



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. 48/2015

Μεταξύ: NEMESIS ASPHALT CO. LTD

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

NEMESIS ASPHALT CO. LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή Παπαευσταθίου, Δικηγόρο, για Τάσσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε.
2. Γεώργιο Μιχαηλίδη, Εκπρόσωπο Αιτούσας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ρένα Παπαέτη Χατζηκώστα. Εισαγγελέα της Δημοκρατίας
2. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρο της Δημοκρατίας,

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 4 Απριλίου, 2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η απόφαση του Τμήματος Δημοσίων Έργων («Αναθέτουσα Αρχή») να αποκλείσει την προσφορά της εταιρείας NEMESIS ASPHALT CO. LTD, («Αιτητές») από τον διαγωνισμό με αρ. PS/DB/10 και τίτλο *«Μελέτη και Κατασκευή του Κάθετου Δρόμου που συνδέει το νέο λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού – Πάφου, Φάση II, Τμήμα Β»* επειδή *«η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας NEMΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ βαρύνει και την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO. LTD, της οποίας μοναδικός μέτοχος είναι η NEMΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ»* και να τον κατακυρώσει στην εταιρεία CYBARCO LTD.

Η απόφαση μας είναι ομόφωνη σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών για ακύρωση της απόφασης αποκλεισμού τους, λόγω μη παραβίασης του όρου 3.3.6(ε) του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς, ως και το Παράρτημα 4 των εγγράφων του διαγωνισμού Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης ο οποίος προβλήθηκε, εξετάστηκε και απορρίφθηκε νωρίτερα σήμερα στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 32/2015 NEMΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ ν ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ, έτσι ώστε θεωρούμε αχρείαστο να επαναλάβουμε τους λόγους απόρριψης του πιο πάνω ισχυρισμού τους οποίους υιοθετούμε και για τους σκοπούς της παρούσας.

Η απόφαση μας σε σχέση με τους υπόλοιπους ισχυρισμούς δεν είναι ομόφωνη.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό περί δεσμευτικότητας της απόφασης της πλειοψηφίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και το οποίο ζήτημα είναι γενικό και δεν συνδέεται με τα γεγονότα της υπόθεσης θα εξεταστεί στη συνέχεια. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν η Πρόεδρος τα μέλη της Αρχής κ.κ. Λοΐζος Κάππας, Βασίλης Πάλμας και Σόλων Παπαθεοχάρους. Το μέλος κος Γιώργος Αναστασίου έχει διαφορετική απόφαση.

Σε σχέση με τους υπόλοιπους ισχυρισμούς 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

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟ ΘΕΜΑ ΤΗΣ
ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ ΤΗΣ Α.Α.Π.

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Προσφυγή θα πρέπει να επιτύχει μεταξύ άλλων λόγων και για το λόγο ότι ο αποκλεισμός τους στη βάση του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου 12(Ι)/2006 με απόφαση της πλειοψηφίας στις Προσφυγές 26/2015 και 28/2015 ακυρώθηκε. Στις εν λόγω Προσφυγές με απόφαση της πλειοψηφίας κρίθηκε 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»».

Οι Αιτητές σε σχέση με τη δεσμευτικότητα της απόφασης της πλειοψηφίας στις συνεκδικασθείσες Προσφυγές 26/2015 και 28/2015 κατ' επίκληση των αποφασισθέντων στην *Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 29/2009 LOGICOM PUBLIC LIMITED ν. Τμήματος Υπηρεσιών Πληροφορικής* εισηγήθηκαν ότι τα μέλη της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών που εξέδωσαν απόφαση μειοψηφίας η Πρόεδρος και το Μέλος Βασίλης Πάλμας είναι κατ' ανάλογο τρόπο με τις Αναθέτουσες Αρχές δεσμευμένα να ακολουθήσουν την απόφαση της πλειοψηφίας. Κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης ζητήθηκε από τη δικηγόρο των Αιτητών να επεξηγήσει περαιτέρω το ζήτημα και πού στηρίζει την εισήγηση της αυτή λαμβανομένου υπόψη ότι οι αποφάσεις στις οποίες παρέπεμψε αφορούν σε δεσμευτικότητα κατώτερων διοικητικών οργάνων από αποφάσεις ανώτερου

διοικητικού οργάνου, όπως είναι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Ο διάλογος ο οποίος έγινε και τον οποίο μεταφέρουμε από τα πρακτικά, στην ουσία φανερώνει ότι τα όσα ανέφερε αποτελούν προβληματισμό ο οποίος όμως δεν αναιρεί τη νομική αρχή σε σχέση με τη δεσμευτικότητα με την οποία και η ίδια συμφωνεί:

«Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Με προβληματίσε αρκετά το θέμα και κατέληξα στο εξής, η νομική μου άποψη είναι η εξής.

Εγώ αντιλαμβάνομαι ότι ο κάθε δικαστής, αλλά και ο κάθε ένας που συμμετέχει σε μία Αρχή που έχει συσταθεί με βάση το νόμο και τις εξουσίες που έχετε εσείς, βεβαίως είναι υπόλογος μόνο στη συνείδηση και στην άποψη τη δική του, τούτο είναι ξεκάθαρο.

Όμως αυτό που με προβληματίζει είναι η ασφάλεια δικαίου που δημιουργείται, ή η μη ασφάλεια δικαίου από φαινόμενα όπως το εξής.

Έχει εκδοθεί μία απόφαση από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών η οποία έτυχε να εκδοθεί κατά πλειοψηφία, εγώ θεωρώ ότι παρόλο το δικαίωμα που έχει κάποιος βεβαίως και είναι αναφαίρετο να διατηρεί την άποψη που διατηρεί, τη νομική άποψη η οποία βεβαίως είναι καταγεγραμμένη και ενδεχομένως να καταγραφεί και σε μία νεότερη απόφαση...

Πρόεδρος: Άρα δεν υπάρχει δεσμευτικότητα.

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Όχι αλλού θα καταλήξω. Να καταγραφεί υπό μορφή άποψης, αλλά δεν μπορεί να μην δεσμεύεται το ίδιο το όργανο από τις δικές του τις αποφάσεις, διότι το όργανο δεν είναι ο Α΄, ο Β΄, ο Γ΄, ο Δ΄ και ο Ε΄. Το όργανο είναι συλλογικό και είναι ένα. Επομένως η δεσμευτικότητα αφορά τη δεσμευτικότητα του οργάνου, γι' αυτό είπα ότι έχω την ταπεινή εισήγηση ότι ακόμα και τα μέλη που είχαν διαφωνήσει με την απόφαση της πλειοψηφίας θα μπορούσαν ενδεχομένως να καταγράψουν τη διαφωνία τους αλλά δεσμεύονται να ακολουθήσουν την απόφαση που είχε εκδοθεί από την πλειοψηφία.

Πρόεδρος: Μα με το σκεπτικό σας θα πρέπει να δεσμεύονται και στην αρχική απόφαση να μην διατυπώσουν απόφαση.

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Όχι γιατί εκεί εκδίδετε απόφαση.

Πρόεδρος: Και εδώ θα εκδοθεί απόφαση.

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Ναι αλλά έχει μια τεράστια διαφορά.

Πρόεδρος: Ποιά είναι η διαφορά;

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Δημιουργείται νομολογία.

Πρόεδρος: Από εμάς;

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Νομολογία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

[...]

Πρόεδρος: Δεσμεύομαι από το ανώτερο όργανο.

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Είμαι δεσμευμένος να δεσμευτώ από το....

Πρόεδρος: Από το ανώτερο μου όργανο.

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Ναι από το ανώτερο έτσι ναι.

Εγώ θεωρώ ότι σε μία διαδικασία όπως αυτή όπου επαναλαμβάνω τέθηκε ένα ζήτημα και αποφασίστηκε, ο καθένας δικαιούται να διατηρεί τις απόψεις του τις οποίες ενδεχομένως θα καταγράψει εκ νέου, αλλά θεωρώ ότι ναι είναι δεσμευτική η απόφαση της πλειοψηφίας ως προς την κατάληξη αυτό θεωρώ, είναι εισήγησή μου. Θα το αποφασίσετε...».

Οι προβληματισμοί οι οποίοι τέθηκαν ενώπιόν μας δεν βλέπουμε πώς μπορούν να ανατρέψουν την νομική αρχή ότι η δεσμευτικότητα των αποφάσεων διοικητικών οργάνων αφορά και αναφέρεται σε ιεραρχικά κατώτερα όργανα και όχι στα μέλη των Διοικητικών Οργάνων τα οποία ως ισότιμα δεν είναι δυνατόν να δεσμεύονται από την απόφαση άλλων μελών έστω και εάν αυτά είναι η πλειοψηφία. Εάν ίσχυε κάτι τέτοιο τότε θα ήταν χωρίς νόημα η πρόνοια του άρθρου 8(2) του Νόμου 104(Ι)/2010 το οποίο προβλέπει ότι «Οι αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών λαμβάνονται κατά πλειοψηφία. Σε περίπτωση ισοψηφίας ο πρόεδρος

της συνεδριάσεως έχει νικήσα ψήφο», αλλά και του άρθρου 25 του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (Ν.158(Ι)/1999).

Συνεπώς ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών απορρίπτεται κατά πλειοψηφία.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος

**ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟ ΘΕΜΑ ΤΗΣ
ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ ΤΗΣ Α.Α.Π.**

Αναφορικά με το θέμα της δεσμευτικότητας θα διαφωνήσω με την πλειοψηφία και θα παραθέσω σχετικό απόσπασμα από το Εγχειρίδιο Κυπριακού Διοικητικού Δικαίου του έγκριτου νομικού Νίκου Χαραλάμπους, από την σελ. 6,

«...Η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου έχει την δυνατότητα να μην ακολουθήσει προηγούμενη απόφαση της όταν διαπιστώνεται ότι η απόφαση είναι αδιαμφισβήτητα εσφαλμένη και έχει εκδοθεί per incuriam (λόγω αβλεψίας), δηλ. χωρίς να έχει ληφθεί υπόψη νόμος, κανονισμός ή προγενέστερη δεσμευτική απόφαση που, αν λαμβανόταν υπόψη, θα διαφοροποιούσε το αποτέλεσμα της υπόθεσης. Για να ισχύσει η εξαίρεση θα πρέπει, όπως τονίστηκε, το σφάλμα «να έχει αντικειμενική υπόσταση και να καταφαίνεται ως αυταπόδεικτο».....»

Ασφαλώς η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποτελεί Διοικητικό Όργανο, του οποίου η λειτουργία διέπεται, όμως, από παρόμοιους κανόνες και αρχές που διέπουν ένα ανώτερο όργανο όπως, στην προκειμένη περίπτωση, το Ανώτατο Δικαστήριο.

Παραθέτω και εγώ σχετικά αποσπάσματα από τα πρακτικά της ακρόασης αυτής της υπόθεσης:

«Γ. Αναστασίου: Το τι λέει η κα. Κουντουρή, μεταφράζεται ίσως με το εξής παράδειγμα όπως θα το πω:

Εάν σε μία πανομοιότυπη μελλοντική υπόθεση ένα μέλος της πλειοψηφίας αρρωστήσει η απόφαση που θα βγει από τη διαφορετική σύνθεση θα είναι εντελώς διαφορετική και αντίθετη με μοναδικό λόγο το ότι αρρώστησε το ένα μέλος, γι' αυτό εγώ θα έβλεπα ότι όντως υπάρχει μια δεσμευτικότητα στις

αποφάσεις που παίρνονται για το μέλλον η οποία έχει αποτέλεσμα πάνω στα άλλα μέλη.

Αλ. Κουντουρή Παπαευσταθίου: Εις το όργανο. Η θέση μου δεν έχει να κάνει με τα μέλη, ούτε με την Πρόεδρο, ούτε με το κάθε μέλος ξεχωριστά τα οποία είναι εδώ για πέντε χρόνια ή το πολύ για 10 χρόνια. Είναι για την Αρχή ως Αρχή, ως σώμα, ως συλλογικό όργανο το οποίο από το 2004 υπάρχει και ελπίζουμε ότι θα συνεχίσει να υπάρχει, οπότε ναι. Εδώ πάει η δεσμευτικότητα, ότι το ίδιο το όργανο δεσμεύεται από τις δικές του τις αποφάσεις τις οποίες έλαβε σε τούτην την περίπτωση κατά πλειοψηφία και το αφήνω εδώ θα το αποφασίσετε αντιλαμβάνομαι».

Επιπρόσθετα, η έγκριτη συνήγορος της Αναθέτουσας Αρχής εξήγησε με την ίδια σαφήνεια την νομική αρχή που εξηγεί στο σύγγραμμα του και ο Νίκος Χρ.

Χαραλάμπους, λέγοντας τα εξής κατά την ακρόαση:

Ρ. Παπαέτη: Το πολλές δεν το είπα εγώ, μπορεί η συνάδελφος να έχει δει πολλές. Εγώ ξέρω ότι υπάρχει αυτή η δυνατότητα και νομίζω το είδα με το δικαστή Νικολαΐδη σε μια υπόθεση. Αλλά εγώ μίλησα για τη δυνατότητα και υπάρχει αυτή, αυτό δεν περιμένεις το δικαστήριο κάθε μέρα να αλλάζει, αλλά ίσως σε κάποια υπόθεση, κάτι να το αντιλήφθηκε διαφορετικά, κάτι να του παρουσιάστηκε με κάποιον άλλον τρόπο, κάποια νομικά δεδομένα να άλλαξαν και να αλλάξει την κρίση του ο δικαστής, ή κάποιο νομικό σημείο, κάποιο γεγονός δεν τέθηκε ενώπιον ή δεν το αντιλήφθηκε ως θα έπρεπε, μπορεί να είχε και εσφαλμένη νομική αντίληψη την ώρα που το εξέδιδε. Δεν μπορεί να έλθει κανένας νόμος ή αρχή δικαίου να του πει δεν δικαιούσαι να αλλάξει γνώμη τώρα που το κατάλαβες. Δικαιούται, δεν συμβαίνει συχνά, αλλά δικαιούται, είναι πάνω στη δυνατότητα που σας μίλησα εγώ».

Συνεπώς, επειδή τίποτε δεν άλλαξε μεταξύ της υπόθεσης που μας απασχολεί τώρα από τα πανομοιότυπα γεγονότα των υποθέσεων που μας απασχόλησαν στις Προσφυγές 26/2015 και 28/2015, είμαι της άποψης ότι η απόφαση της

Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών δεσμεύει όλα της τα μέλη εκτός κάτω από τις περιστάσεις που περιγράφονται με σαφήνεια στο σύγγραμμα του Νίκου Χρ. Χαραλάμπους.

Επιπρόσθετα θεωρώ απαραίτητο να αναφερθώ και στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, αλλά και της ασφάλειας του Δικαίου, θέματα που συζητήθηκαν και αναπτύχθηκαν κατά την ακρόαση της υπόθεσης από αμφότερες τις πλευρές, για να κρούσω τον κώδωνα του κινδύνου αναφορικά με τις περιπτώσεις όπου, ανατροπή αποφάσεως αυτού του οργάνου από ευκαιριακές αλλαγές στην σύνθεση του, αναπόφευκτα θα οδηγήσουν σε διαφορετικό χειρισμό από ανώτερα όργανα, αφού προσφυγές πολιτών θα έχουν αποφάσεις εντελώς διαφορετικές επί πανομοιότυπου αντικειμένου και επί ιδίων γεγονότων.

Για τους πιο πάνω λόγους διαφωνώ με την απόφαση της πλειοψηφίας.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΥΠΟΛΟΙΠΟΥΣ
ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΥΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ

Η παρούσα Προσφυγή στρέφεται εναντίον της απόφασης του Τμήματος Δημοσίων Έργων («Αναθέτουσα Αρχή») με την οποία ο Διαγωνισμός αρ. PS/DB/10 με τίτλο *«Μελέτη και Κατασκευή του Κάθετου Δρόμου που συνδέει το νέο λιμάνι Λεμεσού με τον Αυτοκινητόδρομο Λεμεσού – Πάφου, Φάση II – Τμήμα Β, (Παράλληλος Δρόμος)* κατακυρώθηκε στην εταιρεία Cybarco Ltd («οι Επιτυχόντες») αντί στους Αιτητές, η προσφορά των οποίων απορρίφθηκε επειδή *«η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ βαρύνει και την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO. LTD, της οποίας μοναδικός μέτοχος είναι η NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ».*

Σύμφωνα με τα γεγονότα, όπως αυτά προκύπτουν από το διοικητικό φάκελο, και δεν αμφισβητούνται, η Αναθέτουσα Αρχή στις 27.2.2015 προκήρυξε τον πιο πάνω διαγωνισμό με το σύστημα δύο φακέλων και κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά την χαμηλότερη τιμή, με ημερομηνία υποβολής των προσφορών τις 26.6.2015.

Στον εν λόγω διαγωνισμό υποβλήθηκαν τέσσερις προσφορές, μεταξύ των οποίων και των Αιτητών, ήτοι:

- 1) ZEMCO LTD
- 2) MEDCON CONSTRUCTION LTD
- 3) CYBARCO LTD
- 4) NEMESIS ASPHALT CO LTD.

Οι προσφορές αξιολογήθηκαν από Επιτροπή Αξιολόγησης και το Τεχνικό μέρος των προσφορών των εταιρειών MEDCON CONSTRUCTION LTD και NEMESIS ASPHALT CO LTD, κρίθηκε ότι δεν πληρούσε τους όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού λόγω της αναφοράς στους οικονομικούς αυτούς φορείς στην απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου (Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014, ΣΑΠΑ), σχετικά με διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Στην περίπτωση της NEMESIS ASPHALT CO LTD η αναφορά του Κακουργιοδικείου αφορούσε την μοναδική μέτοχο της, την εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ. Ως εκ τούτου η Επιτροπή Αξιολόγησης απέρριψε τις δύο αυτές προσφορές και εισηγήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων μόνο των άλλων δύο οικονομικών φορέων, εισήγηση που υιοθετήθηκε.

Το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων των εταιρειών ZEMCO LTD και CYBARCO LTD έγινε στις 14/9/2015 ενώ οι φάκελοι των άλλων δύο εταιρειών δεν αποσφραγίστηκαν παρόλον ότι αυτές είχαν προσκληθεί στη διαδικασία ανοίγματος. Η Αναθέτουσα Αρχή ενημέρωσε στις 24/9/2015 την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO LTD ότι η εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ, μοναδική μέτοχος της, διαπιστώθηκε κατά την αξιολόγηση από τα αρμόδια όργανα να έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό

παράπτωμα πράγμα που θεωρήθηκε ότι βαρύνει και την ίδια και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό.

Ακολούθως, η Επιτροπή Αξιολόγησης προέβη σε αξιολόγηση των δύο εναπομεινάντων οικονομικών φορέων και εισηγήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία CYBARCO LTD. Η εισήγηση έγινε ομόφωνα αποδεκτή από το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του ημερομηνίας 17/9/2015 και η απόφαση του οδήγησε στην παρούσα Προσφυγή ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Οι Αιτητές, τόσο στη γραπτή τους αγόρευση όσο και κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία, υποστήριξαν ότι όσα καταγράφονται στην απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην Ποινική Υπόθεση υπ' αριθμόν 12057/2014 αφορούν την Νέμεσις Εργοληπτική Δημόσια Εταιρεία Λίμιτεδ και καμία σχέση ή/και αναφορά γίνεται στην εταιρεία Nemesis Asphalt Co Ltd, που είναι ο οικονομικός φορέας, που υπέβαλε προσφορά για τον πιο πάνω διαγωνισμό.

Οι δύο Εταιρείες αποτελούν ξεχωριστές μεταξύ τους νομικές οντότητες και επομένως τα όσα -άδικα- καταλογίζονται στην Νέμεσις Εργοληπτική Δημόσια Εταιρεία Λίμιτεδ σε καμία περίπτωση μπορούν να μεταφερθούν στην εταιρεία Nemesis Asphalt Co Ltd.

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν κατέθεσε γραπτή αγόρευση υιοθετώντας τις θέσεις που καταγράφονται στη έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, ημερ. 4/9/2015, τα οποία υιοθετήθηκαν από το Συμβούλιο Προσφορών στις 10/9/2015. Η Επιτροπή Αξιολόγησης σημείωσε συγκεκριμένα ότι «[...] ναι μεν οι δύο εταιρείες είναι ξεχωριστές νομικές οντότητες αλλά μοναδικός μέτοχος της NEMESIS ASPHALT CO LTD είναι η NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ».

Επομένως, εκείνο που προέχει να εξεταστεί είναι η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ, μοναδικού μετόχου των εδώ Αιτητών, και σε δεύτερο στάδιο, εάν κριθεί ορθή η θέση της Αναθέτουσας Αρχής να εξεταστεί εάν αυτή η απόφαση επιβαρύνει και την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO LTD.

Σε σχέση με τον λόγο αποκλεισμού των Αιτητών, δηλαδή την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/20016, διαπιστώνουμε ότι αφορά το ίδιο θέμα που εξετάστηκε από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις προσφυγές με αρ. 26/2015 και 28/2015 για τις οποίες εκδόθηκε απόφαση από την Αρχή στις 5/11/2015. Και οι δύο πλευρές για το συγκεκριμένο θέμα μας παρέπεμψαν στις νομικές θέσεις που ανέπτυξαν τόσο στο περίγραμμα αγόρευσης τους, όσο και στις ενώπιον μας αγορεύσεις τους στις συνεκδικαζόμενες Προσφυγές 26/2015 και 28/2015.

Η Αναθέτουσα Αρχή με την επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων, ημερ. 24/9/2015, που απέστειλε στους Αιτητές τους ενημέρωσε ότι, «η δική σας προσφορά έχει απορριφθεί στο στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, διότι το θέμα της ανάμειξης της εταιρείας *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΙΑΡΕΙΑ ΑΤΔ* στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14 έτυχε χειρισμού και αξιολογήθηκε από τα αρμόδια όργανα, τα οποία διαπίστωσαν ομόφωνα την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της και θεωρούν ότι αυτό βαρύνει και την εταιρεία *NEMESIS ASPHALT CO. LTD*, καθώς μοναδικός μέτοχος είναι η εταιρεία *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ*.

Ως εκ τούτου, με την παρούσα η εταιρεία *NEMESIS ASPHALT CO. LTD* αποκλείεται από τον εν λόγω διαγωνισμό, υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)2006».

Από την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 4/9/2015 προκύπτει ότι για το αιτιολογικό της Επιτροπής Αξιολόγησης να εισηγηθεί στο Συμβούλιο Προσφορών την απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών στη βάση του όρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006, δηλαδή τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, παραπέμπει στο χειρισμό και αξιολόγηση του θέματος που έγινε στα πλαίσια του διαγωνισμού PS/DB/5 «Μελέτη και κατασκευή του κάθετου δρόμου που συνδέει το νέο λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού-Πάφου, Φάση II-Τμήμα Α» και που αφορούσε την εταιρεία *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ*

ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ, η οποία εταιρεία καταχώρησε Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με αρ. 32/2015.

Από την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 19/6/2015 που αφορά τον διαγωνισμό PS/DB/5 προκύπτει ότι το αιτιολογικό της να εισηγηθεί στο Συμβούλιο Προσφορών την απόρριψη της προσφοράς της Εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ, είναι τα όσα καταγράφονται στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14 γι' αυτούς.

Το Συμβούλιο Προσφορών στην απόφαση του υιοθέτησε τα συμπεράσματα και εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης απορρίπτοντας την προσφορά των Αιτητών υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006 λόγω, ως καταγράφεται στην επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής προς τους Αιτητές ημερ. 24/9/2015, της ανάμειξης της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ στην ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14, θεωρώντας ότι αυτό βαραίνει και την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO LTD, καθώς μοναδικός της μέτοχος είναι η εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ.

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», χρησιμοποίησε 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, στα πλαίσια των Προσφυγών 26/2015 και 28/2015 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. Οποιοσ-

(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 ωφελήματα 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., εφετικός 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, παύση 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»*, λόγω της ανάμειξης τους στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14, που ως συνάγεται από το αιτιολογικό της Επιτροπής Αξιολόγησης στην εισήγηση της προς το Συμβούλιο Προσφορών, την οποία και υιοθέτησε, είναι απόρροια των αναφορών στην εν λόγω απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου, ότι η Αιτήτρια προέβηκε στις πράξεις του δεκασμού/χρηματισμού.

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 παράλειψη 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(Ι)/2006.

Το άρθρο 51(3) του Ν.12(Ι)/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 ίδιου 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 αξιόποινε 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 ουσιαστικά, 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 η Αναθέτουσα Αρχή με την απόφαση της να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών, ουσιαστικά απόδωσε στους Αιτητές και είναι για αυτήν 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/ΕΚ 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.

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.»

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

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 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

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.

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 καθοριστεί στο εθνικό μας δίκαιο οι όροι εφαρμογής του άρθρου 51(2)(δ) (όπως ακριβώς σημειώνει η σκέψη 25 στην υπόθεση *Forposta* και το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 45(2) της οδηγίας 2004/18/EK) δεν παρέχεται η δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να αποκλείσει

οικονομικό φορέα στην βάση του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006, που είναι το αντίστοιχο του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ δηλαδή την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Τα πιο πάνω είναι καταλυτικά για την πορεία της Προσφυγής και δεν θα προχωρήσουμε στα άλλα θέματα που ήγειραν οι Αιτητές στα πλαίσια της Προσφυγής 26/2015 σε σχέση με τον αποκλεισμό τους, ούτε και το θέμα που ήγειραν στην παρούσα Προσφυγή και αφορά την ταυτότητά τους.

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ότι η Προσφυγή με αρ. 48/2015 επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΥΠΟΛΟΙΠΟΥΣ **ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΥΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ**

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η νομιμότητα της απόφασης αποκλεισμού των Αιτητών από το διαγωνισμό PS/DB/10 ο οποίος προκηρύχθηκε από το Τμήμα Δημοσίων Έργων («η Αναθέτουσα Αρχή») στις 27.2.2015 με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή και τη διαδικασία των δύο φακέλων σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού. Ο διαγωνισμός αφορά τη μελέτη και κατασκευή του κάθετου δρόμου που συνδέει το νέο Λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού-Πάφου, Φάση II, Τμήμα Β (Παράλληλος δρόμος).

Για το συγκεκριμένο διαγωνισμό υποβλήθηκαν συνολικά τέσσερις προσφορές μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών η οποία όμως αποκλείστηκε από το στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προϋποθέσεων / προϋποθέσεων συμμετοχής, λόγω ισχυριζόμενης διάπραξης εκ μέρους τους σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατ' εφαρμογή του άρθρου 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»).

Στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης η οποία εγκρίθηκε από την εξουσιοδοτημένη Διευθύντρια των Δημοσίων Έργων για ότι εδώ ενδιαφέρει αναφέρονται τα εξής:

Προσφορά Αρ. 4
NEMESIS ASPHALT CO LTD

Κατά τον έλεγχο για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, η Επιτροπή Αξιολόγησης παρατήρησε τα ακόλουθα:

α) [...]

β) Κατά τον έλεγχο των Τυπικών Προϋποθέσεων Συμμετοχής, βλ. Πίνακα 2.4.1 σελ 7, Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης (παραγρ. 3.3.6(ε) Παράρτημα 4-Τόμος Α), η Επιτροπή Αξιολόγησης έλαβε υπόψη της τα πιο κάτω:

i) την επιστολή που στάλθηκε στα μέλη της Επιτροπής από τη Διευθύντρια του Τμήματος Δημοσίων Έργων στην οποία επισυνάπτεται η Γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα με αρ. Γ.Ε./Αρ.35/2006/Υ.221 και 50(VIII)2004/Β.95/9 (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι).

ii) «..... κατά πόσο το Τμήμα Δημοσίων Έργων θα μπορούσε να προχωρήσει με την υπογραφή σύμβασης για τον πιο πάνω διαγωνισμό με τον οικονομικό φορέα “NEMESIS ASPHALT CO LIMITED”, ο οποίος τυγχάνει να είναι ο μειοδότης. Συγκεκριμένα ζητείται να αποφανθεί κατά πόσο μπορούν να τύχουν εφαρμογής οι πρόνοιες του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου 12(Ι)/2006, περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, για τον Οικονομικό Φορέα “Nemesis Asphalt Co Ltd”, στον οποίο μέχρι πρόσφατα καθήκοντα Διευθυντή εκτελούσε ο κ. Κυριάκος Χρυσόχος, πρόσωπο για το οποίο γίνεται αναφορά στην απόφαση που εκδόθηκε από το Μόνιμο Κακουργιοδικείο Πάφου στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014 για ενέργειες του υπό την ιδιότητα του ως Διευθυντής της εταιρείας «Nemesis Constructing Public Company».

Μετά τη λήψη της γνωμάτευσης του Γενικού Εισαγγελέα με αρ. Γ.Ε./Αρ. 50(III)/2004/Ν/95/9 σε σχέση με τον οικονομικό φορέα NEMESIS ASPHALT CO LTD (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ν) η Επιτροπή σημειώνει τα πιο κάτω:

α) Το θέμα της ανάμειξης της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ στην Ποινική Υπόθεση αρ.12057/2014 έτυχε χειρισμού και αξιολογήθηκε από τα αρμόδια όργανα, στα πλαίσια του Διαγωνισμού PS/DB/5, τα οποία διαπίστωσαν ομόφωνα τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εν λόγω εταιρείας.

Επισυνάπτεται ως ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ξ η σχετική επιστολή της Διευθύντριας του ΤΔΕ προς την εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΑ.

β) Η Επιτροπή Αξιολόγησης, με την καθοδήγηση της πιο πάνω γνωμάτευσης του Γενικού Εισαγγελέα σε σχέση με τον οικονομικό φορέα ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LTD, καλείται να αποφασίσει κατά πόσο η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΑ επηρεάζει και την εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LTD, της οποίας είναι ο μοναδικός μέτοχος, γεγονός που ενδεχομένως θα οδηγήσει τον αποκλεισμό του εν λόγω οικονομικού φορέα από το διαγωνισμό. (Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Μ φαίνονται τα στοιχεία των μετόχων από σχετική έρευνα του ΤΔΕ στον Έφορο Εταιρειών).

γ) Στην πιο πάνω γνωμάτευση/απάντηση στο ερώτημα που τέθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή κατά πόσον το Τμήμα Δημοσίων Έργων θα μπορούσε να προχωρήσει με την υπογραφή της σύμβασης με τον οικονομικό φορέα “ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LIMITED”, αναφέρεται ότι «... δυνατότητα αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα, δεν έχει τύχει εξέτασης από τα κυπριακά δικαστήρια ή την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, ώστε να αντληθεί καθοδήγηση από σχετικές επί του θέματος αποφάσεις.», «...καθοδήγηση μπορεί να αντληθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και σχετική επί του θέματος ξένη βιβλιογραφία...», «...εναπόκειται στη διακριτική σας ευχέρεια να σταθμίσετε όλα τα σχετικά με τον υπό αναφορά διαγωνισμό δεδομένα και να αποφασίσετε στη βάση όλων όσων αναφέρονται ανωτέρω και λαμβάνοντας υπόψη τους παράγοντες που απαριθμούνται στην παράγραφο 7, κατά πόσον θα αποκλείσετε τον οικονομικό φορέα ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LTD». Στη δε παράγραφο 7 της γνωμάτευσης αναφέρεται «... ότι εναπόκειται στα κράτη μέλη και στις αναθέτουσες αρχές, πριν τη λήψη απόφασης “to balance different considerations, such as effectiveness of the exclusion in light of its importance and objectiveness, the administrative costs of applying exclusions to associated persons, the impact on value for money, etc”».

δ) «...η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι θα έπρεπε να εξετάσει το ενδεχόμενο να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LIMITED για τον Διαγωνισμό PS/DB/10, ενόψει του ότι μοναδικός μέτοχος της εταιρείας ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LIMITED είναι η ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΑ. Σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 43(4) του Ν.158(Ι)/1999 η Επιτροπή Αξιολόγησης αποφάσισε πριν τη λήψη οποιασδήποτε απόφασης να δώσει στην εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT

CO LIMITED το δικαίωμα ακρόασης με δυνατότητα γραπτής υποβολής των απόψεων της και προσκόμιση σχετικών στοιχείων που να τις τεκμηριώνουν. Για το λόγο αυτό, η Επιτροπή απέστειλε σχετική επιστολή στην εταιρεία *NEMESIS ASPHALT CO LIMITED (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ο)*. Στο *ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ο* επισυνάπτεται και η απαντητική επιστολή του δικηγορικού γραφείου *Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε* εκ μέρους της εταιρείας *NEMESIS ASPHALT CO LIMITED*».

ε) Η Επιτροπή Αξιολόγησης μελετώντας την πιο πάνω απαντητική επιστολή διαπιστώνει ότι στο περιεχόμενο της προβάλλονται κυρίως επιχειρήματα που προσπαθούν να στοιχειοθετήσουν ότι δεν μπορεί να καταλογιστεί στην εταιρεία *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΑ* ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, γεγονός που έχει ήδη εξεταστεί/διαπιστωθεί από τα αρμόδια όργανα, στα πλαίσια της αξιολόγησης του Διαγωνισμού *PS/DB/5*, ως αναφέρθηκε πιο πάνω. Η Επιτροπή αξιολόγησε το περιεχόμενο της απαντητικής επιστολής και σημειώνει τα πιο κάτω:

- Για την αναφορά στην πιο πάνω επιστολή στη σελ. 2 παράγραφος 2, ότι «...με την επιστολή σας ημερομηνίας 25.08.2015 δεν γνωστοποιείτε στην Εταιρεία ποιο είναι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που της καταλογίζετε, ούτε βεβαίως ποια πράξη της συνιστά κατά την άποψη σας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.», η Επιτροπή σημειώνει ότι στην επιστολή της προς την εταιρεία *NEMESIS ASPHALT CO LIMITED (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ο)*, αναφέρεται το σκεπτικό της ως προς τους λόγους που ενδέχεται να οδηγήσουν στην απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας *NEMESIS ASPHALT CO LIMITED* για τον Διαγωνισμό *PS/DB/10*, αφού μοναδικός μέτοχος της εταιρείας *NEMESIS ASPHALT CO LIMITED* είναι η *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΑ*.

- Στη σελ. 2 της απαντητικής επιστολής, παράγραφος 3, όπου γίνεται αναφορά ότι «Οι δύο Εταιρείες αποτελούν ξεχωριστές μεταξύ τους νομικές οντότητες και επομένως τα όσα - άδικα - καταλογίζονται στη Νέμεσις Εργοληπτική Δημόσια Εταιρεία Λίμιτεδ σε καμία περίπτωση μπορούν να μεταφερθούν στην εταιρεία *Nemesis Asphalt Co Ltd* (βλ. συνημμένα Πιστοποιητικό Σύστασης Εταιρείας και Πιστοποιητικό Διευθυντών της *Nemesis Asphalt Co Ltd*).», η Επιτροπή σημειώνει ότι ναι μεν οι δύο Εταιρείες είναι ξεχωριστές νομικές οντότητες αλλά μοναδικός μέτοχος της εταιρείας *NEMESIS ASPHALT CO LIMITED* είναι η *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΑ* (βλέπε *ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Μ* όπου φαίνονται τα στοιχεία των μετόχων από σχετική έρευνα του ΤΔΕ στον Έφορο Εταιρειών).

- Η αναφορά στην πιο πάνω επιστολή στη σελ. 3 παράγραφος 6, ότι «Οι ίδιοι οι όροι των εγγράφων του διαγωνισμού περιορίζουν επομένως την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σε χρονικό διάστημα τριών χρόνων πριν την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών.» δεν ευσταθεί, αφού ξεκάθαρα οι όροι των Εγγράφων Διαγωνισμού, παρ. 3.3.6(ε) του Τόμου Α, αφορούν σε παραβίαση του Διατάγματος για τον Κατώτατο Μισθό τα τελευταία τρία χρόνια και όχι στη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

- Όσο αφορά την αναφορά στη σελ. 4 παράγραφο 8, ότι ο κ. Κυριάκος Χρυσόχογος έχει παραιτηθεί από τη θέση του Διευθύνοντος Συμβούλου καθώς και από μέλος του αντίστοιχου Διοικητικού Συμβουλίου των εν λόγω Εταιρειών, η Επιτροπή σημειώνει ότι στα πλαίσια του Διαγωνισμού PS/DB/5, τα αρμόδια όργανα διαπίστωσαν διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ και όχι εκ μέρους του κ. Χρυσόχου.

- Για την αναφορά στη σελ. 10, παράγραφος 23, ότι «Σε κάθε περίπτωση, σημειώνουμε ότι καμία από τις δύο εταιρείες (Νέμεσις Εργοληπτική Δημόσια Εταιρεία Ατδ ή/και η Nemesis Asphalt Co Ltd) δεν έχει λάβει απόφαση να εξουσιοδοτήσει ούτε και έχει εξουσιοδοτήσει τον τέως Διευθύνοντα Σύμβουλο κ. Κυριάκο Χρυσόχογο, να προβεί σε οποιαδήποτε παράνομη πράξη σε σχέση με την εκτέλεση, αποπεράτωση και συντήρηση οποιουδήποτε Έργου που έχει δια Συμβολαίου αναλάβει, συμπεριλαμβανομένου του Συμβολαίου Γ' για την Φάση II του Αποχετευτικού Έργου Ομβρίων και Λυμάτων του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου. Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή έχει νομική υποχρέωση να μην αποκλείσει τις δύο εταιρείες από οποιοδήποτε Διαγωνισμό ή/και Διαγωνισμούς εφόσον δεν υπάρχει σχετική μαρτυρία ότι το Διοικητικό Συμβούλιο κάθε εταιρείας έλαβε απόφαση:

(α) να προβεί ή να εξουσιοδοτήσει τον τέως Διευθύνοντα Σύμβουλο κ. Κυριάκο Χρυσόχογο ή/και οποιονδήποτε άλλον αξιωματούχο της σε οποιαδήποτε παράνομη πράξη οποιουδήποτε Έργου έχει αναλάβει δια Συμβολαίου.

(β) να καταβάλει οποιοδήποτε χρηματικό ποσό προς τους καταδικασθέντες στην Υπόθεση αρ. 12057/2014, σε σχέση με την εκτέλεση, αποπεράτωση και συντήρηση του Συμβολαίου Γ' για την Φάση II του Αποχετευτικού Έργου Ομβρίων και Λυμάτων του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου...»,

η Επιτροπή σημειώνει ότι ο κ. Χρυσόχογς, ως Διευθύνων Σύμβουλος, με τις ενέργειες του δέσμευε την Εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ και ενεργούσε εκ μέρους της.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης συζήτησε διεξοδικά όλα τα πιο πάνω και προβληματίστηκε ιδιαίτερα με τα δεδομένα του παρόντος διαγωνισμού, δηλαδή ότι πρόκειται για συγχρηματοδοτούμενο Έργο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το μέγεθος και τη σοβαρότητα του Έργου (Εκτίμηση Έργου 17.000.000 €), τον μικρό αριθμό συμμετοχής οικονομικών φορέων (4) και τον ήδη προτεινόμενο αποκλεισμό του ενός εξ αυτών λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (εταιρεία Medcon Construction Ltd).

Ενόψει του ότι δεν έχει διαφοροποιηθεί η σχέση της εταιρείας NEMESIS ASPHALT CO LIMITED με την εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ και η εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ εξακολουθεί να είναι ο μοναδικός μέτοχος της NEMESIS ASPHALT CO LIMITED και λαμβάνοντας υπόψη την προαναφερθείσα γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα για την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO LTD (ιδιαίτερα τις αναφορές στις παραγράφους 4 και 5), η Επιτροπή Αξιολόγησης θεωρεί ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ επηρεάζει και την εταιρεία NEMESIS ASPHALT CO LTD αφού έχει πληγεί η επαγγελματική αξιοπιστία και φερεγγυότητα της.

Με βάση την παράγραφο 7.2 του Τόμου Α των Εγγράφων Διαγωνισμού η Επιτροπή Αξιολόγησης κρίνει ότι για τον προσφέροντα NEMESIS ASPHALT CO LTD ο υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Τεχνική Προσφορά», δεν πληροί και δεν είναι ουσιαστικά ανταποκρινόμενος προς όλους τους όρους, προϋποθέσεις και προδιαγραφές των Εγγράφων Διαγωνισμού.

Ακολούθως το Συμβούλιο Προσφορών στα πρακτικά της συνεδρίας του ημερ.

17.9.2015 αναφέρει τα εξής:

«4. Το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε ομόφωνα να υιοθετήσει τα συμπεράσματα της Επιτροπής Αξιολόγησης σε σχέση με την προσφορά αρ. 4 από τον προσφέροντα NEMESIS ASPHALT CO LTD όπως αυτά αναφέρονται

στην παράγραφο 3.1.4 της Έκθεσης Αξιολόγησης και να αποκλείσει τον προσφέροντα από το διαγωνισμό. Το Συμβούλιο μελέτησε τη γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα με αρ. Γ.Ε./Αρ. 50(III)/2004/N/95/9 και ιδιαίτερα τις παραγράφους 4 και 5 όπου επί λέξει αναφέρονται τα ακόλουθα από το σύγγραμμα της Professor Sue Arrowsmith “The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK Volume I, Third Edition, Sweet & Maxwell, 2014 (σελ. 1237 επ.):

i. «[...] there are cases in which another company in the same group or an individual closely associated with a particular economic operator can be treated as the same person as the economic operator for the purpose of applying the professional honesty, solvency and reliability provisions, thus allowing exclusion of that economic operator even though it is not itself the legal person responsible for the conduct in question», και,

ii. «[...] The same approach should also be adopted for the professional honesty solvency and reliability exclusions, with the result that these exclusions are available to Member States based on the conduct of others associated with the economic operator concerned. Thus, for example, a contracting authority should clearly be permitted to exclude an economic operator that is a 100 per cent subsidiary of another firm when that parent company has criminal convictions that could justify the latter’s exculpation under Art. 45(2) of 2004 directive (or reg. 23(4)4), or when the parent could be disqualified under these provisions for failing to pay taxes or social security contributions. This is important, since a related company may be rendered unreliable, because of the potential influence of that parent company on its conduct, and may be equally tainted by the situation that the government seeks to sanction or disassociate itself from – for an example, a criminal offence. Not to allow exclusion in such cases also creates a significant danger that authorities will create subsidiaries, etc to avoid procurement (and other) measures against the offending company».

Ως εκ των πιο πάνω και με βάση τα στοιχεία που είχε ενώπιόν του, το Συμβούλιο θεωρεί ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ βαρύνει και την εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ASPHALT CO LTD, της οποίας μοναδικός μέτοχος είναι η ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ.»

Η πιο πάνω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία κοινοποιήθηκε στους Αιτητές με επιστολή ημερ. 24.09.2015 αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής.

Ανεξάρτητα από τη θέση των Αιτητών σε σχέση με την παραβίαση του όρου 3.3.6(ε) του Μέρους Α και του Παραρτήματος 4 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Προσφυγή θα πρέπει να επιτύχει αφού αυτοί είναι χωριστή νομική οντότητα από την ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ στην οποία στη βάση των γεγονότων της ποινικής υπόθεσης «άδिका» καταλογίζεται ότι διέπραξε «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα».

Η Αναθέτουσα Αρχή, η οποία σημειωτέον δεν έχει καταχωρήσει γραπτή αγόρευση, υιοθέτησε τη νομική της επιχειρηματολογία που ανέπτυξε στις Προσφυγές 26/2015 και 28/2015 και πρόσθεσε ότι εάν στα πλαίσια της Προσφυγής 32/2015 κριθεί ότι η απόφαση του αποκλεισμού της ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ είναι νόμιμη τότε συνακόλουθα είναι νόμιμος και ο αποκλεισμός των Αιτητών.

Σε ότι αφορά τους νομικούς ισχυρισμούς των Αιτητών στο βαθμό και την έκταση που αυτοί καταγράφονται στην Προσφυγή 26/2015 και υιοθετήθηκαν για τους σκοπούς της παρούσας αλλά και στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 32/2015 δεν θα

τους επαναλάβουμε αφού για τους ίδιους λόγους που εξηγούμε στις αποφάσεις μας στις πιο πάνω δύο Προσφυγές θα τους απορρίπταμε.

Παραμένει για εξέταση το ζήτημα της διαφορετικότητας της νομικής οντότητας των Αιτητών. Υποστηρίζουν οι Αιτητές ότι η ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ στην οποία γίνεται αναφορά στην απόφαση του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Πάφου στην Υπόθεση 12057/2014 αποτελεί χωριστή νομική οντότητα από αυτούς και συνεπώς ο αποκλεισμός τους έγινε πεπλανημένα.

Ότι η ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ αποτελεί χωριστή νομική οντότητα από τους Αιτητές ήταν σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής αφού καθώς προκύπτει από τα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης έτσι αντιμετωπίστηκε. Ότι μοναδικός μέτοχος των Αιτητών είναι η ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης στα πλαίσια έρευνας στα αρχεία του Εφόρου Εταιρειών και δεν αμφισβητήθηκε από τους Αιτητές. Συνεπώς το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί δεδομένων των όσων έλαβε υπόψη του το Συμβούλιο Προσφορών είναι αν αυτό πεπλανημένα ή κατά κατάχρηση εξουσίας προέβη στον αποκλεισμό των Αιτητών.

Λαμβάνοντας υπόψη τα όσα αναφέρονται στο σύγγραμμα της *Professor Sue Arrowsmith* στο οποίο και το Συμβούλιο Προσφορών στηρίχθηκε, ο ισχυρισμός των Αιτητών είναι χωρίς υπόβαθρο. Καίτοι οι Αιτητές αποτελούν χωριστή νομική

οντότητα έχουν τέτοια σχέση με τη ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ αφού αυτή είναι ο μοναδικός μέτοχος, που παρέχεται δυνατότητα να αντιμετωπιστούν ως μία οντότητα. Άλλωστε δεν μπορούμε να φανταστούμε μεταξύ δύο εταιρειών στενότερη σχέση από αυτή που εδώ υπάρχει και απασχόλησε. Λαμβάνοντας υπόψη όλα όσα το Συμβούλιο Προσφορών προτού καταλήξει ερεύνησε, θεωρούμε ότι αυτό υπό τις περιστάσεις κάθε άλλο παρά πεπλανημένα καθ' υπέρβαση εξουσίας αποφάσισε. Η απόφαση του είναι αποτέλεσμα δέουσας έρευνας απόλυτα αιτιολογημένη και εντός των πλαισίων της διακριτικής του εξουσίας. Κατά συνέπεια θα απορρίπταμε και αυτό το λόγο ακυρότητας.

Για τους πιο πάνω λόγους θα απορρίπταμε την Προσφυγή.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος