



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. 32/2015

Μεταξύ:

ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΤΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή Παπαευσταθίου, Δικηγόρο, για ΤΑΣΣΟΣ ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΣ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ Δ.Ε.Π.Ε.
2. Χρίστο Παπασωζόμενο, Εκπρόσωπο Αιτητών

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Ελένη Κιούση, Ασκούμενη Δικηγόρο, Νομική Υπηρεσία

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 ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ, («Αιτητές») από τον διαγωνισμό με αρ. PS/DB/5 και τίτλο *«Μελέτη και Κατασκευή του Κάθετου Δρόμου που συνδέει το νέο λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού – Πάφου, Φάση II, Τμήμα Α»* επειδή *«διαπίστωσε τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας»* και να τον κατακυρώσει στην εταιρεία CYBARCO LTD.

Η απόφαση μας είναι ομόφωνη σε ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών για μη παραβίαση του όρου 3.3.6(ε) του Τόμου Α – Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς των εγγράφων του διαγωνισμού, όχι όμως ως προς τους υπόλοιπους ισχυρισμούς των Αιτητών.

Ενόψει του γεγονότος ότι ο ισχυρισμός αυτός αφορά ουσιαστικά στην ερμηνεία του όρου θα τον εξετάσουμε πρώτο.

Ο όρος 3.3.6(ε) του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού υπό το τίτλο Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς στο βαθμό που εδώ ενδιαφέρει προβλέπει ότι:

«Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν την προσωπική τους κατάσταση:

[...]

ε. να μην έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, περιλαμβανομένου και οποιουδήποτε αδικήματος σχετικά με παραβίαση του Διατάγματος για τον Κατώτατο Μισθό τα τελευταία τρία χρόνια, το οποίο αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο από την Αναθέτουσα Αρχή».

Το Παράρτημα 4 Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης στο βαθμό που εδώ ενδιαφέρει προβλέπει ότι:

«Υπευθύνως δηλώνω ότι:

[...]

ε. Δεν έχω διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, περιλαμβανομένου και οποιουδήποτε αδικήματος σχετικά με παραβίαση του Διατάγματος για τον Κατώτατο Μισθό τα τελευταία τρία χρόνια,»

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι το λεκτικό των πιο πάνω όρων περιορίζει το χρονικό διάστημα εντός του οποίου η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συνιστά λόγο αποκλεισμού οικονομικού φορέα από το διαγωνισμό.

Εφόσον, ανέφεραν, τα γεγονότα τα οποία οδήγησαν στον αποκλεισμό των Αιτητών ανάγονται σε χρόνο πέραν των τριών χρόνων (2008 και 2009) δεν παρείχετο δυνατότητα αποκλεισμού τους. Και σε περίπτωση ισχυρίζονται οι Αιτητές που αποδεικνυόταν η διάπραξη από αυτούς σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και πάλι ενόψει της πρόνοιας του όρου 3.3.6(ε) του Τόμου Α αυτοί δεν θα μπορούσαν νόμιμα να αποκλειστούν από το διαγωνισμό.

Η ερμηνεία ανέφεραν η οποία δόθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης στον συγκεκριμένο όρο είναι λανθασμένη, το δε το Συμβούλιο Προσφορών προτού αποκλείσει τους Αιτητές δεν εξέτασε τον συγκεκριμένο όρο. Η αναφορά της Επιτροπής Αξιολόγησης ότι το χρονικό διάστημα των τριών χρόνων αναφέρεται σε αδικήματα που αφορούν την παραβίαση του διατάγματος για τον κατώτατο μισθό και μόνο, δεν ευσταθεί. Πρόθεση αναφέρουν του συντάκτη των όρων του διαγωνισμού ήταν η χρονική περίοδος των τριών χρόνων να καλύπτει τόσο το επαγγελματικό παράπτωμα όσο και το αδίκημα του κατώτατου μισθού.

Εν πάση περιπτώσει, καταλήγουν, όπως είναι διατυπωμένος ο όρος 3.3.6(ε) του Τόμου Α και η δήλωση προσωπικής κατάστασης δεν είναι σαφές σε τι ακριβώς αναφέρεται ο περιορισμός των τριών χρόνων η όποια αμφιβολία ως προς τι καλύπτει θα πρέπει να λειτουργήσει υπέρ των Αιτητών.

Η Αναθέτουσα Αρχή σε ότι αφορά τον πιο πάνω λόγο ακύρωσης υποστήριξε ότι τόσο η γραμματική όσο και η συντακτική διατύπωση του και συγκεκριμένα τα δύο κόμματα που υπάρχουν φανερώνουν ξεκάθαρα ότι η πρόνοια των τριών χρόνων αναφέρεται στο αδίκημα για παραβίαση του διατάγματος για τον κατώτατο μισθό και όχι στο επαγγελματικό παράπτωμα. Περαιτέρω πρόσθεσε ότι οι όροι ενός διαγωνισμού συντάσσονται με βάση τις πρόνοιες της νομοθεσίας και τις σχετικές ευρωπαϊκές οδηγίες.

Περαιτέρω και ανεξάρτητα από τα πιο πάνω ανέφερε ότι εφόσον οι πρόνοιες του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006 οι οποίες αφορούν στο σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δεν προβλέπουν οποιοδήποτε χρονικό περιορισμό, δεν είναι δυνατόν ο όρος 3.3.6(ε) του Τόμου Α και το Παράρτημα 4 να τροποποιεί ή να αλλοιώνει πρόνοιες του Νόμου και της Ευρωπαϊκής Οδηγίας.

Ο πιο πάνω ισχυρισμός τέθηκε από τους Αιτητές με την επιστολή του δικηγόρου τους στην Αναθέτουσα Αρχή και εξετάστηκε όπως καταγράφεται στο πρακτικό της Επιτροπή Αξιολόγησης τόσο από αυτή όσο και στη συνέχεια από το Συμβούλιο Προσφορών. Η ερμηνεία που δόθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών διαπιστώνουμε ότι δεν είναι εσφαλμένη. Η διατύπωση του όρου είναι σαφής. Ο όρος αναφέρεται πρώτα στη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στο οποίο όμως, καθώς καταγράφεται, περιλαμβάνεται και οποιοδήποτε αδίκημα σχετικά με την παραβίαση του διατάγματος για τον κατώτατο μισθό για το οποίο όμως υπάρχει χρονικός περιορισμός στα τρία τελευταία χρόνια. Η χρησιμοποίηση δύο κομμάτων (,) ένα μετά τη φράση «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και ένα μετά τη φράση «τα τελευταία τρία χρόνια» δεν αφήνει περιθώριο άλλης ερμηνείας του όρου.

Ούτε η αναφορά στο Παράρτημα 4 βοηθά τους Αιτητές. Εάν σκοπός του συντάκτη των εγγράφων ήταν η ερμηνεία που εισηγούνται οι Αιτητές τότε ο τρόπος σύνταξης του πιο πάνω όρου αλλά και της δήλωσης προσωπικής

κατάστασης θα έπρεπε να είναι άλλος. Η φράση «τα τελευταία τρία χρόνια» θα έπρεπε να βρίσκεται στη πρώτη γραμμή του όρου είτε πριν είτε μετά τη φράση «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα».

Ούτε ο ισχυρισμός ότι το ζήτημα δεν απασχόλησε το Συμβούλιο Προσφορών ευσταθεί. Αυτός ανατρέπεται από τα ίδια τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών όπου αναφέρεται ότι αυτό ομόφωνα αποφάσισε να υιοθετήσει τα συμπεράσματα της Επιτροπής Αξιολόγησης σε σχέση με το περιεχόμενο της επιστολής του δικηγορικού γραφείου Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε όπως αυτά καταγράφονται στην παράγραφο 1.2.9 της έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης. Σ' αυτή γίνεται εξέταση από την Επιτροπή Αξιολόγησης του συγκεκριμένου ισχυρισμού, ότι δηλαδή οι όροι των εγγράφων του διαγωνισμού περιορίζουν την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σε χρονικό διάστημα τριών χρόνων.

Εν πάση περιπτώσει και εάν ακόμη στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών δεν αναφερόταν ρητά ότι αυτό υιοθετεί την συγκεκριμένη διαπίστωση της Επιτροπής Αξιολόγησης και πάλι από την στιγμή που η έκθεση της ήταν ενώπιον του και την υιοθέτησε δεν θα τίθετο ζήτημα παράλειψης εξέτασης, από αυτό ή έλλειψης αιτιολογίας της απόφασης του.

Ενόψει των πιο πάνω ο εν λόγω ισχυρισμός απορρίπτεται.

Σ' ότι αφορά τους υπόλοιπους ισχυρισμούς 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.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Τμήματος Δημοσίων Έργων («Αναθέτουσα Αρχή»), ημερ. 25/6/2015, που κοινοποιήθηκε στους Αιτητές στις 10/7/2015, με την οποία αποκλείστηκε η προσφορά της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ, («Αιτητές») από τον διαγωνισμό PS/DB/5, για την μελέτη και κατασκευή του κάθετου δρόμου που συνδέει το νέο λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού – Πάφου, Φάση II, Τμήμα Α και κατακυρώθηκε στην εταιρεία CYBARCO LTD, αφού προηγουμένα ανακλήθηκε η επιστολή αποδοχής, που στάλθηκε στους Αιτητές στις 23/12/2014.

Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 11/1/2013 και κριτήριο ανάθεσης του ήταν η χαμηλότερη τιμή. Στο στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης η προσφορά των Αιτητών τέθηκε εκτός διαγωνισμού. Οι Αιτητές εναντίον αυτής της απόφασης καταχώρησαν την Προσφυγή 14/2014 στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με απόφαση της ημερ. 23/6/2014, έκανε δεκτή την προσφυγή των Αιτητών και ακύρωσε την απόφαση για αποκλεισμό τους.

Η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε επανεξέταση και αποφάσισε όπως αναθέσει τον Διαγωνισμό στους Αιτητές. Στις 3/9/2014 στάλθηκε επιστολή κοινοποίησης των αποτελεσμάτων στους Οικονομικούς Φορείς. Εναντίον αυτής της απόφασης καταχωρήθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών από την Εταιρεία CYBARCO LTD η Προσφυγή 57/2014.

Στις 18/12/2014 η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με απόφαση της έκρινε ότι η προσφυγή της εταιρείας CYBARCO LTD απορρίπτεται. Στις 23/12/2014 η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε επιστολή αποδοχής στην εταιρεία NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ.

Εν τω μεταξύ στις 7/1/2015 η Νομική Υπηρεσία της Δημοκρατίας ενημέρωσε την Αναθέτουσα Αρχή ότι η εταιρεία CYBARCO LTD κατέθεσε στο Ανώτατο Δικαστήριο προσφυγή εναντίον της απόφασης στην Προσφυγή αρ. 57/2014 και στις 26/3/2015 το Ανώτατο Δικαστήριο αποφάσισε την απόρριψη της προσφυγής της εταιρείας CYBARCO LTD.

Η Αναθέτουσα Αρχή, στις 20/2/2015, ζήτησε γνωμάτευση από τον Γενικό Εισαγγελέα κατά πόσο θα μπορούσε να προχωρήσει με την υπογραφή της συμφωνίας δεδομένης της εκκρεμότητας που υπάρχει σε ότι αφορά το χειρισμό καταγγελιών εναντίον της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ για το θέμα Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου.

Ο Γενικός Εισαγγελέας με επιστολή του, ημερ. 3/4/2015, απέστειλε γνωμάτευση που είχε στείλει σε άλλη Αναθέτουσα Αρχή για το ίδιο θέμα, ώστε να μπορέσει το Τμήμα Δημοσίων Έργων να χειριστεί περαιτέρω το διαγωνισμό. Η Αναθέτουσα Αρχή κάλεσε την Επιτροπή Αξιολόγησης να ενεργήσει με βάση την γνωμάτευση και να ετοιμάσει έκθεση αξιολόγησης.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης με έκθεση της, ημερ. 19/6/2015, εισηγήθηκε τον αποκλεισμό των Αιτητών επειδή είχε κρίνει ότι είχε αποδεδειγμένα διαπιστωθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους τους. Στις 25/6/2015 το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και αποφάσισε να ανακαλέσει προηγούμενες του αποφάσεις για ανάθεση της σύμβασης στους Αιτητές και να αναθέσει την σύμβαση στην εταιρεία CYBARCO LTD. Οι Αιτητές εναντίον της πιο πάνω απόφασης καταχώρησαν, στις 21/7/2015, την παρούσα Προσφυγή.

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)/2006, 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. Παρά το γεγονός ότι οι Αιτητές παράθεσαν γραπτή αγόρευση πανομοιότυπη με αυτή που κατάθεσαν στην Προσφυγή 26/2015 και οι δύο πλευρές 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. 10/7/2015 που απέστειλε στους Αιτητές τους ενημέρωσε ότι, «το θέμα της ανάμειξης της εταιρείας NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ

στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14 έτυχε χειρισμού και αξιολογήθηκε από τα αρμόδια όργανα, τα οποία διαπίστωσαν ομόφωνα τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εταιρείας.

Ως εκ τούτου, με την παρούσα

i. Η εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΙΑΡΕΙΑ ΛΤΔ αποκλείεται από τον εν λόγω διαγωνισμό υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006.»

Από τα πρακτικά των συνεδριάσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης προκύπτει ότι 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, είναι τα όσα καταγράφονται στην ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14 και που αφορούν τους Αιτητές.

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 της ανάμειξης της εταιρείας ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΙΑΡΕΙΑ ΛΤΔ στην ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14.

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

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.»

παρανόμως. Αυτή η συμπεριφορά την οποία ονομάσαμε χρηματισμό κλήθηκε να κρίνει η Αναθέτουσα Αρχή κατά πόσο αποτελούσε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα».

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} /αξιόποινη 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 ν. 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:

[...]

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.

[...]

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.»

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.»

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

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 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

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.*

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(I)/2006, που είναι το αντίστοιχο του άρθρου 45(2)(δ) της Οδηγίας 2004/18/EK 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

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ότι η Προσφυγή με αρ. 32/2015 επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η νομιμότητα της απόφασης αποκλεισμού των Αιτητών από το διαγωνισμό PS/DB/5 ο οποίος προκηρύχθηκε από το Τμήμα Δημοσίων Έργων («η Αναθέτουσα Αρχή») στις 11.1.2013 και αφορά την μελέτη και κατασκευή του κάθετου δρόμου που συνδέει το Νέο Λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού-Πάφου.

Η παρούσα προσφυγή είναι η τρίτη ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών σε σχέση με τον πιο πάνω διαγωνισμό. Οι προηγούμενες προσφυγές αφορούσαν η πρώτη⁴ τον αποκλεισμό των Αιτητών από το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης και η δεύτερη⁵ τη νομιμότητα της κατακύρωσης του διαγωνισμού στους Αιτητές. Η πρώτη είχε επιτυχή κατάληξη και ο αποκλεισμός των Αιτητών ακυρώθηκε κατά πλειοψηφία από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Η Αναθέτουσα Αρχή μετά την κατά πλειοψηφία απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών απόρριψη της δεύτερης Προσφυγής με Αρ. 57/2014 με επιστολή της ημερ. 23.12.2014 ειδοποίησε τους Αιτητές για την οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτούς η οποία όμως δεν πραγματοποιήθηκε αφού στις 12.5.2015 με νέα επιστολή της τους πληροφόρησε ότι λόγω της ανάμειξης τους στην υπόθεση του Συμβουλίου Αποχτεύσεων Πάφου («το ΣΑΠΑ») ζήτησε γνωμάτευση από την Νομική Υπηρεσία κατά πόσο θα μπορούσε να προχωρήσει με την υπογραφή της συμφωνίας. Εδώ θα πρέπει να αναφέρουμε ότι για την

⁴ 14/2014 NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ v ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ, ημερ. 23.6.2014

⁵ 57/2014 CYBARCO LTD v v ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ, ημερ. 18.12.2014

υπόθεση του ΣΑΠΑ υπήρξε η υπόθεση αρ. 12057/2014 ενώπιον του Κακουργιοδικείου Πάφου («η Ποινική Υπόθεση») στην οποία θα αναφερθούμε σε κατοπινό στάδιο.

Ακολούθως, η Αναθέτουσα Αρχή αφού έλαβε υπόψη της το περιεχόμενο της γνωμάτευσης της Νομικής Υπηρεσίας, τα ευρήματα του δικαστηρίου στην ποινική υπόθεση και έκρινε ότι οι Αιτητές εκ πρώτης όψεως είχαν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, με επιστολή της ημερ. 9.6.2015 τους πληροφόρησε για ό,τι εκ πρώτης όψεως έκρινε ότι διέπραξαν, και τους κάλεσε εάν επιθυμούσαν να εκθέσουν τις απόψεις τους, πράγμα που έκαναν με επιστολή των συνηγόρων τους ημερ. 10.6.2015.

Στη συνέχεια η Επιτροπή Αξιολόγησης σε συνεδρίες της αφού εξέτασε όλα τα ενώπιον της τεθέντα συνέταξε έκθεση ημερ. 16.9.2015 με την οποία εισηγήθηκε τον αποκλεισμό των Αιτητών για το λόγο ότι αποδεδειγμένα είχε διαπιστωθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους τους. Η εισήγηση υιοθετήθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών το οποίο αποφάσισε α) την ανάκληση της απόφασης του για ανάθεση της σύμβασης στους Αιτητές, β) τον αποκλεισμό των Αιτητών από το διαγωνισμό και γ) την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία Cybarco Ltd. Εναντίον της πιο πάνω απόφασης οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή επικαλούμενοι διάφορους λόγους ακυρότητας της απόφασης με τον πρώτο της παραβίασης του όρου 3.3.6(ε) του Τόμου Α των εγγράφων του

διαγωνισμού Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς, σε συνδυασμό με το Παράρτημα 4 των εγγράφων του διαγωνισμού «Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης» τον οποίο έχουμε ήδη εξετάσει και απορρίπτει.

Ανεξάρτητα από τη θέση τους ότι η επιτυχία της προσφυγής δικαιολογείται στη βάση και μόνο της παραβίασης των όρων 3.3.6(ε) του Μέρους Α και του Παραρτήματος 4 του Τόμου Α, ισχυρίζονται ότι αυτή θα πρέπει να επιτύχει και στη βάση των λόγων και της επιχειρηματολογίας την οποία έθεσαν ενώπιον μας στα πλαίσια της Προσφυγής 26/2015⁶ η οποία βέβαια στρεφόταν εναντίον απόφασης αποκλεισμού των Αιτητών από άλλη Αναθέτουσα Αρχή για τον ίδιο ακριβώς λόγο δηλαδή της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ως αποτέλεσμα των γεγονότων της Ποινικής Υπόθεσης και ο αποκλεισμός τους ακυρώθηκε με απόφαση της πλειοψηφίας, ως και την απόφαση στην Προσφυγή 28/2015⁷.

Δεν προτιθέμεθα να επαναλάβουμε τους ισχυρισμούς των Αιτητών στο βαθμό και την έκταση που αυτοί καταγράφονται στην γραπτή τους αγόρευση αφού στην ουσία ταυτίζονται με τους ισχυρισμούς που προβλήθηκαν και εξετάστηκαν στα πλαίσια των Προσφυγών αρ. 26/2015 και αρ 28/2015.

Για σκοπούς πληρότητας της απόφασης μας θα τους παραθέσουμε πολύ συνοπτικά αφού όμως πρώτα παραθέσουμε από την απόφαση μας στις Προσφυγές 26/2015

⁶ 26/2015 ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ, 5.11.2015

⁷ 28/2015 ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. JV» v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ, 5.11.2015

ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ και 28/2015 ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «Ν.Ι.Μ.Ε.Μ.Ε. JV» v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ σχετικά αποσπάσματα που αφορούν την ποινική υπόθεση.

«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 Δεκασμού 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 Χρυσόχοο, 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. Χρυσόχοος 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.)».

Στο παρόν στάδιο θεωρούμε χρήσιμο να παραθέσουμε αποσπάσματα από την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 19.6.2015 και του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 25.6.2015.

«1.2 Έκθεση Επιτροπής Αξιολόγησης

1.2.3 [...] Η Ε.Α. εντόπισε τα εξής ευρήματα του Δικαστηρίου:

1. σελ 23 της Απόφασης Δικαστηρίου: «Η μη δίωξη ατόμων τα οποία με κάποιο τρόπο συντέιναν στη δημιουργία των αδικημάτων αφού **οι ίδιοι κατέστησαν κοινωνοί και δεκαστές των κατηγορουμένων** αποτέλεσε κοινή συνισταμένη και άξονα γύρω από τον οποίο περιστράφηκαν οι εισηγήσεις των συνηγόρων των κατηγορουμένων.», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας).
2. σελ. 23 της Απόφασης Δικαστηρίου: «Αποτελεί συνταγματική διακριτική ευχέρεια του Γενικού Εισαγγελέα η οποία δεν ελέγχεται από το Δικαστήριο, ποια άτομα θα διωχθούν και ποια θα χρησιμοποιηθούν ως μάρτυρες κατηγορίας. Δεν είμαστε σε θέση να γνωρίζουμε το υλικό και τη μαρτυρία που υπάρχει εναντίον των προσώπων αυτών, πέραν βεβαίως των γεγονότων που ήδη έχουν τεθεί ενώπιον μας, **πως τα πρόσωπα αυτά χρημάτισαν τους κατηγορούμενους για να κατακυρωθούν υπέρ τους προσφορές.**», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας).
3. σελ. 23 της Απόφασης Δικαστηρίου: «Ενήργησαν, παρατηρούμε, σε κάθε περίπτωση ως επιχειρηματίες που επιδιώκουν το κέρδος, έστω και με **μη**

νόμιμες μεθόδους, αλλά διαπιστώνουμε επίσης από τα ίδια, αδιαμφισβήτητα από τους συνηγόρους γεγονότα, πως κάθε πράξης δεκασμού και άνομης συναλλαγής, προηγείτο επαφή, προωθούμενη με πρωτοβουλία των κατηγορουμένων.», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας).

1.2.4 Περαιτέρω, την Ε.Α. απασχόλησε η ιδιότητα υπό την οποία ενεργούσε ο κ. Κυριάκος Χρυσόχογς. Ως εκ τούτου η Ε.Α. εντόπισε τις πιο κάτω αναφορές:

1. σελ. 22 της Απόφασης Δικαστηρίου: «Ενήργησαν με τρόπο μεθοδικό, αλλά και απροκάλυπτο. Εκμεταλλεύονται την ανάγκη των επιχειρηματιών για κέρδος, εργασία και επιχειρηματική δραστηριότητα. Χωρίς όμως να παραμένουν ως εκεί.», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας).
2. σελ. 23 της Απόφασης Δικαστηρίου: «Η αξίωση και απαίτηση των κατασκευαστικών εταιρειών για πληρωμή νόμιμων απαιτήσεων τους δεν παραμένει ανεκμετάλλευτη. Αποτελεί ακόμη μια ευκαιρία για οικονομικό όφελος.», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας).
3. σελ. 23 της Απόφασης Δικαστηρίου: Ενήργησαν, παρατηρούμε, σε κάθε περίπτωση ως επιχειρηματίες που επιδιώκουν το κέρδος, έστω και με μη νόμιμες μεθόδους, αλλά διαπιστώνουμε επίσης από τα ίδια, αδιαμφισβήτητα από τους συνηγόρους γεγονότα, πως κάθε πράξης δεκασμού και άνομης συναλλαγής, προηγείτο επαφή, προωθούμενη με πρωτοβουλία των κατηγορουμένων.», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας). Η συγκεκριμένη παράγραφος αφορά στα άτομα/πρόσωπα που αναφέρονται στις παραγράφους 3 και 5 της σελ. 23 της Απόφασης Δικαστηρίου.

Με βάση τα πιο πάνω, τεκμαίρεται ότι οι αναφορές αυτές παραπέμπουν σε εταιρείες και όχι σε άτομα. Ως εκ τούτου η Ε.Α. κρίνει ότι οι πράξεις του κ. Κ. Χρυσόχογς στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεσμεύουν την ίδια την Εταιρεία.

1.2.5 Εξάλλου, το ότι το Δικαστήριο θεωρεί ως δεκαστή των Κατηγορουμένων 1 και 2 στην εν λόγω υπόθεση την ίδια την εταιρεία Nemesis Construction

Public Company και όχι το κ. Χρυσόχο, προκύπτει αβίαστα και από τα γεγονότα που παρέθεσε η Κατηγορούσα Αρχή, τα οποία το Δικαστήριο στη σελ. 3 της απόφασης του χαρακτήρισε **ως «αδιαμφισβήτητα»** (έμφαση και υπογράμμιση δική μας). Με βάση τα αδιαμφισβήτητα αυτά γεγονότα, στη σελίδα 6 της Απόφασης Δικαστηρίου, γίνεται η εξής αναφορά: «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 1^ο κατηγορούμενο το συνολικό χρηματικό ποσό των €60.000 (κατηγορία 64). Ομοίως κατέβαλε, κατά τον ίδιο χρόνο στον 2^ο 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.», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας).

1.2.6 Ως εκ των πιο πάνω η Ε.Α. κρίνει εκ πρώτης όψεως ότι προκύπτει η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους του υπό αναφορά οικονομικού φορέα, το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12/2006, δύναται να οδηγήσει στον αποκλεισμό του.

1.2.7 Περαιτέρω, πριν να καταλήξει σε οριστική εισήγηση και λαμβάνοντας υπόψη τις πρόνοιες του άρθρου 43 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν.158(Ι)/1999, καθώς και την καταληκτική παράγραφο της Γνωμάτευσης, η Ε.Α. αποφάσισε όπως δοθεί δικαίωμα ακρόασης στον εν λόγω οικονομικό φορέα σε σχέση με τα όσα προκύπτουν εναντίον του στην Απόφαση Δικαστηρίου.

1.2.8 Η Ε.Α. αποφάσισε όπως ζητήσει από τον εν λόγω οικονομικό φορέα να εκθέσει γραπτώς τις απόψεις του με βάση το άρθρο 43(4) του Ν.158(Ι)/1999 για τους εναντίον του ισχυρισμούς και να προσκομίσει οποιαδήποτε στοιχεία επιθυμεί με τα οποία να τεκμηριώνει ή/και να υποστηρίζει τις θέσεις του. Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ, επισυνάπτεται σχετική επιστολή της Ε.Α. με αρ. φακέλου 16.05.005.102.2 και ημερομηνία 9/6/15, καθώς και η απάντηση του Δικηγορικού Γραφείου Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες δ.ε.π.ε. (το οποίο ενεργεί εκ μέρους και κατά εντολή της Εταιρείας), με αρ. ανα. 10/4873/91 και ημερομηνία 10/06/15, η οποία παραλήφθηκε από την Συντονίστρια της Ε.Α. στις 11/06/15.

1.2.9 Με τη λήψη της απαντητικής επιστολής, η Ε.Α. προχώρησε στην αξιολόγηση του περιεχομένου της και κατέληξε στα πιο κάτω συμπεράσματα:

- **Παράγραφος 4:** Στην παράγραφο αυτή, **ορθώς** αναφέρεται ότι τα άρθρα 51(1) και 51(2) (γ) του Ν. 12(Ι)/2006, δεν έχουν «οποιαδήποτε σχετική συνάφεια με την υπό εξέταση υπόθεση», καθώς αυτά προϋποθέτουν ύπαρξη οριστικής καταδικαστικής απόφασης που έχει ισχύ δεδικασμένου και δεν σχετίζονται με τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006), που ήταν και το αντικείμενο της έρευνας της Ε.Α.
- **Παράγραφος 12:** Είναι αυτονόητο ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει δικαίωμα αυτόματου αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα, αφού όπως προνοεί το άρθρο 51(2)(δ) του Ν.12(Ι)/2006, κάθε οικονομικός φορέας **δύνεται** να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, για τους λόγους που αναφέρονται στα άρθρα (α) έως (ζ) του εδαφίου αυτού.
- **Παράγραφος 13:** Ο ισχυρισμός ότι «Οι ίδιοι οι όροι των εγγράφων του διαγωνισμού περιορίζουν επομένως την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σε χρονικό διάστημα τριών χρόνων» είναι ανυπόστατος, καθώς ο χρονικός περιορισμός των τριών χρόνων που αναφέρεται στο άρθρο 3.3.6(ε) του Τόμου Α, **έκδηλα αναφέρεται σε αδικήματα που αφορούν την παραβίαση του Διατάγματος για τον Κατώτατο Μισθό και όχι τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.** Επομένως, εάν διαπιστωθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους του εν λόγω οικονομικού φορέα, ουδεμία σχέση έχει η χρονική στιγμή που αυτό είχε διαπραχθεί ή/και πόσος χρόνος έχει παρέλθει έκτοτε.
- **Παράγραφοι 14 και 16:** Ο ισχυρισμός ότι «δεν έχει και δεν μπορεί να έχει διαπιστωθεί αποδεδειγμένως με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι Αναθέτουσες Αρχές διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ούτε έχει εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα», απορρίπτεται βάσει των πιο κάτω:

- η Απόφαση Δικαστηρίου αποτελεί το μέσο το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε στη διάθεση της Ε.Α. για να αξιολογήσει και να αποφανθεί εάν υπήρξε όντως διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από την Εταιρεία. Αυτό ενισχύει από την αναφορά που γίνεται στην παράγραφο 3 της Γνωμάτευσης στην οποία επισυναπτόταν η Απόφαση Δικαστηρίου, «... από την οποία η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να αντλήσει πληροφορίες για να καταλήξει στις δικές τις διαπιστώσεις»,
 - η Ε.Α. σαφώς και έχει «εξατομικεύσει τη στάση του οικείου οικονομικού φορέα», καθώς ασχολήθηκε αποκλειστικά με την πιθανή εμπλοκή του υπό αναφορά οικονομικού φορέα στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014.
- **Παράγραφος 15:** Ο ισχυρισμός ότι «Επιτροπή Αξιολόγησης εκ πρώτης όψεως θεωρεί ότι η Εταιρεία έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα είναι νομικά και πραγματικά αβάσιμη», απορρίπτεται, καθώς όπως αναφέρεται στη συνημμένη επιστολή της Ε.Α. (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ), «Η Επιτροπή Αξιολόγησης, αφού αξιολόγησε τα ευρήματα του Δικαστηρίου στην προαναφερθείσα υπόθεση, έκρινε ότι εκ πρώτης όψεως προκύπτει διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος...». Επομένως, η εκ πρώτης όψεως θέση της Ε.Α. βασίστηκε στα ευρήματα του Δικαστηρίου στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014 και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να χαρακτηριστεί «αβάσιμη».
 - **Παράγραφος 19:** Παρόλο που στην παράγραφο αυτή αναφέρεται το Συμβούλιο Προσφορών αντί η Ε.Α, θέση της Ε.Α. είναι ότι αρμοδιότητά της είναι να κρίνει εάν έχει διαπραχθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και όχι ποινικό αδίκημα, που βεβαίως εμπίπτει στις αρμοδιότητες του Ποινικού Δικαστηρίου.
 - **Παράγραφοι 21 και 22:** Η Ε.Α. αναγνωρίζει ότι ο κ. Κ. Χρυσόχος δεν ήταν κατηγορούμενος στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014, η οποία όπως αναφέρεται και πιο πάνω, αποτελεί το μέσο το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε στη διάθεση της Ε.Α. για να αξιολογήσει και να αποφανθεί εάν υπήρξε όντων διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού

παραπτώματος. Ακριβώς από την αξιολόγηση της Απόφασης Δικαστηρίου, η Ε.Α κατέληξε στα συμπεράσματα της παραγράφου 1.2.5 πιο πάνω. Επομένως, θεωρεί ότι με τα στοιχεία που είχε στη διάθεση της ήταν εφικτό να καταλήξει σε αυτά τα συμπεράσματα, χωρίς να χρειάζεται να έχει ενώπιον της όλα τα γεγονότα και στοιχεία που περιβάλλουν τη δικαστική απόφαση.

- **Παράγραφοι 23 και 24:** Οι λόγοι για τους οποίους ο κ. Κ. Χρυσόχος προέβη στις ενέργειες που περιγράφονται στην παράγραφο 23 καθώς και τα όσα αναφέρονται στην παράγραφο 24 περί μέγιστης περιόδου αποκλεισμού, δεν αφορούν το έργο της Ε.Α. ούτε μπορούν να επηρεάσουν την εισήγηση της, καθώς η μόνη κύρωση που είναι δυνατό να εισηγηθεί η Ε.Α. είναι ο αποκλεισμός του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα από την συμμετοχή του στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και όχι αποκλεισμό του από συμμετοχή σε μελλοντικούς διαγωνισμούς.
- **Παράγραφος 25:** Ο ισχυρισμός ότι «... η καταβολή των χρημάτων προς τους κατηγορούμενους 1 και 2 έγινε από τον κ. Χρυσόχο υπό την προσωπική του ιδιότητα και η εν λόγω πράξη δεν θα πρέπει κατά την άποψη μας να δεσμεύσει ή/και να βαραίνει μια Δημόσια Εταιρεία του εύρους της Νέμεσις», απορρίπτεται καθώς η Ε.Α. κρίνει ότι ο κ. Κ. Χρυσόχος δεν είχε οποιοδήποτε προσωπικό συμφέρον για να προβεί στο δεκάσμο των Κατηγορουμένων 1 και 2. Επιπλέον, η Ε.Α. θεωρεί πως το γεγονός ότι ο κ. Κ. Χρυσόχος παραιτήθηκε από Διευθύνων Σύμβουλος της Εταιρείας και από μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου στις 3 Φεβρουαρίου 2015 (εκτός του ότι είναι αντιφατικό με τον πιο πάνω ισχυρισμό), θεωρείται άνευ σημασίας αφού κατά τον χρόνο της καταβολής των χρημάτων, δέσμευε την Εταιρεία και ενεργούσε εκ μέρους της.
- **Παράγραφος 27:** Το γεγονός ότι ο κ. Χρυσόχος συνεργάστηκε πλήρως με τις Ανακριτικές Αρχές δεν επηρεάζει το έργο της Ε.Α. και δεν θα προσμετρηθεί στην τελική της εισήγηση, αφού η Ε.Α. δεν αποτελεί δικαστήριο όπου ένας τέτοιος παράγοντας ενδεχομένως να μετρίαζε την οποιαδήποτε ποινή θα επιβαλλόταν στον οικονομικό φορέα.

- Παράγραφος 28:** Η αναφορά ότι «...αριθμός εταιρειών κατέβαλλε χρηματικά ποσά στους Κατηγορούμενους 1 και 2 με σκοπό να κατακυρωθούν οι προσφορές των εν λόγω εταιρειών. Αντίθετα, ο κύριος Χρυσοχός κατέβαλε το χρηματικό ποσό όχι για να εξασφαλίσει την κατακύρωση σε αυτόν μιας προσφοράς, όχι για να επεκταθεί το συμβόλαιο και όχι για να εγκριθούν επιπλέον εργασίες αλλά για να του καταβληθούν οι νόμιμες, στη βάση πιστοποιητικών απαιτήσεις της Εταιρείας, τα δεδουλευμένα δηλαδή της Εταιρείας», δεν αφορά και ούτε επηρεάζει το έργο της Ε.Α αφού αυτή διερευνά τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος **αποκλειστικά** από την εταιρεία. Εξάλλου, στη σελ. 23 της Απόφασης Δικαστηρίου δεν γίνεται καμία διάκριση μεταξύ των εμπλεκόμενων εταιρειών, ως προς το λόγο που προέβηκαν στις εν λόγω ενέργειες. Επιπλέον, ακόμη και εάν ο κ. Χρυσοχός κατέβαλε ποσά προς τους Κατηγορούμενους 1 και 2 για να του καταβληθούν τα δεδουλευμένα της Εταιρείας όπως ισχυρίζεται, η Ε.Α. θεωρεί ότι δεν αποτελεί ελαφρυντικό για τις ενέργειες του, καθώς και κάλλιστα θα μπορούσε να προσφύγει σε νόμιμες διαδικασίες εξ' αρχής και όχι εκ των υστέρων. Όσον αφορά τη δεύτερη παράγραφο της παραγράφου 28, η αναφορά «να λάβει όσα του ανήκαν...» και «να λάβει αυτά που edικαιοúταν η Εταιρεία», **ενισχύει** την άποψη της Ε.Α. ότι **ο κ. Χρυσοχός δέσμευε την Εταιρεία και επιπλέον αποδεικνύει ότι ενεργούσε εκ μέρους της και προς όφελος της.**
- Παράγραφος 29:** Το εάν κάποιες εταιρείες οι οποίες εμπλέκονται στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014 έχουν προχωρήσει σε υπογραφή συμβολαίων με Αναθέτουσες Αρχές χωρίς να τους επιβληθεί οποιαδήποτε κύρωση, δεν αφορά την Ε.Α. Όπως αναφέρθηκε και πιο πάνω η Ε.Α. ασχολείται **αποκλειστικά** με την Εταιρεία και **μόνο** για τον εν λόγω διαγωνισμό.
- Παράγραφος 30:** Η αναφορά ότι « **Ο τέως Διευθυντής της Εταιρείας** εκβιάστηκε όπως καταβάλει χρηματικό ποσό για να λάβει ένα καθόλα νόμιμο αντάλλαγμα, τις οφειλές του ΣΑ.ΠΑ **προς την Εταιρεία**», (έμφαση και υπογράμμιση δική μας) ενισχύει **αυτόδηλα** την άποψη της Ε.Α. ότι ο κ. Χρυσοχός δέσμευε την Εταιρεία και ενεργούσε εκ μέρους της και προς όφελος της.

- [...]

1.3 Εισήγηση Επιτροπής Αξιολόγησης

Η Επιτροπή Αξιολόγησης λαμβάνοντας υπόψη όλα τα πιο πάνω, εισηγείται τον αποκλεισμό του προσφέροντα ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ, από το διαγωνισμό αφού κρίνει ότι έχει αποδεδειγμένως διαπιστωθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους του.

Σε περίπτωση που η εισήγηση της Ε.Α υιοθετηθεί τόσο από την Διευθύντρια του Τμήματος Δημοσίων Έργων, όσο και από το Συμβούλιο Προσφορών του Υ.Μ.Ε.Ε., τότε η Ε.Α. εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον προσφέροντα CYBARCO LTD για το ποσό των €10.669.000 συν Φ.Π.Α., του οποίου η προσφορά ήταν η αμέσως επόμενη σύμφωνα με την κατάταξη στην οποία είχε καταλήξει η Ε.Α. στην Έκθεση Οικονομικής Αξιολόγησης, Ιούλιος 2014. [...]».

Από τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 25.6.2015 παραθέτουμε τα ακόλουθα:

«Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός έτυχε εξέτασης στις συνεδρίες του Συμβουλίου Προσφορών με ημερομηνία 24.07.2014 και 28.08.2014, τα σχετικά πρακτικά των συνεδριάσεων αυτών αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του παρόντος πρακτικού. Στο μέλος Ελευθέριο Ελευθερίου, λόγω απουσίας στη συνεδρία ημερ. 28.08.2014, στάλθηκαν εκ των προτέρων όλα τα σχετικά έγγραφα και ενημερώθηκε από το Συμβούλιο πριν τη έναρξη της συνεδρίας.

2. Το Συμβούλιο Προσφορών, μελέτησε την επιστολή με αρ. ανα. 10/4873/91 και ημερ. 10.06.2015 του δικηγορικού γραφείου «Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες», το οποίο ενεργεί εκ μέρους και κατά εντολή του προσφέροντα ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ. Η πιο πάνω επιστολή λήφθηκε σε απάντηση της επιστολής με αρ. φακ. 16.05.005.102.02 και ημερ. 09.06.2015 που στάλθηκε από τη Συντονίστρια της Επιτροπής Αξιολόγησης προς τον προσφέροντα με την οποία τον πληροφορούσε ότι, με βάση την απόφαση του

Δικαστηρίου στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/2014, η Επιτροπή Αξιολόγησης κρίνει εκ πρώτης όψεως τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

3. Το Συμβούλιο αποφάσισε ομόφωνα να υιοθετήσει τα συμπεράσματα της Επιτροπής Αξιολόγησης σε σχέση με το περιεχόμενο της επιστολής του δικηγορικού γραφείου «Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες», όπως αυτά καταγράφονται στην παράγραφο 1.2.9 της Έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης. Επιπρόσθετα, το Συμβούλιο παρατήρησε ότι, στην επιστολή του δικηγορικού γραφείου «Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες», η οποία λήφθηκε στα πλαίσια του δικαιώματος ακρόασης που δόθηκε στον προσφέροντα ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΤΔ, δεν περιλαμβάνεται οποιοδήποτε στοιχείο με το οποίο να αμφισβητούνται οι αναφορές στην απόφαση του Δικαστηρίου στην Ποινική Υπόθεση αρ. 12057/14 που τον αφορούν.

4. Το Συμβούλιο τοποθετήθηκε αναφορικά με τα εγειρόμενα θέματα της επιστολής του δικηγορικού γραφείου «Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες», ως ακολούθως:

4.1 Το Συμβούλιο Προσφορών δεν έχει αρμοδιότητα να εξετάσει τη διάπραξη ποινικών αδικημάτων και να αποφασίσει αν υπήρξε «χρηματισμός» από την Εταιρεία (παράγραφος 19 της επιστολής). Έχει όμως αρμοδιότητα να εξετάσει τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και να αποφασίσει την απόρριψη ή όχι συγκεκριμένης προσφοράς. Η αναφορά που γίνεται στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην προσφυγή αρ. 17/2013 (παράγραφοι 17, 18 και 19 της επιστολής) δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στην υπό εξέταση περίπτωση επειδή συγκρούεται με τη μεταγενέστερη απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ημερ. 11.12.2014 στην υπόθεση C-440/13, *Croce Amica One Italia Srl*. 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.

4.2 Η αρμοδιότητα του Συμβουλίου Προσφορών να εξετάσει τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και να αποφασίζει την απόρριψη ή όχι συγκεκριμένης προσφοράς δεν σχετίζεται με αρμοδιότητες που έχουν επαγγελματικά σώματα [...]

4.3 Η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος υπό το καθεστώς εκβιασμού (αναφορά στην παράγραφο 23 ότι, ο Διευθυντής της ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ εκβιάστηκε από τους κατηγορούμενους), δεν απαλλάσσει αυτομάτως τον υποκείμενο στον εκβιασμό από τις ευθύνες που απορρέουν από τη διάπραξη της συγκεκριμένης πράξης. Ο εν λόγω Διευθυντής είχε υποχρέωση να καταγγείλει τους εκβιαστές του στις αρμόδιες αρχές του κράτους.

4.4 Δεν προκύπτει από τους όρους του διαγωνισμού και 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 το Συμβούλιο από τη δυνατότητα να αποκλείσει οποιοδήποτε προσφέροντα από το διαγωνισμό, ως ο ισχυρισμός που προβάλλεται στην επιστολή του δικηγορικού γραφείου «Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες».

4.5 Σε σχέση με την επίκληση της αρχής της ισότητας, της αρχής της μη διάκρισης και της αρχής της αναλογικότητας, το Συμβούλιο τονίζει ότι αυτές εφαρμόζονται στις αποφάσεις που λαμβάνει για την ανάθεση συμβάσεων στους διαγωνισμούς που εξετάζονται ενώπιον του.

Ως εκ των πιο πάνω, το Συμβούλιο ανακαλεί τις αποφάσεις που πάρθηκαν στις συνεδρίες, 24.7.2014 & 28.8.2014, για το διαγωνισμό αυτό, και αποφάσισε ομόφωνα:

(α) να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και να αποκλείσει τον προσφέροντα «ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» από το διαγωνισμό PS/DB/5, λόγω του ότι διαπιστώθηκε εκ μέρους του η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, υπό την έννοια του άρθρου 51(2)(δ) του Νόμου Ν.12(Ι)/2006.

(β) να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για την ανάθεση της σύμβασης για μελέτη και κατασκευή του Κάθετου Δρόμου που συνδέει το νέο λιμάνι Λεμεσού με τον Αυτοκινητόδρομο Λεμεσού-Πάφου (Φάση ΙΙ/Τμήμα Α)

στον αμέσως επόμενο προσφέροντα «CYBARCO Ltd», σύμφωνα με την κατάταξη στην Έκθεση Οικονομικής Αξιολόγησης τον Ιούλιο 2014, για το ποσό των €10.669.000 πλέον Φ.Π.Α. [...]».

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης η Αναθέτουσα Αρχή τελούσε υπό πλάνη ως προς τα νομικά αποτελέσματα της απόφασης του Κακουργιοδικείου Πάφου στην Ποινική υπόθεση στην οποία οι ίδιοι δεν ήσαν ούτε κατηγορούμενοι ούτε μάρτυρες αφού οι εκεί κατηγορούμενοι παραδέχθηκαν τις κατηγορίες. Ότι το Συμβούλιο Προσφορών δεν έχει εξειδικεύσει ως όφειλε την πράξη ή τις πράξεις που κατά το ίδιο αποδεδειγμένα συνιστούσαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Ότι οι Αιτητές τα χρήματα που έδωσαν στους κατηγορούμενους στην ποινική υπόθεση δεν ήταν για να προσποριστούν και ούτε προσπορίστηκαν οποιοδήποτε χρηματικό όφελος αλλά ήταν για να τους καταβληθεί νόμιμη πληρωμή για εκτελεσθείσες εργασίες. Ότι παραβιάστηκε η αρχή της αναλογικότητας λαμβανομένου υπόψη του χρόνου που έλαβαν χώρα τα γεγονότα της δικαστικής απόφασης και ο οποίος υπερβαίνει κατά πολύ την τελευταία τριετία η οποία προβλέπεται από την οδηγία του 2014/24/EK την οποία τα Κράτη Μέλη θα πρέπει να ενσωματώσουν στον εθνικό τους δίκαιο μέχρι 18.4.2016. Η οδηγία υπέδειξαν, καίτοι ακόμα δεν έχει ενσωματωθεί, έχει άμεση εφαρμογή σύμφωνα με την απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου C-144/04 *Werner Mougold v. Rodiger Helm*. Τέλος υπέβαλαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί ως παραβιάζουσα την αρχή της ίσης

μεταχείρισης αλλά και το άρθρο 6 της ευρωπαϊκής σύμβασης για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου ΕΣΔΑ το οποίο ορίζει ότι το κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα όπως δικαστεί από ανεξάρτητο και αρμόδιο δικαστήριο για το βάσιμο εναντίον του κατηγορίας.

Η Αναθέτουσα Αρχή, η οποία δεν έχει καταχωρήσει γραπτή αγόρευση, δια της δικηγόρου της υιοθέτησε τις νομικές θέσεις που ανέπτυξε και εξετάστηκαν στις Προσφυγές 26/2015 και 28/2015.

Το άρθρο 51 προσωπική κατάσταση του υποψηφίου ή του προσφέροντος του Περί του Συντονισμού των διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2006, Ν.12(Ι)/2006 («ο Νόμος») 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 τον όρο 3.3.6(ε) των εγγράφων του διαγωνισμού ο οποίος έχει ήδη παρατεθεί πιο πάνω και το άρθρο 51 του Νόμου ότι ο συγκεκριμένος όρος 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.

Για σκοπούς πληρότητας της απόφασης μας παραθέτουμε αυτούσια όσα αποσπάσματα από την απόφαση μας στις Προσφυγές αρ. 26/2015 και 28/2015 τα οποία και υιοθετούμε για τους σκοπούς της παρούσας αφού η απόφασή μας ως προς το εγειρόμενο ζήτημα παραμένει η ίδια.

«Η Αναθέτουσα Αρχή καίτοι ο όρος 3.3.6 αναφέρεται σε προϋποθέσεις συμμετοχής, προτού καταλήξει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 43(1) του Νόμου 158(Ι)/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 εξετάζε, 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(Ι)/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 αποφάσεις⁸ 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 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

⁸ **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 Ατδ v. Κυπριακής Δημοκρατίας** (1990) 3 Α.Α.Δ. 2327.

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.

[...]

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 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 ...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 [...] 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)⁹ 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 μόνο της ευνοϊκής μεταχείρισης αποτελεί όφελος. Πράξεις και συμπεριφορές όπως αυτές των Αιτητών σαφώς και έχουν αντίκτυπο στην αξιοπιστία τους. Πρόσθετα

⁹ 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.

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.

[...]

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 edικαιολογείται 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 ΑΑΔ 87).[...]*».

Έχοντας εξετάσει τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 25.6.2015 από τα οποία προκύπτει ότι υιοθετήθηκαν οι διαπιστώσεις και εισηγήσεις της έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 19.6.2015, με την οποία συμφώνησε και η Διευθύντρια του Τμήματος Δημοσίων Έργων, 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 την Προσφυγή.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος