο εντός της διακριτικής ευχέρειας της, πάντοτε βεβαίως μετά από δέουσα έρευνα και με ορθή αιτιολογία». Στην εν λόγω απόφαση γίνεται επίσης αναφορά σε τρεις άλλες αποφάσεις⁴ βοηθητικές καθώς σημειώνεται, όπου λέχθηκε ότι οι κανόνες φυσικής δικαιοσύνης δεν εφαρμόζονται σε λειτουργίες καθαρά διοικητικής φύσης όπως είναι οι διαδικασίες των προσφορών και ότι τα Συμβούλια

⁴ *G.E.D. Metal Industry Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Κεντρικού Συμβουλίου Προσφορών* (1991) 4 Α.Α.Δ. 584, *Maliotis Eng. Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας* (1995) 4 Α.Α.Δ. 2519 και *Βασίλης Χαράκης & Υιός Λτδ v. Κυπριακής Δημοκρατίας* (1990) 3 Α.Α.Δ. 2327.

Προσφορών δεν είναι δικαστικές αρχές ή πειθαρχικά συμβούλια ενώπιον των οποίων θα διεξαχθεί έρευνα με κλήση των προσφοροδοτών ώστε να ακουστούν οι απόψεις τους προτού ληφθεί απόφαση. Τα αποφασισθέντα στην *G.P. Iron & Wood Makers Ltd v. Δημοκρατίας* (πιο πάνω) θεωρούμε ότι απαντούν και τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολούθησε διαδικασία quasi criminal παραβιάζοντας τις διατάξεις του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ. Το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή έδωσε το δικαίωμα στους Αιτητές να ακουστούν δεν μεταβάλλει τη φύση της διαδικασίας. Η διαδικασία που ακολουθήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ήταν καθόλα νόμιμη και δεν είχε οποιαδήποτε σχέση με ποινική ή πειθαρχική διαδικασία. Οι Αιτητές δεν αντιμετωπίστηκαν από το Συμβούλιο Προσφορών, το κατά νόμο αρμόδιο όργανο για το διαγωνισμό, ως διαπράξαντες ποινικό ή πειθαρχικό αδίκημα αλλά ως προσφοροδότες για τους οποίους υπήρχαν στοιχεία μέσα από Δικαστική απόφαση ότι προέβησαν σε συγκεκριμένες ενέργειες και γι' αυτές η Αναθέτουσα Αρχή τους κάλεσε να τοποθετηθούν.

Οι Αιτητές έλαβαν μέρος σε δημόσιο διαγωνισμό ο οποίος διέπεται από τους όρους του και το Νόμο και μέσα σ' αυτό το πλαίσιο έχει εξουσία και υποχρέωση η Αναθέτουσα Αρχή να ενεργήσει.

Αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους ισοδυναμεί με ποινή υπό την έννοια που αυτή έχει στην

ποινική ή πειθαρχική διαδικασία. Εάν γινόταν δεκτός ο ισχυρισμός αυτός τότε κάθε αποκλεισμός από διαγωνισμό προσφοροδότη που δεν πληροί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού και δεν χωρεί αμφιβολία ότι ο σχετικός όρος είναι ουσιώδης θα συνιστούσε ποινή, η οποία προτού του επιβληθεί θα έπρεπε να ακουστούν αυτός και οι μάρτυρες του.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι ο όρος 3.3.6.1 των εγγράφων του διαγωνισμού μιλά για «*found guilty of grave professional misconduct*» και ότι μόνο οι Δικαστικές Αρχές ή το ΕΤΕΚ μπορούσαν να τους βρουν ένοχους παρατηρούμε ότι καίτοι ο όρος 3.3.6.1 των εγγράφων του διαγωνισμού αναφέρεται σε «*found guilty*» στο αγγλικό κείμενο της Οδηγίας 2004/18/EK για τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού δεν υπάρχει η λέξη «*found*». Αναφέρεται απλώς «*has been guilty*», εις δε το ελληνικό κείμενο ότι: «(δ) έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές».

Έχουμε την άποψη ότι η αναφορά στον όρο του διαγωνισμού της φράσης «*found guilty*» δεν μπορεί να έχει την έννοια και τη σημασία που τις αποδίδουν οι Αιτητές. Όπως είναι άλλωστε γνωστό οι όροι ενός διαγωνισμού δεν ερμηνεύονται κατ' απομόνωση λέξεων αλλά στο σύνολο τους. Εάν γινόταν δεκτός ο ισχυρισμός των Αιτητών τότε πιο νόημα έχουν οι φράσεις «*by any means which the contracting authorities can demonstrate*». Θα έπρεπε δηλαδή

οι Αναθέτουσες Αρχές για να αποκλείσουν προσφοροδότη να αποτείνονται ανάλογα με την περίπτωση στα Δικαστήρια ή άλλα επαγγελματικά σώματα ή να είναι μάρτυρες στη διαδικασία για να κρίνουν αυτά την ενοχή του. Θεωρούμε ότι κάτι τέτοιο είναι εκτός του γράμματος και του πνεύματος του όρου του διαγωνισμού. Η αναφορά «*found guilty*» υπό το φως του συνόλου του όρου που εξετάζουμε, του άρθρου 45(δ) (Αγγλικό και Ελληνικό κείμενο) της οδηγίας 2004/18/EK, και του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου δεν αναφέρεται σε διαπίστωση ενοχής υπό την έννοια της ποινικής ή πειθαρχικής διαδικασίας όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές. Τα αποφασισθέντα στις *Κυριακίδης κ.ά. ν. Δημοκρατίας και Βασιλείου ν. Δήμου Παραλιμνίου και ή Άλλου (Αρ. 1)* (πιο πάνω) δεν βρίσκουμε να τυγχάνουν εδώ εφαρμογής. Στην *Κυριακίδης κ.ά. ν. Δημοκρατίας* ενώ υπήρχε αθωωτική απόφαση του Κακουργιοδικείου το Υπουργικό Συμβούλιο για τις ίδιες πράξεις προχώρησε κατ' επίκληση του άρθρου 13B του περί Αστυνομίας Νόμου, Κεφ. 285, όπως τροποποιήθηκε, το οποίο όπως κρίθηκε αφορά την προαγωγή των λειτουργικών αναγκών της Αστυνομίας αποκλεισμένου του τερματισμού υπηρεσιών, στην απόλυση των εφεσειόντων. Στην *Βασιλείου ν. Δήμου Παραλιμνίου και ή Άλλου (Αρ. 1)* τα ζητήματα ήσαν διαφορετικά. Ετίθετο ζήτημα σύνθεσης του πειθαρχικού σώματος το οποίο προχώρησε στην απόλυση του Δημοτικού Γραμματέα. Και στις δύο υποθέσεις επρόκειτο για πειθαρχικές διαδικασίες οι οποίες οδήγησαν

σε απολύσεις κατά παράβαση του ισχύοντος δικαίου. Εδώ πρόκειται για αποκλεισμό από συγκεκριμένο διαγωνισμό.

Ούτε ο ισχυρισμός ότι οικονομικός φορέας είναι η Κοινοπραξία για την οποία δεν υπήρχε οποιαδήποτε αναφορά στην Ποινική Υπόθεση και συνεπώς δεν μπορούσε να αποκλεισθεί ευσταθεί. Όπως αναφέρεται στον όρο 3.3.6.2 τα προβλεπόμενα στον όρο 3.3.6.1 ισχύουν και εφαρμόζονται για κάθε μέρος της Κοινοπραξίας.

Ερχόμαστε τώρα στον ισχυρισμό για πλάνη της Αναθέτουσας Αρχής ως προς τη σημασία της Ποινικής Υπόθεσης και παρατηρούμε τα εξής. Όπως είναι καλά γνωστό πλάνη περί τα πράγματα υπάρχει όταν η διοίκηση κατά την άσκηση της διακριτικής της εξουσίας στηρίζεται σε γεγονότα και προϋποθέσεις εξ' αντικείμενου ανύπαρκτα. Η πλάνη δε για να οδηγήσει σε ακύρωση πράξης ή απόφασης της διοίκησης πρέπει να είναι ουσιώδης (άρθρο 46 του Ν.158(Ι)/1999). Η πλάνη οδηγεί επίσης σε ακύρωση όταν αυτή αφορά σε λανθασμένη ερμηνεία του νόμου ή εφαρμογή όσων ο νόμος ορίζει.

Στην παρούσα περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια έρευνας της μετά από την επιστολή ημερ. 9.1.2015, έλαβε γνώση της απόφασης στην Ποινική Υπόθεση στην οποία γίνεται ρητή αναφορά στους Αιτητές όχι ως κατηγορούμενους ούτε ως μάρτυρες όπως ορθά υπέδειξαν και οι ίδιοι. Οι

αναφορές σ' αυτούς όπως στην ίδια την απόφαση καταγράφεται είναι μέρος των γεγονότων τα οποία χαρακτηρίζονται από το Δικαστήριο ως αδιαμφισβήτητα, ασφαλώς σε σχέση με τα αδικήματα που αντιμετώπιζαν οι κατηγορούμενοι για σκοπούς στοιχειοθέτησης των κατηγοριών που παραδέχθηκαν, χωρίς όμως αυτά να παύουν να είναι γεγονότα που αφορούν και τους Αιτητές, ανεξάρτητα ότι αυτοί δεν ήσαν κατηγορούμενοι ή μάρτυρες. Οι αναφορές του δικαστηρίου στις ενέργειες των διευθυντών των Αιτητών ήσαν γεγονότα που αναφέρθηκαν από την Κατηγορούσα Αρχή στη βάση του μαρτυρικού υλικού που εξασφάλισε. Η ποινική διαδικασία και συνακόλουθα η απόφαση η οποία εκδόθηκε στη βάση της παραδοχής των κατηγορουμένων δεν χωρεί αμφιβολία ότι δεν αφορά τους Αιτητές, αναφέρεται όμως ρητά στις ενέργειες στις οποίες αυτοί προέβησαν και οι οποίες συνέθεταν τις κατηγορίες που οι κατηγορούμενοι παραδέχθηκαν. Εάν από τα γεγονότα δεν στοιχειοθετούνται οι κατηγορίες που παραδέχθηκαν οι κατηγορούμενοι, η παραδοχή τους δεν μπορούσε να οδηγήσει στην ενοχή τους για σκοπούς επιβολής ποινής. Εν πάση περιπτώσει στην παρούσα περίπτωση οι Αιτητές ούτε ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής αλλά ούτε και ενώπιον μας αρνήθηκαν τις ενέργειες που καταγράφονται στην Ποινική Υπόθεση και που στάθμισε η Αναθέτουσα Αρχή προτού καταλήξει. Οι Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015 (οι Αιτητές στην Προσφυγή 26/2015 παραδέχονται ότι έδωσαν χρήματα, εκβιάστηκαν όμως, ισχυρίστηκαν, γι' αυτό) εκείνο που πρόβαλαν ενώπιον της

Αναθέτουσας Αρχής αλλά και ενώπιον μας δεν είναι ότι δεν έδωσαν χρήματα στους κατηγορουμένους για τους λόγους που έχουμε προαναφέρει, αλλά ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε εξουσία να εξετάσει τέτοιο ζήτημα, ότι η απόφαση στην Ποινική Υπόθεση δεν αποτελεί δεδικασμένο για τους ίδιους, και ότι όσα αναφέρονται σ' αυτή δεν μπορούν να αποτελέσουν τη βάση για συμπεράσματα σε βάρος τους.

Οι ισχυρισμοί ότι στην απόφαση του Δικαστηρίου δεν καταλογίζεται στους Αιτητές χρηματισμός των κατηγορουμένων και συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή τελούσε υπό πλάνη όταν αποφάσιζε τον αποκλεισμό τους δεν ευσταθεί. Η αναφορά της Αναθέτουσας Αρχής σε χρηματισμό δεν είναι τίποτε άλλο παρά επανάληψη φράσης που καταγράφεται στη δικαστική απόφαση και αποδίδει συνοπτικά για σκοπούς της δικαστικής απόφασης τις ενέργειες των Αιτητών να δώσουν χρήματα στους κατηγορουμένους για να τύχουν ευνοϊκής μεταχείρισης. Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών για δεσμευτικότητα της Οδηγίας 2014/24/EK ευσταθεί, δεδομένου ότι ο χρόνος ενσωμάτωσης της στο εθνικό δίκαιο δεν έχει εκπνεύσει. Το γεγονός όμως ότι αυτή δεν έχει ακόμη ισχύ δεν σημαίνει ότι δεν μπορεί να αντληθεί καθοδήγηση από αυτή και φαίνεται να έχει αντληθεί αφού στο πρακτικό ημερ. 22.5.2015 υπάρχει ρητή αναφορά στη θέση των Αιτητών για πάροδο μεγάλου χρόνου από τα συμβάντα. Στο ζήτημα αυτό του χρόνου θα επανέλθουμε.

Με την απόρριψη των ισχυρισμών των Αιτητών σε σχέση με την πλάνη της Αναθέτουσας Αρχής ως προς τη σημασία της δικαστικής απόφασης και τα της διαδικασίας που αυτή ακολούθησε, προχωρούμε να εξετάσουμε τον ισχυρισμό περί μη συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου και ειδικότερα κατά πόσο η Αναθέτουσα Αρχή ακολούθησε και εφάρμοσε τα αποφασισθέντα στην *Forposta S.A και ABC Direct Contract sp. Zoo κατά Poczta Polska SA* (πιο πάνω) από την οποία και το πιο κάτω απόσπασμα:

«26. Επομένως, οι έννοιες «σοβαρό» «επαγγελματικό» «παράπτωμα» που διέπραξε, του εν λόγω άρθρου 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ', μπορούν να διευκρινιστούν και να διατυπωθούν λεπτομερέστερα στο εθνικό δίκαιο, τηρουμένου, ωστόσο, του δικαίου της Ένωσης.

27. Συναφώς, πρέπει να τονιστεί ότι, όπως ορθώς υποστηρίζει η Πολωνική Κυβέρνηση, η έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνο τις παραβάσεις των κανόνων δεοντολογίας υπό τη στενή έννοια του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας, οι οποίες διαπιστώνονται από το προβλεπόμενο στο πλαίσιο του επαγγέλματος αυτού πειθαρχικό όργανο ή από δικαστική απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου.

28. Συγκεκριμένα, το άρθρο 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχείο δ', της οδηγίας 2004/18 επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να διαπιστώσουν επαγγελματικό παράπτωμα με οποιοδήποτε μέσο διαθέτουν. Περαιτέρω, αντίθετα με το ίδιο εδάφιο, στοιχείο γ', δεν απαιτείται απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση επαγγελματικού παραπτώματος, κατά την έννοια της διατάξεως που περιλαμβάνεται στο εν λόγω εδάφιο, στοιχείο δ'.

29. Επομένως, η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί, κατ' αρχήν, να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα.

30. *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.*

31. *Περαιτέρω, για τη διαπίστωση της υπάρξεως «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα.»*

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω αλλά και τα αποφασισθέντα στην *Croce Amica One Italia Srl κατά ATEU* (πιο πάνω) δεν έχουμε αμφιβολία ότι οι ενέργειες των Αιτητών συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Τόσο από τις πιο πάνω αποφάσεις οι οποίες εκδόθηκαν υπό το φως της οδηγίας 2004/18/EK όσο και από το άρθρο 57(4)(γ)⁵ της οδηγίας 2014/24/EK από το οποίο αντλείται καθοδήγηση, συνάγεται ότι για τη διαπίστωση εάν μια συμπεριφορά συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το σημαντικό είναι εάν οι ενέργειες του οικονομικού φορέα έχουν αντίκτυπο στην αξιοπιστία και ακεραιότητα του.

Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ο οποίος διαπνέεται από τις αρχές που έχουμε ήδη προαναφέρει δεν μπορεί οι ενέργειες των Αιτητών να δώσουν χρήματα στους κατηγορούμενους για να τύχουν ευνοϊκής μεταχείρισης σε σχέση με δημόσια σύμβαση, ανεξάρτητα εάν έχουν ή δεν έχουν αποκομίσει όφελος, να μην συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Το γεγονός και

⁵ γ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του·

μόνο της ευνοϊκής μεταχείρισης αποτελεί όφελος. Πράξεις και συμπεριφορές όπως αυτές των Αιτητών σαφώς και έχουν αντίκτυπο στην αξιοπιστία τους. Πρόσθετα παραβιάζουν κάθε αρχή των δημοσίων συμβάσεων και νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό ο οποίος αποτελεί γενική κατευθυντήρια αρχή και βάση στην οποία εδράζεται το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Η κεντρική θέση που κατέχει η αρχή του πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αποτυπώνεται στις αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας 2004/18/EK (αιτιολογική σκέψη 2, 29, 36, 46). Το γεγονός ότι οι Αιτητές με απόφαση του Γενικού Εισαγγελέα δεν έχουν κατηγορηθεί για τις πράξεις τους δεν εμποδίζει την Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια της διαδικασίας του διαγωνισμού να τις εξετάσει με σκοπό να διαπιστώσει εάν από αυτές κλονίζεται η αξιοπιστία των Αιτητών. Ο Γενικός Εισαγγελέας στη βάση των εξουσιών του (Άρθρο 113 του Συντάγματος) έκρινε για λόγους δημοσίου συμφέροντος και που ο ίδιος γνωρίζει ποιοι είναι αυτοί, να μην προχωρήσει σε ποινική δίωξη και δεν είναι έργο δικό μας να διασυνδέσουμε κατά την εξέταση της νομιμότητας της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής την απόφαση του να μην τους προσάψει κατηγορίες. Ούτε το γεγονός ότι στο Νόμο δεν εξειδικεύονται ή δεν διευκρινίζονται οι έννοιες «σοβαρό» «επαγγελματικό παράπτωμα» επιδρά στην εφαρμογή του άρθρου 51(2)(δ) από τη στιγμή που κατά την εφαρμογή του ακολουθούνται οι αρχές του ενωσιακού δικαίου.

Από το πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.5.2015 φαίνεται ότι το Συμβούλιο έθεσε στην εκπρόσωπο του Γενικού Εισαγγελέα, που παρίστατο στη συνεδρία του ως παρατηρητής, διάφορα ερωτήματα που το απασχολούσαν και συγκεκριμένα, ποια η σχετικότητα της ποινικής υπόθεσης με το ζήτημα του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που εξέταζε, εάν η παρέλευση μεγάλου χρόνου από τη διάπραξη του το στερεί από τη δυνατότητα αποκλεισμού οικονομικού φορέα, εφόσον αποδεδειγμένα διαπίστωσε τη διάπραξη, εάν η τέλεση πράξης υπό εκβιασμό απαλλάσσει αυτόν που έχει εκβιαστεί και εάν η διαπίστωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από συμμετέχοντα σε κοινοπραξία έχει συνέπειες στην ίδια την κοινοπραξία. Τις απαντήσεις που δόθηκαν και οι οποίες ουσιαστικά οδήγησαν το Συμβούλιο στη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης οι Αιτητές τις αμφισβήτησαν για τους λόγους που έχουμε προαναφέρει. Στο πρακτικό ημερ. 22.5.2015, το οποίο ομολογουμένως είναι λεπτομερές, το Συμβούλιο Προσφορών προτού καταλήξει στον αποκλεισμό των Αιτητών αναφέρει μεταξύ άλλων τα εξής:

«12. Το Συμβούλιο στην απουσία της κας Παπαέτη και του κ. Καπρή, προχώρησε σε λεπτομερή εξέταση του περιεχομένου των τεσσάρων επιστολών που υποβλήθηκαν στο Συμβούλιο, στο πλαίσιο άσκησης του δικαιώματος ακρόασης, δηλαδή της επιστολής του δικηγορικού γραφείου «Prountzos & Prountzos» εκ μέρους του Προσφέροντα 7 – Κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E J.V.» και των επιστολών των εταιρειών «Medcon Construction Ltd» και «LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTION LTD», μερών της Κοινοπραξίας «N.I.M.E.M.E J.V.» και της επιστολής του δικηγορικού γραφείου «Τάσσος Παπαδόπουλος Δ.Ε.Π.Ε.» εκ μέρους του προσφέροντα 8 - «NEMESIS ERGOLIPTIKI DIMOSIA ETERIA LTD». Η εξέταση του περιεχομένου των εν λόγω επιστολών έγινε λαμβάνοντας

υπόψη τη γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, η οποία διαβιβάστηκε με την επιστολή του ημερομηνίας 26/03/2015 και αρ. φακ. Γ.Ε./Αρ. 35/2006/Υ.221 και 50(VIII)/2004/Ν.95/9, τα στοιχεία που αναφέρονται στην απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014 και την τοποθέτηση κατά τη συνεδρία της εκπροσώπου του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας. Στη βάση των πιο πάνω, το Συμβούλιο διαπίστωσε και αποφάσισε τα ακόλουθα που αφορούν τις γραπτές παραστάσεις και των δύο προσφερόντων.

12.1. Η πράξη του χρηματισμού προσώπου, που εμπλέκεται με την ανάθεση ή την εκτέλεση σύμβασης, αποτελεί πράξη εν τη εννοία του όρου «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», όπως αναφέρεται στη σκέψη 27 της απόφασης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης C-465/11, Forposta.

12.2. Η απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014 δεν στηρίχθηκε μόνο στις παραδοχές των δύο κατηγορουμένων, αλλά και στην παράθεση των γεγονότων στο Δικαστήριο από την Κατηγορούσα Αρχή, στη βάση της υπάρχουσας μαρτυρίας. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο αναφέρεται σε: «αδιαμφισβήτητα γεγονότα που συνθέτουν την παράνομη δραστηριότητα των κατηγορουμένων 1 και 2 όπως έχουν εκτεθεί από την Κατηγορούσα Αρχή». Συνεπώς, σύμφωνα με την απόφαση του Δικαστηρίου αποτελεί αδιαμφισβήτητο γεγονός η διάπραξη χρηματισμού από τις εμπλεκόμενες εταιρείες. Περαιτέρω, το Συμβούλιο λαμβάνει δεόντως υπόψη το γεγονός πως δόθηκε στις εμπλεκόμενες εταιρείες δικαίωμα ακρόασης μέσω γραπτών επιστολών και συγκεκριμένα: «δυνατότητα γραπτής υποβολής θέσεων/απόψεων και προσκόμιση σχετικών στοιχείων, που να αφορούν το συγκριμένο θέμα». Όμως, οι εν λόγω εταιρείες δεν προσκόμισαν οποιοδήποτε στοιχείο, με το οποίο να αμφισβητούνται οι αναφορές του Δικαστηρίου, που τις αφορούν, ούτε ανέφεραν πως αυτές δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα. Απλά περιορίστηκαν να αναφέρουν πως η απόφαση του δικαστηρίου στηρίζεται στις παραδοχές των κατηγορουμένων.

13. Περαιτέρω, το Συμβούλιο διαπίστωσε και αποφάσισε τα ακόλουθα αναφορικά με θέματα που εγείρονται μόνον στην επιστολή του Προσφέρονται 8 – Κοινοπραξία «N.I.M.E.M.E J.V.» και των εταιρειών «Medcon Construction Ltd» και «LOIZOS IORDANOU CONSTRUCTION LTD», μερών της Κοινοπραξίας:

13.1. Τα στοιχεία που αναφέρονται στην απόφαση του Δικαστηρίου του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην υπόθεση αρ. 12057/2014 αποτελούν αποδεδειγμένα γεγονότα, στην έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου και όχι «obiter dictum».

13.2. Σύμφωνα με τον όρο 3.3.6.2 των Οδηγιών προς τους Οικονομικούς Φορείς, οι ίδιες προϋποθέσεις αναφορικά με την προσωπική κατάσταση των προσφερόντων (οικονομικών φορέων) εφαρμόζονται και για τα μέρη της κοινοπραξίας, εάν ο προσφέρων είναι κοινοπραξία. Συνεπώς, η έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εφαρμόζεται και στα μέρη της κοινοπραξίας, κατά αναλογία. Ως εκ τούτου, εάν το Συμβούλιο διαπιστώσει διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από πρόσωπο (φυσικό ή νομικό), που αποτελεί μέρος κοινοπραξίας, μπορεί να απορρίψει την προσφορά της κοινοπραξίας, της οποίας μέρος είναι το συγκεκριμένο πρόσωπο.

14. Επιπλέον, το Συμβούλιο διαπίστωσε και αποφάσισε τα ακόλουθα αναφορικά με θέματα που εγείρονται μόνον στην επιστολή του Προσφέροντα 8 - «NEMESIS ERGOLIPTIKI DIMOSIA ETERIA LTD»:

14.1. Η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής στην Προσφυγή αρ. 17/2013 δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στο υπό εξέταση θέμα επειδή αυτή συγκρούεται με τη μεταγενέστερη απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ημερομηνίας 11.12.2014, που αφορά στην υπόθεση C-440/13 και συγκεκριμένα με τη σκέψη 28 της απόφασης. Ως εκ τούτου, το Συμβούλιο, ως το Αρμόδιο Όργανο της Αναθέτουσας Αρχής, δύναται να αποκλείσει οικονομικό φορέα, που αποδεδειγμένα διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση.

14.2. Η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος υπό το καθεστώς εκβιασμού δεν απαλλάσσει αυτομάτως τον υποκείμενο στον εκβιασμό από τις ευθύνες του, που απορρέουν από τη διάπραξη της συγκεκριμένης πράξης. Συνεπώς, ο Διευθυντής της «NEMESIS ERGOLIPTIKI DIMOSIA ETERIA LTD» ως ο επιτυχών, νομίμως, προκηρυχθέντος διαγωνισμού, με νομίμως υπογραφέν συμβόλαιο, διεκδικώντας νόμιμες αξιώσεις, είχε υποχρέωση να καταγγείλει τους εκβιαστές του στις αρμόδιες αρχές του κράτους και όχι να υποκύψει στον εκβιασμό διαπράττοντας έτσι πειθαρχικά, επαγγελματικά ή και ποινικά παραπτώματα/αδικήματα. Παρά το γεγονός ότι η Οδηγία 2014/24/EK, δεν

έχει ενταχθεί ακόμη στο εθνικό δίκαιο και κατά συνέπεια δεν δεσμεύει, το Συμβούλιο εξέτασε και έλαβε υπόψη, για σκοπούς καθοδήγησης του, το άρθρο 57(4)(γ) της εν λόγω οδηγίας.

14.3. Αναφορικά με την επίκληση της αρχής της ισότητας προφανώς αυτή εφαρμόζεται, λαμβανομένων υπόψη των περιστατικών της κάθε περίπτωσης, του κάθε διαγωνισμού. Οι αποφάσεις του Συμβουλίου βασίζονται σε ενιαίο μέτρο και ως εκ τούτου εφαρμόζεται η αρχή της ισότητας, κατά αναλογία. Το Συμβούλιο λαμβάνει επίσης υπόψη την αρχή της αναλογικότητας, έχοντας υπόψη πως ο χρηματισμός αποτελεί σοβαρότατο αδίκημα. Περαιτέρω, το Συμβούλιο λαμβάνει υπόψη πως ο μη αποκλεισμός οικονομικών φορέων, που εμπλέκονται σε θέματα διαφθοράς, χωρίς να συντρέχουν σοβαροί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, δυνατόν να θέσει σε κίνδυνο τη χρηματοδότηση των έργων του δημοσίου, γενικότερα.

14.4. Δεν προκύπτει από οποιαδήποτε νομοθεσία ή νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου ή του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ότι η παρέλευση μεγάλης χρονικής περιόδου από τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στερεί τη δυνατότητα του Συμβουλίου να αποκλείσει οποιοδήποτε προσφέροντα από το διαγωνισμό, εάν αποδειγμένα έχει διαπιστωθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αλλά αυτό αποτελεί στοιχείο που λαμβάνεται υπόψη συνεκτιμώμενο με άλλα δεδομένα της υπόθεσης».

Η κατάληξη μας βέβαια ότι οι πράξεις των Αιτητών όπως αυτές περιγράφονται στη δικαστική απόφαση συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δεν οδηγεί άνευ ετέρου στον αποκλεισμό των Αιτητών και το επόμενο ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι εάν η Αναθέτουσα Αρχή ακολούθησε την ορθή διαδικασία και έλαβε υπόψη της όλα όσα είχε καθήκον και υποχρέωση να σταθμίσει προτού καταλήξει.

Είναι κοινό έδαφος ότι το Συμβούλιο Προσφορών προτού καταλήξει σε αποκλεισμό στη βάση του άρθρου 51(2) του Νόμου θα πρέπει να

συγκεκριμενοποιήσει τις πράξεις που αποδεδειγμένα συνιστούν διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος, να εκτιμήσει και να εξατομικεύσει τη στάση του συγκεκριμένου φορέα.

Ότι η απόφαση στην Ποινική Υπόθεση που λήφθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών αποτελείται από 35 σελίδες δεν επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο. Εκείνο που έχει σημασία είναι εάν σ' αυτή αναφέρονται οι συγκεκριμένες ενέργειες των Αιτητών τις οποίες η Αναθέτουσα Αρχή χαρακτήρισε «*χρηματισμό*». Μελέτη της απόφασης σαφώς και αναφέρει τα γεγονότα που συνθέτουν την δραστηριότητα τους, την οποία έχουμε ήδη, σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή, καταλήξει ότι συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Έχουμε εξετάσει με προσοχή το πρακτικό ημερ. 22.5.2015 και δεν βλέπουμε το Συμβούλιο Προσφορών να μην έχει συμμορφωθεί με όσα η *Forposta S.A και ABC Direct Contract sp. Zoo v. Poczta Polska SA* (πιο πάνω) υποδεικνύει. Αξιολόγησε τις πράξεις των Αιτητών διαπίστωσε ότι αυτές συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, έλαβε υπόψη του το χρόνο που μεσολάβησε ως παράμετρο της αρχής της αναλογικότητας, έκρινε όμως, λαμβανομένης υπόψη της σοβαρότητας των ενεργειών τους σε συνδυασμό με όλα τα περιστατικά ότι εδικαιολογείτο ο αποκλεισμός τους. Δεν υπήρχαν, ανέφερε, λόγοι δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογούσαν τον μη αποκλεισμό των Αιτητών.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό για παραβίαση της αρχής της ισότητας επειδή σε άλλο διαγωνισμό οι Αιτητές στην Προσφυγή 28/2015 δεν αποκλείστηκαν, συμφωνούμε και πάλι με την Αναθέτουσα Αρχή ότι δεν τίθεται ζήτημα αφού δεν πρόκειται για τον ίδιο διαγωνισμό. Άλλωστε εκεί όπως αναφέρθηκε συνέτρεχαν λόγοι δημοσίου συμφέροντος, αφού δεν υπήρχε άλλος προσφοροδότης, ενώ στον υπό εξέταση διαγωνισμό δεν ετίθετο τέτοιο ζήτημα. Υπήρχαν σε ισχύ ακόμη τέσσερις (4) προσφορές που κρίθηκε ότι πληρούσαν τους όρους του διαγωνισμού. Εν πάση περιπτώσει, ο υπό εξέταση αποκλεισμός των Αιτητών δεν ισοδυναμεί με αποκλεισμό τους γενικά από δημόσιες συμβάσεις αφού κάθε περίπτωση κρίνεται υπό τα δικά της δεδομένα.

Η παρέλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος από την τέλεση των πράξεων όπως αυτή τέθηκε από τους Αιτητές ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής δεν παραβλέφθηκε, συνυπολογίστηκε. Η επιχειρηματολογία των Αιτητών σε σχέση με το άρθρο 57(7) της Οδηγίας 2014/24/EK από τη στιγμή που η οδηγία δεν είναι δεσμευτική είναι πρόωρο να σχολιαστεί. Θα πρέπει πρώτα να υπάρξει το νομοθετικό πλαίσιο.

Όπως κατ' επανάληψη έχει νομολογηθεί σε περίπτωση άσκησης διακριτικής εξουσίας της διοίκησης το δικαστήριο δεν υποκαθιστά την κρίση του με την κρίση του αρμόδιου οργάνου εφόσον αυτή δεν ασκήθηκε κατά παράβαση νόμου ή κατά κατάχρηση ή υπέρβαση εξουσίας (βλ. *Constantinides v.*

Republic (1973) 3 CLR 508, *Kyriakou and Another v. PSC* (1974) 3 CLR 358, *Soliman v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφύγων* (2007) 3 AAD 87).

Έχοντας εξετάσει τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.5.2015 καταλήγουμε ότι οι Αιτητές δεν έδειξαν οποιοδήποτε λόγο στη βάση του οποίου η απόφαση θα μπορούσε να κριθεί ως πλημμελής. Δεν έχουμε εντοπίσει οτιδήποτε που να καταδεικνύει ότι το Συμβούλιο Προσφορών υπερέβη τα ακραία όρια της διακριτικής του εξουσίας ή πως η αιτιολογία που δόθηκε στην απόφαση του ήταν βασισμένη σε λανθασμένα ή πεπλανημένα γεγονότα ή πως η απόφαση στερείται νόμιμης ή επαρκούς αιτιολογίας.

Για τους πιο πάνω λόγους θα απορρίπταμε τις προσφυγές. Η κατάληξη μας καθιστά αχρείαστη την εξέταση των λόγων ακυρότητας σε σχέση με τον επιτυχόντα.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος