



**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. 53/2019**

Μεταξύ:

ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ (AKTOR S.A.)

Αιτητών

v.

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ – ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ  
(ΣΑΛΑ)

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών:**

Δήμος Θωμά, Προεδρεύων  
Λοΐζος Κάππας, Μέλος  
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος

**Αιτητές:**

ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ (AKTOR S.A.)

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιώργο Παπαδόπουλο, Δικηγόρο για Μ. Ηλιάδης & Συνεταίροι Δ.Ε.Π.Ε.
2. Κωνσταντία Σακελλαρίου, Δικηγόρο για Μ. Ηλιάδης & Συνεταίροι Δ.Ε.Π.Ε.
3. Έλενα Τόλλα, Δικηγόρο για Μ. Ηλιάδης & Συνεταίροι Δ.Ε.Π.Ε.

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ – ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ  
(ΣΑΛΑ)

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Φωτεινή Τσιρίδου, Δικηγόρο για Κώστας Τσιρίδης & Σία Δ.Ε.Π.Ε,
2. Αντώνη Νικολάου, Δικηγόρο για Κώστας Τσιρίδης & Σία Δ.Ε.Π.Ε,
3. Στέλλα Στυλιανού, Δικηγόρο για Κώστας Τσιρίδης & Σία Δ.Ε.Π.Ε.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 22 Απριλίου 2020

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα διαδικασία γίνεται στα πλαίσια της προσφυγής αρ. 53/2019, η οποία καταχωρήθηκε από την Εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ (AKTOR S.A.) «οι Αιτητές»), με την οποία ζητείται ακύρωση της απόφασης του ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ – ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ (ΣΑΛΑ) («η Αναθέτουσα Αρχή»), να τους αποκλείσει από τον Διαγωνισμό με αρ. 2/2018 και με θέμα «Προσφορά 2/2018 για παροχή υπηρεσιών για την Λειτουργία και Συντήρηση του Βιολογικού Σταθμού Επεξεργασίας Λυμάτων στη Μονή για περίοδο 5 ετών και δικαίωμα επέκτασης της σύμβασης για πρόσθετη περίοδο μέχρι 5 χρόνια κατά την κρίση του Εργοδότη» («Ο Διαγωνισμός»), καθώς και ακύρωση της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην εταιρεία WTE Wassertechnik GmbH («ο Επιτυχών»).

Ο επίδικος διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 16.01.2018 στο ηλεκτρονικό σύστημα σύναψης συμβάσεων (e Procurement) με καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών μετά από παράταση τις 20.04.2018. Ο προϋπολογισμός του έργου είναι €21.000.000 χωρίς τον Φ.Π.Α. και κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Υποβλήθηκαν συνολικά επτά προσφορές μεταξύ αυτών και η προσφορά των Αιτητών.

Η Αναθέτουσα Αρχή με απόφαση της ημερομηνίας 18.07.2018, αποφάσισε την κατακύρωση της προσφοράς στους Αιτητές για το ποσό των €8.549.983,88, ως η

εταιρεία η οποία πρόσφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής και πληρούσε όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής και όρους εντολής της προσφοράς.

Εναντίον της πιο πάνω απόφασης καταχωρήθηκε από την εταιρεία WTE WASSERTECHNIK GMBH ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η προσφυγή αρ. 33/2018 για την οποία, η ΑΑΠ με απόφασή της ημερομηνίας 08.08.2018 ανέστειλε προσωρινά τη διαδικασία ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης της επί της Προσφυγής.

Στις 20.11.2018 ημερομηνία που η προσφυγή αρ. 33/2018 ήταν ορισμένη για ακρόαση, η Αναθέτουσα Αρχή πληροφόρησε την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ότι μετά την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης της στην Προσφυγή αρ. 19/2018, η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε να ανακαλέσει την απόφαση της, και ως εκ τούτου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών εξέδωσε απόφαση στις 23.11.2018 απορρίπτοντας την προσφυγή με αρ. 33/2018 με το αιτιολογικό ότι η προσφυγή κατέστη άνευ αντικειμένου.

Η Αναθέτουσα Αρχή μετά από επανεξέταση αποφάσισε τον αποκλεισμό των Αιτητών καθότι υπέγραψαν αναληθή και/ή παραπλανητική δήλωση ότι δεν έχουν καταδικαστεί ή παραδεχτεί τη διάπραξη των παραπτωμάτων που αναφέρονται στη Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης (Form 2: Template For the Solemn Declaration Certifying

the Tenderer's Personal Situation) με βάση τους όρους του διαγωνισμού, ενώ τους είχε επιβληθεί πρόστιμο ύψους σχεδόν 39 εκατομμυρίων ευρώ από την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού το 2017, γεγονός το οποίο συνιστά και παραβίαση ουσιωδών όρων του διαγωνισμού. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους Αιτητές με επιστολή ημερομηνίας 05.02.2019.

Εναντίον της πιο πάνω απόφασης οι Αιτητές καταχώρησαν στις 19.02.2019 την προσφυγή αρ. 11/2019 ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, η οποία με απόφασή της στις 22.02.2019 ανέστειλε προσωρινά τη διαδικασία ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης της επί της Προσφυγής.

Στις 16.07.2019 η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την ανάκληση της απόφασης κατακύρωσης, μετά από την έκδοση της απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην προσφυγή αρ. 49/2018, που αφορούσε μεν άλλο διαγωνισμό, όμως επηρέαζε άμεσα και την προσφυγή 10/2019 που είχε κατατεθεί από άλλο οικονομικό φορέα για τον επίδικο διαγωνισμό, κρίνοντας ότι το αποτέλεσμα θα ήταν το ίδιο και στην προσφυγή 10/2019. Απέστειλε δε σχετική επιστολή ημερομηνίας 18.09.2019 προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ενημερώνοντας την ότι στις 04.09.2019 επιβεβαιώθηκε η ανάκληση της απόφασης για κατακύρωση και ότι θα προχωρήσει σε επανεξέταση των προσφορών.

Η προσφυγή των Αιτητών με αρ. 11/2019 απορρίφθηκε από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, υπήρξε όμως η δέσμευση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής ότι στην διαδικασία επαναξιολόγησης των προσφορών θα εξετάζονταν από μέρους της, όλα όσα οι Αιτητές είχαν θέσει με τις αγορεύσεις τους, τόσο στις γραπτές όσο και στις προφορικές, εφόσον δεν εξετάστηκαν οι ισχυρισμοί τους στα πλαίσια της πιο πάνω προσφυγής.

Μετά από την επαναξιολόγηση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε να κατακυρώσει το διαγωνισμό 2/2018 στον οικονομικό φορέα WTE Wassertechnik GmbH και με επιστολή της στις 20.11.2019 ενημέρωσε τους Αιτητές ότι δεν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής και δη τις παραγράφους 6.2.1.a, 6.2.1.d και 6.2.1.e, 6.2.1.i και γι' αυτό τον λόγο η προσφορά τους ήταν μη αποδεκτή. Οι Αιτητές προσβάλλουν με την παρούσα προσφυγή την πιο πάνω απόφαση.

Αρχικά η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε τη θέση ότι Αιτητές στερούνται εννόμου συμφέροντος και/ή δε νομιμοποιούνται στην καταχώριση της παρούσας προσφυγής, η οποία θα πρέπει να απορριφθεί. Θα εξετάσουμε πρώτα τη θέση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής και εν συνεχεία τους άλλους λόγους που θέτουν οι Αιτητές.

Η Αναθέτουσα Αρχή στηρίζει τη θέση της αυτή περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος των Αιτητών στον όρο 6.2.1 του διαγωνισμού «Requirements for participation», ο

οποίος αναφέρεται στις υποχρεωτικές προϋποθέσεις συμμετοχής, που αν δεν πληρούνται η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα και ο οποίος μεταξύ άλλων προβλέπει:

*“To participate in the tender procedure, interested economic operators must meet the following requirements concerning their personal situation:*

*...*

*b.*

*..*

*i. They must not be guilty of serious misrepresentation in supplying the information required for the verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfillment of the selection criteria, must not have withheld such information...”*

Η Αναθέτουσα Αρχή στηρίζει τη θέση της και στο άρθρο 57(4)(γ) του Ν. 73(I)/2016, στο Κεφάλαιο 5 – Επιλογή των συμμετεχόντων και ανάθεση των συμβάσεων, το οποίο προβλέπει ότι «(4) Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... δ (γ) όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του», καθώς και στην Οδηγία 2004/18 που έχει αντικατασταθεί από την Οδηγία 2014/24.

Παρέπεμψε δε, στην απόφαση του ΔΕΕ, στην υπόθεση Forposta SA (ABC Direct Contact v Poczta Polska SA), όπου το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ερμήνευσε ακριβώς τον αντίστοιχο πιο πάνω όρο αναφορικά με την έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» αναφέροντας μεταξύ άλλων ότι «η αποτυχία του οικονομικού φορέα να

*συμμορφωθεί με τις συμβατικές του υποχρεώσεις μπορεί...να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα». Έκανε αναφορά επίσης στην απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Croce Amica One Italia 11.01.2014.*

Οι Αιτητές, συνέχισε, αποκλείστηκαν από το διαγωνισμό για το ότι υπέγραψαν αναληθή δήλωση. Συγκεκριμένα, το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε ότι ο οικονομικός φορέας AKTOR S.A. πρέπει να αποκλειστεί καθότι υπέγραψε αναληθή και/ή παραπλανητική δήλωση ότι δεν έχει καταδικαστεί ή παραδεχτεί τη διάπραξη των παραπτωμάτων που αναφέρονται στη Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης (Form 2: Template For the Solemn Declaration Certifying the Tenderer's Personal Situation) με βάση τους όρους του διαγωνισμού, ενώ του είχε επιβληθεί πρόστιμο ύψους σχεδόν 39 εκατομμυρίων ευρώ από την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού, γεγονός το οποίο συνιστά και παραβίαση ουσιωδών όρων του διαγωνισμού. Οι Αιτητές με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της Ελλάδας ημερομηνίας 3.08.2017, μετά από παραδοχή των ίδιων, είχαν βρεθεί ένοχοι για παραβιάσεις του ανταγωνισμού σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων και συγκεκριμένα για νόθευση και χειραγώγηση διαγωνισμών δημοσίων έργων με την επιβολή εναντίον τους προστίμου €38.495.453. Η θέση του Συμβουλίου ήταν ότι οι Αιτητές όφειλαν και είχαν την υποχρέωση να συμπληρώσουν ορθά και να αποκαλύψουν όλα τα σχετικά γεγονότα που ρητά αναφέρονταν στην πιο πάνω Δήλωση (Form 2).

Προς στήριξη της ορθότητας της απόφασης της, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρθηκε στην απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας της Ελλάδας 40/2019<sup>1</sup> ημερομηνίας 15.02.2019, με την οποία η εταιρεία AKTOR S.A. ως μέλος διμερούς κοινοπραξίας αποκλείστηκε από δημόσιο διαγωνισμό στην Ελλάδα, ένεκα της από μέρους της ψευδούς/αναληθούς δήλωσης που απαιτείται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού. Η πιο πάνω υπόθεση, συνεχίζει, αφορούσε αίτηση αναστολής δημόσιου διαγωνισμού ο οποίος είχε κατακυρωθεί σε κοινοπραξία που συμμετείχαν οι Αιτητές και η οποία καταχωρήθηκε από τον δεύτερο φθηνότερο προσφοροδότη. Τα ζητήματα που εξέτασε το Συμβούλιο Επικρατείας αφορούσαν στο πρόστιμο των €38.495.453 αλλά και στη δήλωση που είχε προβεί ο οικονομικός φορέας, στην οποία δεν αποκάλυψε την καταδίκη αυτή. Τα γεγονότα αυτά είναι παρόμοια με αυτά που εξετάζονται και στον παρόντα διαγωνισμό.

Επιπρόσθετα, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, οι προϋποθέσεις συμμετοχής οι οποίες προσδιορίζονται στον όρο 6.2.1 δεν επιτρέπουν στην Αναθέτουσα Αρχή να παρεκκλίνει απ' αυτές και αυτό καθίσταται σαφές από την χρήση του όρου «must». Παρέπεμψε δε σε σειρά σχετικών αποφάσεων του Ανωτάτου Δικαστηρίου<sup>2</sup>. Από τις αποφάσεις αυτές, καταλήγει, προκύπτει ότι όταν οι ίδιοι οι όροι του διαγωνισμού επιβάλλουν και

---

<sup>1</sup> Απόφαση 40/2019 GD INFRASTRUTTURA S.R.L.v. Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)

<sup>2</sup> α) Minico House Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας (2011) 3Α Α.Α.Δ 104, β) Υπόθεση Αρ. 1264/2009 WTE Wassertechnik GMBH v. Κυπριακής Δημοκρατίας, ημερομηνίας 22/7/2011, γ) Υπόθεση Αρ. 5907/2013 Τούλλας Χρίστου v. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Υπουργείου Παιδείας και Πολιτισμού.



επιτάσσουν ότι σε περίπτωση που διαφανεί ότι ο οικονομικός φορέας προσκομίζει παραπλανητικά ή αναληθή στοιχεία δεν μπορεί να συμμετέχει στο Διαγωνισμό.

Από τη στιγμή, συνεχίζει, που η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε ότι δεν πληρούσε τους όρους του διαγωνισμού νομίμως αποκλείστηκαν και επομένως στερούνται του εννόμου συμφέροντος να καταχωρίσουν την παρούσα προσφυγή και να προσβάλουν την κατακύρωση της προσφοράς στο Επιτυχόντα. Παράλληλα τόνισε το γεγονός ότι, οι Αιτητές ουδέποτε αμφισβήτησαν τους όρους του Διαγωνισμού, αντίθετα συμμετείχαν σε αυτόν ανεπιφύλακτα και επομένως ισχύει το δόγμα της απαγόρευσης της ταυτόχρονης επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας και οι Αιτητές στερούνται του απαιτούμενου εννόμου συμφέροντος. Παρέπεμψε δε σε ανάλογες αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου<sup>3</sup>.

Από την πλευρά τους οι Αιτητές υποστήριξαν ότι όλοι οι ισχυρισμοί τους αφορούν το λόγο αποκλεισμού τους από τον Διαγωνισμό και η νομολογία είναι ξεκάθαρη. Η Αναθέτουσα Αρχή, αναφέρουν, επικαλείται ότι οι Αιτητές έχουν υπογράψει ψευδή δήλωση. Οι Αιτητές αμφισβητούν ότι έχουν υπογράψει ψευδή δήλωση και υποστηρίζουν ότι ο αποκλεισμός είναι παράνομος. Άρα επίδικο θέμα είναι ο αποκλεισμός τους. Επομένως, συνεχίζουν, η επίκληση που γίνεται από την

---

<sup>3</sup> α) Υπόθεση Αρ. 1706/2009 INTPAKAT- Intrakom Κατασκευές Ανώνυμη Εταιρεία Τεχνικών Έργων και Μεταλλικών Κατασκευών εκ Παιανίας, Αττικής, Ελλάδα και Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (ΑΤΗΚ) κ.α., ημερομηνίας 12/6/2012, β) Υπόθεση Αρ. 1432/2017Κ. Akritis Consulting Engineers (Κυριάκος Ακρίτας Ε.Π.Ε.) και Κυπριακής Δημοκρατίας, ημερομηνίας 28/2/20

Αναθέτουσα Αρχή ότι οι Αιτητές αποδοκιμάζουν και επιδικάζουν όρους του διαγωνισμού δεν ισχύει, καθώς επίσης δεν προβάλλουν ισχυρισμούς που αφορούν την εγκυρότητα ή μη της προσφοράς του Επιτυχόντα.

Με βάση τη νομολογία, συνεχίζουν, οι Αιτητές έχουν έννομο συμφέρον να προωθούν την παρούσα ιεραρχική προσφυγή. Παρέπεμψαν στην Αναθεωρητική Έφεση 75/2005 όπου αναφέρεται στην απόφαση *«Ένας αποκλεισθείς προσφοροδότης νομιμοποιείται καταρχήν να θέσει προς εξέταση ζητήματα που αφορούν στον αποκλεισμό του. Η Προσφυγή όμως επιτυγχάνει ή αποτυγχάνει με αναφορά αποκλειστικά στη νομιμότητα ή όχι του αποκλεισμού και δεν εξετάζεται οποιοδήποτε άλλο αναφορικά με την διαδικασία»*.

Επομένως, τόνισαν, εδώ προβάλλονται οι λόγοι αναφορικά με τη νομιμότητα ή μη του αποκλεισμού τους και έχουν καθόλα έννομο συμφέρον να προωθούν την παρούσα Προσφυγή. Ανέφεραν επίσης ότι δεν αμφισβητούν κάποιους όρους του διαγωνισμού, αμφισβητούν τη διαδικασία που ακολουθήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή και οδήγησε στον αποκλεισμό τους. Παρέπεμψαν και σε τρεις σχετικές αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> 1. Κυπριακή Δημοκρατία ν. Μάριος Θεοχαρίδης Λτδ (2008) 3 Α.Α.Δ. 488 27.11.2008, 2. Προπαρασκευασμένα Υλικά Σκυροδέματος Ύψωνας Λτδ ν. Δήμος Στροβόλου (2007) 4 Α.Α.Δ. 535 9.8.2007, 3. Cystar Insurance Brokers Ltd ν. Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου αρ. Υπόθεσης 1667/2010

Έχοντας ακούσει τις θέσεις των δύο πλευρών αναφορικά με το έννομο συμφέρον των Αιτητών θα εξετάσουμε το πιο πάνω θέμα.

Το θέμα του εννόμου συμφέροντος αποκλεισθέντος προσφοροδότη να ασκήσει προσφυγή για τους λόγους αποκλεισμού του έχει κριθεί σε αρκετές αποφάσεις δικαστικών οργάνων. Ειδικότερα στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση *Cystar Insurance Brokers Ltd v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, αρ. Υπόθεσης 1667/2010, ημερ. 22.10.2015*, αναφέρεται:

«Σε ό,τι αφορά την καθ' ης η αίτηση, αυτή, πέραν από την απόρριψη των λόγων ακύρωσης που προώθησαν οι αιτητές και την υποστήριξη της ορθότητας και νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης, εγείρει και προδικαστική ένσταση ότι οι αιτητές στερούνται εννόμου συμφέροντος να προσβάλουν την προσβαλλόμενη απόφαση, αφού η προσφορά που οι ίδιοι υπέβαλαν αποκλείστηκε, ως μη ανταποκρινόμενη σε ουσιώδεις όρους των προδιαγραφών του Διαγωνισμού.

Προέχει η εξέταση του θέματος του εννόμου συμφέροντος, γιατί η ύπαρξή του είναι απαραίτητη προϋπόθεση για νομιμοποίηση προσφεύγοντος να αξιώσει αναθεώρηση εκτελεστής διοικητικής πράξης ή απόφασης, (βλ. Χρ. Κυριάκου Λτδ. v. Α.ΤΗ.Κ. (1995) 3 Α.Α.Δ.178 και Δημοκρατία v. Α.Κ. Χατζηϊωάννου & Υιοί (2005) 3 Α.Α.Δ. 467). Αναφέρεται δε εξ αρχής ότι η εν λόγω προδικαστική ένσταση δεν ευσταθεί. Στην υπόθεση *Δημοκρατία v. Μάριος Θεοχαρίδης Λτδ* (2008) 3 Α.Α.Δ. 488, κρίθηκε, από την Ολομέλεια, ότι:- (σελίδα 491)

« Ένας αποκλεισθείς προσφοροδότης νομιμοποιείται, κατ' αρχήν, να θέσει προς εξέταση ζητήματα που αφορούν στον αποκλεισμό του, η προσφυγή όμως επιτυγχάνει ή αποτυγχάνει με αναφορά αποκλειστικά στη νομιμότητα ή όχι του αποκλεισμού και δεν εξετάζεται οτιδήποτε άλλο αναφορικά με τη διαδικασία.»

Συνεπώς, στην παρούσα περίπτωση, οι αιτητές έχουν έννομο συμφέρον και νομιμοποιούνται να προσβάλουν μόνο θέματα που αφορούν στον αποκλεισμό τους. Αν δε αποφασιστεί ότι αυτοί νόμιμα αποκλείστηκαν, το θέμα τελειώνει εκεί, εφόσον οι ίδιοι στερούνται, πλέον, εννόμου συμφέροντος να προσβάλουν την ουσία της κατακύρωσης της προσφοράς σε άλλο προσφοροδότη, (βλ. Μ. Θεοχαρίδης Λτδ v. Δημοκρατίας (2007) 3 Α.Α.Δ. 594). Αν, όμως, κριθεί ότι παράνομα αποκλείστηκαν,

*τότε αποκτούν συμφέρον να προσβάλουν τη μη κατακύρωση της προσφοράς στους ιδίους».*

Είναι συνεπώς πάγια νομολογημένο ότι αποκλεισθείς προσφοροδότης μπορεί να προσβάλει μόνο τον αποκλεισμό του και ως εκ τούτου από την στιγμή που οι Αιτητές προσβάλλουν τον αποκλεισμό τους από τον Διαγωνισμό, καταλήγουμε ότι έχουν έννομο συμφέρον να ασκήσουν την παρούσα προσφυγή. Επομένως θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε τους λόγους αποκλεισμού τους που επικαλούνται οι Αιτητές.

Οι Αιτητές αναφέρουν αρχικά ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε τον αποκλεισμό των Αιτητών επειδή έκρινε ότι υπέβαλαν ψευδή δήλωση, χωρίς περαιτέρω έρευνα και αξιολόγηση των ενόπιων της στοιχείων και εσφαλμένα ακολουθήθηκε η απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ 40/2019, καθώς τα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης διαφέρουν άρδην καθότι στην παρούσα υπόθεση όλα τα στοιχεία ήταν γνωστά στην Αναθέτουσα Αρχή και οι Αιτητές δεν είχαν κάτι να αποκρύψουν.

Συγκεκριμένα αναφέρουν, η Αναθέτουσα Αρχή αποδεδειγμένα γνώριζε, στα πλαίσια του προηγούμενου διαγωνισμού υπ' αριθμόν 4/2014, την Απόφαση αρ. 642/17 της Επιτροπής Ανταγωνισμού της Ελλάδας, σύμφωνα με την οποία επιβλήθηκε πρόστιμο προς τους Αιτητές. Η εν λόγω απόφαση λήφθηκε στα πλαίσια διευθέτησης και τα γεγονότα και όλο το ιστορικό που προηγήθηκε το γνώριζε εκ των προτέρων η Αναθέτουσα Αρχή. Δεν υπήρχε οτιδήποτε που δεν ήταν γνωστό σε αυτή, το οποίο

μάλιστα να μπορούσε να ασκήσει ουσιώδη επιρροή στην κρίση της κατά τον έλεγχο της τυχόν συνδρομής λόγων αποκλεισμού. Άρα εσφαλμένα, η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι μπορούσε να υιοθετήσει τα όσα κρίθηκαν στην απόφαση της 40/2019 της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, εφόσον στην παρούσα υπόθεση, ήταν σε γνώση της η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού αλλά και το πρόστιμο το οποίο είχε επιβληθεί στους Αιτητές, όπως ήταν και σε πλήρη γνώση της τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβαν για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους, τα οποία εσφαλμένα δεν αξιολογήθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή. Τα πιο πάνω, συνεχίζουν επιβεβαιώνονται από τα πρακτικά της 42<sup>ης</sup> συνεδρίασης του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 17.12.2018.

Συνεπώς, συνεχίζουν, τα πιο πάνω καθιστούν την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής περί «ψευδούς και ή/και παραπλανητικής» δήλωσης έωλη και ακυρωτέα και επιβεβαιώνουν τη βασιμότητα των ισχυρισμών που προβάλλουν με την παρούσα προσφυγή τους καθότι, η Αναθέτουσα Αρχή κατακυρώνοντας τον διαγωνισμό με αρ. 4/2014 στους Αιτητές, τους δημιούργησε την δικαιολογημένη εντύπωση και την εύλογη πεποίθηση ότι έχουν γνώση των γεγονότων, έχοντας πάντοτε υπόψη την στάση που τηρήθηκε από την ίδια Αναθέτουσα Αρχή στον προηγούμενο διαγωνισμό με πανομοιότυπους όρους. Οι προσφορές υποβλήθηκαν στις 20.04.2018, επομένως, την στιγμή που οι Αιτητές υπόγραφαν την σχετική δήλωση, γνώριζαν την πιο πάνω θέση της διοίκησης και πως δεν ετίθετο θέμα αποκλεισμού τους, είτε λόγω της απόφασης αρ. 642/17, είτε λόγω της υπογραφής της Δήλωσης Πιστοποίησης Προσωπικής Κατάστασης καθότι δεν απέκρυσαν οτιδήποτε με τη δήλωση τους. Από τα πιο πάνω, τονίζουν, καθίσταται

σαφές ότι τα γεγονότα της παρούσας περίπτωσης διαφοροποιούν άρδην την στάση που όφειλε να τηρήσει η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια του επίδικου διαγωνισμού, αφού οι Αιτητές στα πλαίσια της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου προχώρησαν στην υποβολή της προσφοράς, χωρίς οποιουσδήποτε ενδοιασμούς καθώς και στην υποβολή της σχετικής δήλωσης. Η Αναθέτουσα Αρχή είχε υποχρέωση εφόσον ήταν σε γνώση της η καταδίκη των Αιτητών, από προηγούμενη μάλιστα διαδικασία έναντι της οποίας τήρησαν διαφορετική στάση από την παρούσα διαδικασία, να κοινοποιήσουν την αλλαγή της στάσης τους προς το θέμα αυτό και πάντως να ζητήσουν σχετικές διευκρινίσεις.

Είναι θέση των Αιτητών πως εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται την απόφαση 40/2019 του ΣτΕ, καθώς τα γεγονότα της παρούσας προσφυγής διαφοροποιούνται από τα γεγονότα της πιο πάνω υπόθεσης, επειδή εδώ όλα τα γεγονότα ήταν γνωστά στην Αναθέτουσα Αρχή, άρα δεν είχαν να αποκρύψουν οτιδήποτε και επομένως οι Αιτητές δεν υπέβαλαν ψευδή δήλωση.

Επιπρόσθετα είναι η θέση των Αιτητών πως εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε πως η Αιτητές υπέγραψαν ψευδή δήλωση γιατί γνώριζε, πως οι Αιτητές ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44, παράγραφος 3 του Ν. 3959/11, ενόψει της απόφασης αρ. 642/17 της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Οι Αιτητές με την απόφαση αυτή γνώριζαν πως έχουν πλήρη απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις και συνεπώς,

σύμφωνα με τον σχετικό Ελληνικό νόμο, δεν επιτρέπεται να αποκλειστεί από δημόσιους διαγωνισμούς. Τούτο επιβεβαιώθηκε και με το άρθρο 235 του πρόσφατου νόμου 4325/2019 με τον οποίο προβλέφθηκε ρητώς ότι η υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών απαλλάσσουν τον οικονομικό φορέα από αποκλεισμό από δημόσιους διαγωνισμούς.

Επίσης, συνεχίζουν, οι Αιτητές θεωρούσαν πως εφόσον παρήλθε η προθεσμία των τριών ετών από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος παραγράφεται ο λόγος αποκλεισμού και επιπλέον πως τα μέτρα αυτοκάθαρσης που λήφθηκαν από μέρους τους ήταν τέτοια που δεν μπορούσαν να προχωρήσουν στον αποκλεισμό τους. Η απόφαση στην υπόθεση C-124/17, ημερομηνίας 24.10.2018 του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, που καθορίζει πως η τριετία για παραγραφή αδικήματος ξεκινάει από την ημέρα επιβολής της ποινής, εκδόθηκε μετά την υποβολή της προσφοράς και επομένως δεν μπορούσαν να γνωρίζουν την κατεύθυνση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου. Ακόμα η συγκεκριμένη απόφαση δεν δεσμεύει το αρμόδιο όργανο ενόψει του άρθρου 57(7)(β) το οποίο καθορίζει πως η τριετία παραγραφής ξεκινά από την διάπραξη του γεγονότος και παρέπεμψε στην σχετική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην προσφυγή *Αρ. 60/2018 Κοινοπραξία Miltiades- A. Eracleous – Air Control J.V. ν. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, ημερομηνίας 24.06.2019.*

Επιπρόσθετα οι Αιτητές τόνισαν ότι κατά τον διαγωνισμό αρ. 4/2014 είχαν υπογράψει την ίδια δήλωση κάτω από τις ίδιες συνθήκες, είχαν κριθεί θετικά για τα μέτρα αυτοκάθαρσης από την Αναθέτουσα Αρχή και προφανώς δεν είχε κανένα λόγο να πιστεύει πως η στάση της διοίκησης θα άλλαζε χωρίς οποιαδήποτε προειδοποίηση προς τους Αιτητές. Παρέπεμψε δε σε σχετική απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου<sup>5</sup>, σύμφωνα με την οποία, η μη δήλωση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν έχει καθοριστική επιρροή στις αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής για αποκλεισμό των Αιτητών καθώς γνώριζε όλα όσα αφορούσαν την εν λόγω απόφαση και την προσωπική κατάσταση των Αιτητών.

Ως λόγο ακύρωσης του αποκλεισμού τους οι Αιτητές ισχυρίζονται επίσης ότι η ψευδής δήλωση - ακόμη και υπό την εκδοχή ότι έλαβε χώρα - δεν οδηγεί αυτόματα στον αποκλεισμό τους. Εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή δεν εξέτασε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβαν οι Αιτητές προκειμένου να αποδείξουν την αξιοπιστία τους και εσφαλμένα δεν εξετάστηκε η σοβαρότητα των πληροφοριών που αποκρύβησαν καθώς και όλα τα ενόπιον της Αναθέτουσας Αρχής στοιχεία πριν αποφασίσει τον αποκλεισμό τους. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορούσε να αποκλείσει τους Αιτητές δίχως να προηγηθεί αξιολόγηση και εκτίμηση εάν η κατά την κρίση της παρατυπία είναι ικανή να επηρεάσει την αξιοπιστία και φερεγγυότητα των Αιτητών, νοουμένου μάλιστα ότι αυτοί έλαβαν μέτρα για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους και αυτά είχαν κριθεί

---

<sup>5</sup> Υπόθεση C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie, ημερομηνίας 4/5/2017



επαρκή στα πλαίσια άλλου διαγωνισμού. Έκαμαν δε παραπομπή σε σχετική νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου<sup>6</sup>. Με βάση την νομολογία αυτή, η κρίση της Ολομέλειας του Συμβουλίου Προσφορών ότι *«από την στιγμή όμως που απέκρυψε την καταδίκη της, το θέμα έκλεισε εκεί και δεν εξετάζεται τίποτε περαιτέρω»*, καθώς και ότι δεν εξετάζει τα μέτρα αυτοκάθαρσης καθώς το ζήτημα δεν είναι η καταδίκη αλλά η ψευδής δήλωση, με αποτέλεσμα να αποκλείσει αυτόματα τους Αιτητές, είναι εσφαλμένη. Ειδικότερα, αναφέρουν, στην πρόσφατη απόφαση Delta C 267/18 η οποία δημοσιεύθηκε τον Οκτώβριο του 2019 (υποσημείωση 6), καταρρίπτεται η θέση της Αναθέτουσας Αρχής όπως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση. Στην απόφαση Delta, καταλήγουν, για πρώτη φορά το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο αποσαφηνίζει τι πρέπει να κάνει μια Αναθέτουσα Αρχή σε περίπτωση που διαπιστώσει ότι υπάρχει ψευδής δήλωση, ή σοβαρή απόκρυψη πληροφοριών, δηλαδή ακριβώς για τον λόγο για τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποκλείσει τους Αιτητές. Επίσης η πιο πάνω απόφαση αναφέρει ότι η Αναθέτουσα Αρχή πρέπει να λάβει υπόψη της τις ιδιαίτερες περιστάσεις υπό τις οποίες έγινε η δήλωση. Στην προκειμένη περίπτωση, συνεχίζουν, συνέτρεχαν ιδιαίτερες περιστάσεις, ότι δηλαδή η δήλωση έγινε τον Απρίλιο του 2018 όταν δεν υπήρχε η απόφαση Vossloh<sup>7</sup> του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, και ότι έγινε υπό την ισχύ του ελληνικού νόμου που όριζε συγκεκριμένα πράγματα. Η απόφαση Delta, προσθέτουν, είναι σημαντική για έναν επιπρόσθετο καθοριστικό λόγο που είναι ότι και στην υπόθεση

---

<sup>6</sup> Υπόθεση C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrarea Infrastructurii Rutiere SA, ημερομηνίας 3/10/2019,

<sup>7</sup> Υπόθεση C- 124/17.Vossloh Laeis GmbH Kata Stadtwerke München GmbH

εκείνη, είχαμε έναν οικονομικό φορέα που κατηγορήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ότι έκανε ψευδή δήλωση, ότι ακριβώς ισχύει και στην προκειμένη περίπτωση. Το συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, καταλήγουν, είναι ότι οφείλει η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με το άρθρο 57 παράγραφος 6 της οδηγίας να παράσχει την δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να προσκομίσει μέτρα αυτοκάθαρσης.

Οι Αιτητές προσθέτουν επίσης ότι, σύμφωνα με το άρθρο 57(4)(η) του Ν.73(Ι)/16 οι ψευδείς δηλώσεις πρέπει να είναι σοβαρές για να οδηγήσουν στον αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα και ανάλογη πρόνοια υπάρχει επίσης και στον όρο 6.2.1.i του Διαγωνισμού, τον οποίο επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή για τον αποκλεισμό των Αιτητών, και δεν αρκεί η διαπίστωση ότι ο προσφέρων αποσιώπησε λόγους που ενδεχόμενα οδηγούν σε αποκλεισμό. Το κρίσιμο στοιχείο καταλήγουν, είναι εάν οι ψευδείς ή αποκρυβείσες πληροφορίες μπορούν να ασκήσουν επιρροή στην απόφαση που λαμβάνει η Αναθέτουσα Αρχή, όπως αναφέρεται και στην απόφαση C 267/18, και εάν γνώριζε της εν λόγω πληροφορίες τούτο θα άλλαζε την απόφαση της.

Ακόμα οι Αιτητές αναφέρουν ότι σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, ενόψει των εντελώς ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες υποβλήθηκε εντελώς καλόπιστα και με δικαιολογημένη εμπιστοσύνη η κρίσιμη δήλωση προσωπικής κατάστασης, η μη γνωστοποίηση της πληροφορίας ότι είχε διαπιστωθεί σε βάρος τους παράβαση κανόνων

ανταγωνισμού με την απόφαση ΕΑ 642/2017, δεν ήταν σε καμία περίπτωση σοβαρή και δεν μπορούσε να οδηγήσει στον αυτόματο αποκλεισμό τους. Οι ιδιαίτερες περιστάσεις, υπό τις οποίες υπεβλήθη η επίμαχη δήλωση δεν μπορεί παρά να καθιστά την όποια απόκρυψη ή ψευδή δήλωση «μη σοβαρή» καθότι, τα περιστατικά που δήθεν απεκρύβησαν, δηλαδή η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αρ. 642/2017, ήταν αποδεδειγμένα γνωστά στην Αναθέτουσα Αρχή όπως επίσης και τα μέτρα αυτοκάθαρσης που οι Αιτητές έχουν αποδεδειγμένα λάβει και τα οποία έχουν ήδη κριθεί απολύτως επαρκή από την ίδια Αναθέτουσα Αρχή σε άλλο διαγωνισμό.

Είναι επίσης θέση των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε εκτός των πλαισίων που καθορίζει ο Ν. 73(I)/2016 και συγκεκριμένα κατά παράβαση του άρθρου 57 παράγραφος 4 και 6 και κατά παράβαση των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας. Από τα πιο πάνω άρθρο, τονίζουν, είναι ξεκάθαρο πως εάν ο οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις κατηγορίες του εδαφίου 4 του άρθρου 57, προσκομίσει στοιχεία που αποδεικνύουν την αξιοπιστία του και τα στοιχεία αυτά κριθούν επαρκή από το αρμόδιο όργανο, τότε δεν αποκλείεται από τον διαγωνισμό. Στην προκειμένη περίπτωση, αναφέρουν, είναι προφανές πως οι διατάξεις αυτές δεν απασχόλησαν καθόλου την Αναθέτουσα Αρχή και απέκλεισε τους Αιτητές χωρίς να αξιολογήσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβαν για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους. Το γεγονός και μόνο ότι οι Αιτητές, κατά την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής, υπέβαλαν ψευδή δήλωση δεν την απάλλασσε από την υποχρέωση της να αξιολογήσει τα μέτρα που

έλαβαν οι Αιτητές. Επίσης, συνεχίζουν, εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής να αποκλείσει προσφοροδότη για τους λόγους που αναφέρονται στο εδάφιο 4 του άρθρου 57 και συνεπώς όφειλε να ασκήσει την διακριτική της ευχέρεια προτού ληφθεί η απόφαση αποκλεισμού.

Επίσης, αναφέρουν, παραβιάζεται το άρθρο 57(6) του Ν. 73(1)/2016 αφού απουσιάζει η κρίση εάν τα μέτρα αυτά είναι ή όχι επαρκή, ούτε ακόμα φαίνεται η Αναθέτουσα Αρχή να προβληματίστηκε εάν οι Αιτητές έλαβαν τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού προς αποφυγή περαιτέρω παραπτώματων, όπως επιτάσσει το εδαφίου 6 του άρθρου 57. Ακόμα προκειμένου η ψευδής δήλωση να οδηγήσει στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα πρέπει αυτή να είναι σοβαρή όπως επιτάσσει ο Νόμος. Από την στιγμή που υπήρχαν τα μέτρα αυτοκάθαρσης και εάν τα λάμβαναν υπόψη και τα έκριναν ανεπαρκή, όφειλαν και πάλι να γνωστοποιήσουν το σκεπτικό της απόφασής τους αυτής στους Αιτητές κάτι που η Αναθέτουσα Αρχή δεν έπραξε και δεν ακολουθήθηκε η διαδικασία που καθορίζεται από το Νόμο.

Θέση των Αιτητών είναι επίσης ότι η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε να εφαρμόσει την απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην υπόθεση C 124/17 (υποσημείωση 7) παραβιάζοντας την ρητή επιταγή του άρθρου 57(7)(β). Ακόμη, αναφέρουν, και αν οι λόγοι αποκλεισμού της Διακήρυξης συνέτρεχαν στο πρόσωπο των Αιτητών, έχει παρέλθει διάστημα μεγαλύτερο της τριετίας από την παύση των διαπιστωθεισών

παραβάσεων με την απόφαση με αρ. 642/2017, γεγονός που δεν επιτρέπει πλέον τον αποκλεισμό των Αιτητών. Η προβλεπόμενη στον Νόμο και τον Διαγωνισμό δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να αποκλείσει υποψήφιο οικονομικό φορέα, ο οποίος διαπιστώνεται ότι έχει διαπράξει κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού δεν είναι απεριόριστη, αλλά υπόκειται σε τριετή παραγραφή/ ανατρεπτική προθεσμία. Ειδικότερα, συνεχίζουν, στο άρθρο 57(7)(β) του Νόμου ορίζεται ότι «...σε περίπτωση που η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση ή της παραδοχής στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (1), και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος, στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (4)...».

Παρόλο που ο νόμος, αναφέρουν, δεν προσδιορίζει την έννοια του «σχετικού γεγονότος» πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτό αντιστοιχεί στην ημερομηνία κατά την οποία η παράνομη συμπεριφορά έλαβε χώρα ή στην ημερομηνία λήξης της παράβασης. Εάν ο νομοθέτης επιθυμούσε τα έννομα αποτελέσματα της διάταξης να επέρχονται από την έκδοση της Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, θα το όριζε ρητά, όπως το κάνει στην περίπτωση των αναφερόμενων στο άρθρο 57(1) και (2)(α) του Νόμου. Επομένως, η ερμηνεία σύμφωνα με την οποία ως σημείο έναρξης της τριετούς «παραγραφής» είναι η διάπραξη του γεγονότος/ συμπεριφοράς που στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού και όχι άλλο, μεταγενέστερο χρονικό σημείο είναι η μόνη σύμφωνη, αφενός με την αρχή

της αναλογικότητας, αφετέρου με τη σχετική ενωσιακή νομολογία κατά την οποία οι λόγοι αποκλεισμού, πρέπει να ερμηνεύονται στενά, στο μέτρο που ο νομοθέτης δεν προέβλεψε ρητώς κάτι διαφορετικό. Τα πιο πάνω, συνεχίζουν, δεν ανατρέπονται από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης επί της υπόθεσης C-124/17, αφού η ερμηνευτική απόκλιση από αυτή - εφόσον θεωρηθεί ότι τέτοια υπάρχει - δεν καθιστά την εθνική ρύθμιση ασύμβατη με το δίκαιο της ΕΕ. Αντίθετα, ενόψει της διακριτικής ευχέρειας την οποία έχει ευθέως απονείμει ο νομοθέτης της ΕΕ στον αντίστοιχο εθνικό, η απόκλιση αυτή είναι καθόλα επιτρεπτή. Συνεπώς, καταλήγουν, ανεξάρτητα της έννοιας του σχετικού γεγονότος ειδικά στο πλαίσιο του άρθρου 57 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ο Κύπριος νομοθέτης κατά τον χρόνο θέσπισης της διάταξης του άρθρου 57(7)(β) του Νόμου, αντιλαμβανόταν το σχετικό γεγονός από το οποίο εκκινεί η τριετής μέγιστη περίοδος αποκλεισμού ως το πραγματικό εκείνο γεγονός της τέλεσης της διαπιστωθείσας παράβασης ή της παύσης της. Είναι προφανές πως Αναθέτουσα Αρχή δεν έλαβε υπόψη της τα πιο πάνω και δεν υπήρχε κανένας απολύτως προβληματισμός εκ μέρους της σε σχέση με το άρθρο 57(7)(β) και το γεγονός ότι η απόφαση του Ευρωπαϊκού δικαστηρίου δεν ήταν σε γνώση των Αιτητών όταν υπέβαλαν την προσφορά τους.

Οι Αιτητές θέτουν επίσης τη θέση ότι δεν προηγήθηκε η δέουσα έρευνα, που απαιτείται από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου και η όποια έρευνα διεξήχθη, ήταν ανεπαρκής και/ή πεπλανημένη και οδήγησε σε εσφαλμένα συμπεράσματα. Ειδικότερα, αναφέρουν, πάσχει η έρευνα που διεξήχθη από το Συμβούλιο Προσφορών και το

Διοικητικό Συμβούλιο του ΣΑΛΑ, το οποίο κατέληξε εσφαλμένα πως οι Αιτητές δεν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής των παραγράφων 6.2.1a.ii, 6.2.1.d, 6.2.1.e., 6.2.1.I, του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή, αναφέρουν, όφειλε να εξετάσει τη συμπεριφορά των Αιτητών και να εξετάσει κατά πόσον είναι ή όχι σοβαρό το παράπτωμα, όπως επίσης όφειλε να ενημερώσει τους Αιτητές για την αλλαγή της στάσης της. Είναι προφανές πως η συμπεριφορά της αυτή, παραβιάζει κατάφορα την αρχή της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Το αρμόδιο όργανο που καλείται να λάβει απόφαση για ανάθεση σύμβασης είναι υποχρεωμένο να ενεργεί και να αποφασίζει πάντοτε στα πλαίσια του Νόμου και όφειλε να αξιολογήσει τα στοιχεία που είχαν ενώπιόν τους. Παρέπεμψε δε στην απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου *C- 465/11, Forposta SA, ABC Direct Contact sp. zo.o v. Poczta Polska SA*, ημερομηνίας 13/12/2012, όπου αναφέρεται:

*«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.»*

Η πιο πάνω απόφαση, συνεχίζουν, καθορίζει ακριβώς την υποχρέωση που έχει το αρμόδιο όργανο, σε περιπτώσεις σοβαρού παραπτώματος, για την εκτίμηση και εξατομίκευση της στάσης του οικονομικού φορέα. Το σοβαρό παράπτωμα, εφόσον στην παρούσα επικαλούνται ότι η ψευδής δήλωση αποτελεί σοβαρό παράπτωμα, συνεπώς και δεν θέτει εκτός διαγωνισμού αυτόματα τον οικονομικό φορέα. Για να μπορούσε το Συμβούλιο Προσφορών να εξατομικεύσει τη στάση της διοίκησης έπρεπε να προηγηθεί η δέουσα έρευνα επί των γεγονότων και να συνεκτιμηθεί η πρόθεση και ο βαθμός πλημμέλειας και η επαγγελματική συνείδηση και αξιοπρέπεια του οικονομικού φορέα στον επαγγελματικό χώρο. Δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου να προέβη σε καμία έρευνα η Αναθέτουσα Αρχή παρά μόνο στηρίχτηκε στις Γνωματεύσεις του Νομικού της Συμβούλου.

Ακόμα, αναφέρουν, δεν στοιχειοθετούνται οι λόγοι αποκλεισμού των 6.2.1.α.ii, 6.2.1.d, 6.2.1.e, 6.2.1.I, του Διαγωνισμού και των αντίστοιχων άρθρων του νόμου Ν.73(I)/2016, όπως παρανόμως έκρινε η Αναθέτουσα Αρχή. Η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ότι δήθεν συντρέχουν στο πρόσωπο των Αιτητών, οι ως άνω λόγοι αποκλεισμού και ότι η Υπεύθυνη Δήλωση είναι ψευδής/παραπλανητική, είναι προδήλως παράνομη.

Ως προς τον λόγο αποκλεισμού αναφορικά με το άρθρο 6.2.1.α.ii του Διαγωνισμού, οι Αιτητές αναφέρουν ότι, ούτε οι Αιτητές ούτε κανένα φυσικό πρόσωπο που είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου τους ή έχει εξουσία



εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτήν δεν έχουν καταδικασθεί - πόσο μάλλον δυνάμει τελεσίδικης δικαστικής απόφασης - για το αδίκημα της διαφθοράς/δωροδοκίας, ούτε ουδέποτε έχουν παραδεχθεί την τέλεση του αδικήματος της διαφθοράς/δωροδοκίας. Αντίθετα, οι Αιτητές στο πλαίσιο της Διαδικασίας Διευθέτησης που οδήγησε στην έκδοση της απόφασης με αρ. 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού αποδέχθηκαν τη συμμετοχή τους σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων. Συνεπώς καταλήγουν, δεν τεκμηριώνεται η τέλεση ενεργητικής δωροδοκίας, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 3 της Σύμβασης περί της καταπολέμησης της δωροδοκίας και η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ότι δήθεν η Υπεύθυνη Δήλωση των Αιτητών είναι ψευδής ή/και παραπλανητική αναφορικά με τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 6.2.1.α.ii δεν ευσταθεί.

Αναφορικά με τον λόγο αποκλεισμού σε σχέση με το άρθρο 6.2.1.e του Διαγωνισμού, οι Αιτητές τόνισαν ότι από την σαφή γραμματική ερμηνεία του πιο πάνω όρου, όπως αυτό ερμηνεύεται και από την σχετική διάταξη του άρθρου 57(4)(δ) του Νόμου, ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού αναφέρεται σε συμφωνίες οι οποίες έχουν συναφθεί μεταξύ οικονομικών φορέων στο πλαίσιο του ίδιου διαγωνισμού και μόνο, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Σε διαφορετική περίπτωση, ο νομοθέτης δεν θα είχε προβλέψει τη δυνατότητα της εκάστοτε Αναθέτουσας Αρχής να ενημερώσει την Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού για τις ενδείξεις περί νόθευσης του

συγκεκριμένου διαγωνισμού που υπέπεσαν στην αντίληψή της. Στην προκειμένη περίπτωση, καταλήγουν, όπως προκύπτει από την απόφαση με αρ. 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαπιστώθηκε η συμμετοχή των Αιτητών σε παράβαση του Νόμου περί ελεύθερου ανταγωνισμού, στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών οι οποίες έλαβαν χώρα στο παρελθόν και έληξαν στις 26.11.2012, και συνεπώς ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν συντρέχει και τα δε περί του αντιθέτου κριθέντα από την Αναθέτουσα Αρχή είναι εσφαλμένα.

Σε σχέση με τον λόγο αποκλεισμού στην βάση του άρθρου 6.2.1.d του Διαγωνισμού, είναι θέση των Αιτητών ότι τα κριθέντα με την Απόφαση με αρ. 642/2017 δεν μπορούν να εξεταστούν υπό το πρίσμα του άρθρου 6.2.1.d και τούτο διότι δεν αναφέρεται σε αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές. Το άρθρο 6.2.1.d ελέγχει κατά πόσο οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς έχουν υποπέσει σε πειθαρχικές παραβάσεις (π.χ. έκπτωση από προηγούμενους διαγωνισμούς). Οι Αιτητές δεν έχει υποπέσει σε κανένα επαγγελματικό παράπτωμα, όπως αποδεικνύεται από την Ενημερότητα του ΜΕΕΠ, και συνεπώς, ο αποκλεισμός των Αιτητών επειδή δήθεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα είναι προδήλως παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί.

Σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού βάση του άρθρου 6.2.1.i του Διαγωνισμού οι Αιτητές αναφέρουν ότι η καταδίκη τους και η επιβολή προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού ήταν γνωστά στην Αναθέτουσα Αρχή στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού

όπου έκρινε ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού. Επομένως δεν υπήρχε οτιδήποτε που δεν ήταν σε γνώση της και άρα οι Αιτητές δεν απέκρυσαν οποιεσδήποτε πληροφορίες.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται επίσης ότι υπήρξε παράβαση της αρχής της αναλογικότητας τόσο από το Συμβούλιο Προσφορών όσο και από το Διοικητικό Συμβούλιο του ΣΑΛΑ. Σύμφωνα με την νομολογία η Αναθέτουσα Αρχή έχει την υποχρέωση τήρησης της αρχής της αναλογικότητας κατά την εξέταση δυνητικών λόγων αποκλεισμού ενός φορέα και σε κάθε περίπτωση, προτού τον αποκλείσει οφείλει να εξετάσει εάν έχει λάβει τα δέοντα μέτρα αυτοκάθαρσης και αν αυτά κρίνονται επαρκή για να μην υπάρχουν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Στην προκειμένη περίπτωση, συνεχίζουν, οι Αιτητές έλαβαν σοβαρά μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία αποδεικνύουν έμπρακτα την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά τους κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 57(4) και έχουν θεραπεύσει πλήρως τα παραπτώματα που διαπιστώθηκαν με την απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Τα μέτρα αυτά, καταλήγουν, αναπτύσσονται λεπτομερώς στην γραπτή αγόρευση στην Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 11/2019 την οποία και είχε ενώπιον της η Αναθέτουσα Αρχή και τα οποία δεν έλαβε υπόψη της κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας.

Επιπρόσθετα οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η αιτιολογία στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών είναι καταχρηστική, παράνομη και πεπλανημένη. Από την αιτιολογία, αναφέρουν, του πρακτικού του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 31.10.2019, δεν

προκύπτει καμία νόμιμη αιτιολογία, κανένας προβληματισμός και καμία αξιολόγηση της σοβαρότητας και των συνεπειών της παράβασης στην οποία υπέπεσαν οι Αιτητές. Το Συμβούλιο Προσφορών έπρεπε να αξιολογήσει τη στάση του οικονομικού φορέα και να εκτιμήσει την παράβαση στην οποία υπέπεσε για να αποφασίσει αν αυτή συνιστά «επαγγελματικό παράπτωμα» το οποίο μάλιστα να είναι «σοβαρό» με την έννοια ότι κλονίζει την αξιοπιστία του. Παρέπεμψε δε σε σχετική απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης και σε απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου<sup>8</sup>.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ακόμα ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής παραβιάζει την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου και/ή της αρχής της χρηστής διοίκησης και εξέδωσε απόφαση σε βάρος των Αιτητών, λαμβάνοντας υπόψη την ποινή που επεβλήθη από την Επιτροπή Ανταγωνισμού της Ελλάδας, η οποία επεβλήθη στα πλαίσια διευθέτησης και αγνοώντας παράλληλα τα ευεργετήματα που είχε η διευθέτηση αυτή, δηλαδή την πλήρη απαλλαγή τους από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις. Η απόφαση, συνεχίζουν, εκδόθηκε, αφού προηγουμένως οι Αιτητές είχαν υπαχθεί σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, έχοντας κριθεί από την Επιτροπή Ανταγωνισμού ομόφωνα ότι πληρούσαν τα σχετικά κριτήρια υπαγωγής. Συνεπώς, συνεχίζουν, η επίμαχη απόφαση με αρ. 642/2017 ελήφθη κατά την ειδική και εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 25<sup>α</sup> του ν. 3959/2011 περί «Διαδικασίας Διευθέτησης Διαφορών».

---

<sup>8</sup> α) C-465/11, Forposta SA, ABC Direct Contacts p. zo.o v. Poczta Polska SA, ημερομηνίας 13/12/2012, β) A. E. Αρ. 2452, Κωνσταντίνος Ηλιόπουλος v. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου, ημερομηνίας 21/7/2000,

Η επιτυχία της διευθέτησης, συνεχίζουν, οφείλεται αλλά και εξαρτάται σε απόλυτο βαθμό, από την ελκυστικότητά του για τα εμπλεκόμενα μέρη και οδήγησε στη θέσπιση, με το άρθρο 106 του ν. 4389/2016, του άρθρου 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011, το οποίο ορίζει τα ακόλουθα: *«Εάν στις περιπτώσεις των άρθρων 25 και 25α ο παραβάτης αναγνωρίσει ενώπιον της αρμόδιας αρχής την ευθύνη του και εξοφληθεί ολοσχερώς το πρόστιμο που επιβλήθηκε ή, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25, λάβει χώρα απαλλαγή από αυτό, εξαλείφεται το αξιόποιο των σχετικών εγκλημάτων που στοιχειοθετούνται με την ίδια παράβαση και επέρχεται πλήρης απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις. Με την παροχή διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου, αναστέλλεται η ποινική δίωξη για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Κατά το χρονικό διάστημα της αναστολής, αναστέλλεται η παραγραφή των εγκλημάτων χωρίς να ισχύουν οι χρονικοί περιορισμοί του εδαφίου α' της παραγράφου 3 του άρθρου 113 του Ποινικού Κώδικα...».*

Στην πιο πάνω κατηγορία των διοικητικών κυρώσεων του άρθρου 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, αναφέρουν, δεν μπορεί παρά να περιλαμβάνεται και ο αποκλεισμός από μελλοντικούς διαγωνισμούς. Δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι, ειδικά για επιχειρήσεις όπως οι Αιτητές, ο αποκλεισμός από έναν ή περισσότερους δημόσιους διαγωνισμούς συνιστά κύρωση με την έννοια του άρθρου 44 παρ. 3, αφού αποτελεί σοβαρότατη δυσμενή συνέπεια που πλήττει την επιχειρηματική τους δράση. Συνεπώς οικονομικός

φορέας σε δημόσιο διαγωνισμό που έχει υπαχθεί επιτυχώς σε Διαδικασία Διευθέτησης και πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011, δεν επιτρέπεται να αποκλειστεί από τη διαδικασία για λόγους και συμπεριφορές που έχουν διαπιστωθεί με την απόφαση της ΕΑ περί διευθέτησης. Η συνδρομή των προϋποθέσεων του πιο πάνω άρθρου συνιστά κατά τον Έλληνα νομοθέτη, αμάχητο και επαρκές εκ του νόμου τεκμήριο ενεργούς και ειλικρινούς συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές και ύψιστο μέτρο ηθικής και κανονιστικής συμμόρφωσης και επανάκτησης της αξιοπιστίας των προσώπων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του εν λόγω άρθρου, ώστε να μην επιτρέπεται πλέον ο διοικητική τιμωρία τους, όπως ο αποκλεισμός τους από διαγωνιστικές διαδικασίες.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή, ανέφερε, ότι η θέση του Συμβουλίου ήταν ότι οι Αιτητές είχαν ξεκάθαρα προβεί σε αναληθή και παραπλανητική δήλωση, γεγονός το οποίο από μόνο του συνιστά παραβίαση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού, αφού όφειλαν και είχαν την υποχρέωση να συμπληρώσουν ορθά και να αποκαλύψουν όλα τα σχετικά γεγονότα που ρητά αναφέρονταν στην Δήλωση (Form 2).

Αναφορικά με την θέση των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενεργώντας υπό πλάνη τους έκρινε ένοχους για σοβαρή ψευδή δήλωση και ότι στα πλαίσια του προηγούμενου διαγωνισμού 4/2014, η Αναθέτουσα Αρχή αποδεδειγμένα γνώριζε τα γεγονότα και όλο το ιστορικό που προηγήθηκε της απόφασης αρ. 642/2017 και ότι η εν λόγω απόφαση

από την Επιτροπή Ανταγωνισμού της Ελλάδας λήφθηκε στα πλαίσια της διευθέτησης, η Αναθέτουσα Αρχή αντέταξε ότι, τα ίδια υποστήριξαν οι Αιτητές στα πλαίσια διαδικασίας αίτησης αναστολής εκτέλεσης, όπου το ΣτΕ έκρινε ότι *«Κατά συνέπειαν, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι η 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε κατά νόμον και είχε τύχει ευρείας δημοσιότητας, ώστε να μη μπορεί ν' αποτελεί αντικείμενο αποκρύψεως»*. Τα γεγονότα και στις δύο περιπτώσεις καταλήγουν να υποστηρίζουν ότι η αιτία της υποβολής ψευδούς δήλωσης ήταν η γνώση της Αναθέτουσας Αρχής και επομένως καμία διαφοροποίηση δεν υπάρχει από τα γεγονότα της παρούσας με την απόφαση του ΣτΕ.

Οι Αιτητές, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, ακολουθούν συστηματικά μια παραπλανητική γραμμή. Τόνισε δε ότι αποκλείστηκαν από τον διαγωνισμό λόγω της ψευδούς και παραπλανητικής δήλωσης στην οποία προέβησαν και δεν αποκλείστηκαν για τη διάπραξη του επαγγελματικού παραπτώματος για το οποίο είχαν καταδικαστεί. Την ίδια παραπλανητική γραμμή, συνεχίζει, ακολούθησαν σε όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς που συμμετείχαν, πλήττοντας έτσι την αξιοπιστία και την ακεραιότητα τους γεγονός που συνιστά αυτή καθ' εαυτή, σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με την έννοια που δίδεται από την ίδια τη νομολογία. Συνεπώς το τι συνέβη στα πλαίσια του διαγωνισμού 4/2014 δεν έχει καμία σχέση με τον παρόντα διαγωνισμό για τον λόγο ότι κατά την υποβολή των δηλώσεων από τους Αιτητές δεν είχε εκδοθεί η απόφαση 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή, αναφορικά με την θέση των Αιτητών ότι η 3ετής περίοδος δυνητικού αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς ξεκινά από τον χρόνο διάπραξης του αδικήματος και την παραδοχή τους ότι διέπρατταν τα αδικήματα κατά την χρονική περίοδο 2005-2012, διερωτήθηκε αν δεν αποτελεί ψευδή δήλωση η μη δήλωση της διάπραξης του εν λόγω αδικήματος για τους σκοπούς του διαγωνισμού 4/2014.

Παραπλανητική θεωρεί επίσης η Αναθέτουσα Αρχή την επίκληση από μέρους των Αιτητών της αρχής της προστατευόμενης εμπιστοσύνης. Στα πλαίσια, συνεχίζει, του διαγωνισμού 4/2014 δεν ετίθετο θέμα ψευδούς δηλώσεως, καθότι δεν υφίστατο η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά τον χρόνο υποβολής των σχετικών δηλώσεων. Στα πλαίσια του Διαγωνισμού 2/2018, οι Αιτητές αποκλείστηκαν για τον λόγο ότι υπέβαλαν ψευδή δήλωση. Εναντίον του αποκλεισμού τους καταχώρισαν την Ιεραρχική προσφυγή 11/2019, η οποία εν τέλει αποσύρθηκε. Στα πλαίσια επανεξέτασης του πιο πάνω διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο οι Αιτητές και πάλι αποκλείστηκαν για τον ίδιο ακριβώς λόγο, δήλωση ψευδούς και παραπλανητικής δήλωσης. Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή, συνεχίζει, παρέμεινε απολύτως σταθερή και συνεπής στη στάση της και δεν έφερε τους Αιτητές μπροστά σε καμία απρόσμενη κατάσταση και ο αποκλεισμός, σύμφωνα με τους όρους είναι επιτακτικός σε περίπτωση παραπλανητικών δηλώσεων. Ακόμα, καταλήγει, και να ευσταθούν οι ισχυρισμοί των Αιτητών περί διακριτικής ευχέρειας, η απόφαση 40/2019 του Συμβουλίου της



Επικρατείας είναι καθοδηγητική καθότι αποφάσισε επί ακριβώς των ίδιων γεγονότων και της ίδιας αναληθούς δήλωσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει επίσης τον ισχυρισμό των Αιτητών, ότι ενόψει της υπαγωγής τους στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών τους δίδει το ευεργέτημα της πλήρους απαλλαγής από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις και ότι στη νομική κατηγορία των διοικητικών κυρώσεων του άρθρου 44.3 του ν. 3959/2011 δεν μπορεί να μην περιλαμβάνονται και ο αποκλεισμός από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες. Αναφέρει επίσης ότι ο ισχυρισμός αυτός καταρρίπτεται και με την απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας Ελλάδος αρ. 40/2019, όπου ούτε καν τέθηκε ζήτημα ότι οι Αιτητές είναι απαλλαγμένοι από τα γεγονότα και τις συνέπειες τους. Άλλωστε, συνεχίζει, η υποχρέωση εξέτασης λόγων αποκλεισμού με βάση τη νομοθεσία το φέρουν οι ίδιες οι Αναθέτουσες Αρχές σύμφωνα με το άρθρο 57(4) του Νόμου.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι όταν υπέβαλλαν την ψευδή τους δήλωση δεν γνώριζαν την απόφαση στην υπόθεση C-124/17, ημερομηνίας 24/10/2018 του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, που καθορίζει πως η τριετία για παραγραφή αδικήματος ξεκινάει από την ημέρα επιβολής της ποινής, η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι αυτό δεν έχει καμία σημασία και παρέπεμψε και πάλι στην απόφαση στην υπόθεση 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας.

Αναφορικά με την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Υπόθεση Αρ. 60/2018 Κοινοπραξία Miltiades- A. Eracleous - Air Control J.V. v. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, ημερομηνίας 24.06.2019 την οποία επικαλούνται οι Αιτητές, η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι ουδεμία σχέση υπάρχει μεταξύ της πιο πάνω υπόθεσης και του θέματος της ψευδούς δήλωσης των Αιτητών στην προσφορά τους στο ΣΑΛΑ Λεμεσού. Είναι επίσης άποψη της ότι η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην 60/2018 είναι εσφαλμένη στο μέρος τουλάχιστον που αφορά την Εταιρεία Καρκανιάς. Η Αναθέτουσα Αρχή έχει την θέση ότι και στην υπόθεση αυτή η Εταιρεία Καρκανιάς όφειλε να γνωστοποιήσει στην Αναθέτουσα Αρχή, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, τόσο την καταδίκη της από την Επιτροπή Ανταγωνισμού με την παράλληλη σημείωση ότι άσκησε έφεση εναντίον της εν λόγω καταδίκης της, όσο και ότι πήρε μέτρα αυτοκάθαρσης, όμως η απόκρυψη της καταδίκης της καθιστά την προσφορά της παράτυπη. Σημείωσε επίσης ότι στην απόφαση 60/2018 δεν εξετάστηκε καθόλου η απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας της Ελλάδας 40/2019, καθότι φαίνεται να μην είχε τεθεί ενώπιον των μελών της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η εν λόγω νομολογία.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι επειδή σε προγενέστερο χρόνο τα μέτρα κρίθηκαν ικανοποιητικά και το ίδιο θα συνέβαινε και στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή τον απορρίπτει ως ανυπόστατο. Η επίκληση της γνώσης της Αναθέτουσας Αρχής και της λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης, δεν ήταν εκ

προοιμίου δεδομένο ότι δεν θα μπορούσε να οδηγήσει σε διαφορετική κατάληξη και συνεπώς, συνεχίζει, ήταν αναγκαία η εξέταση εκ νέου από την Αναθέτουσα Αρχή της λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης εφόσον, βεβαίως, οι Αιτητές αποκάλυπταν το γεγονός της επιβολής του προστίμου.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η ψευδής δήλωση – ακόμη και υπό την εκδοχή ότι τέτοια έλαβε χώρα – δεν οδηγεί αυτόματα στον αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα και ότι εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή δεν εξέτασε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβαν προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία τους, καθώς επίσης ότι εσφαλμένα δεν εξετάστηκε η «σοβαρότητα» των πληροφοριών που απεκρύβησαν και δεν εξετάστηκαν όλα τα ενόπια της Αναθέτουσας Αρχής στοιχεία πριν αποφασίσει τον Αποκλεισμό τους, η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε εκ νέου στις σχετικές αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας 40/19 και 526/2010<sup>9</sup>. Η υποβολή ψευδούς δήλωσης από τους Αιτητές, καταλήγει, συνιστούσε παράβαση ουσιώδους όρου του Διαγωνισμού, η οποία αναπόφευκτα οδηγούσε σε αποκλεισμό τους.

Πρόσθεσε επίσης ότι οι Αιτητές ουδέποτε αμφισβήτησαν τους όρους του διαγωνισμού και όφειλαν να μην υποβάλουν ψευδή και παραπλανητική δήλωση. Επανέλαβε ακόμα ότι στον όρο 6.2.1 καθορίζονται κατά τρόπο επιτακτικό (must) οι όροι συμμετοχής

---

<sup>9</sup> Μ526/2010 Οικολογική Διαχείριση Απορριμμάτων & Γενικοί Καθαρισμοί Α.Ε.Ε. (Οικολογική Α.Ε.) ν. Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης

καθενός ενδιαφερομένου στο διαγωνισμό και παρέπεμψε σε σχετικές αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου<sup>10</sup>. Ακόμα και η Υπόθεση C - 267/2018 (υποσημείωση 5) συνεχίζει, παρέχει στήριγμα στην απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής καθότι οι Αιτητές κατά τρόπο συστηματικό υπέβαλλαν ψευδείς δηλώσεις σε σχέση με την απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού καθώς και της εν γένει επαγγελματικής συμπεριφοράς τους, γεγονός που από μόνο του συνιστά και σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Οι Αιτητές, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, υπέβαλλαν ψευδή δήλωση στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού, στα πλαίσια δημόσιου διαγωνισμού στην Ελλάδα σύμφωνα με την απόφαση 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας και στα πλαίσια του διαγωνισμού 4/2014 και σε όλες τις περιπτώσεις προβάλλουν διαφορετικές δικαιολογίες για να εξηγήσουν την υποβολή ψευδών δηλώσεων. Συνεπεία των πιο πάνω, καταλήγει, η σχέση εμπιστοσύνης της Αναθέτουσας Αρχής με τους Αιτητές έχει κλονιστεί σοβαρά και ότι η υποβολή ψευδών δηλώσεων συνιστά αντικειμενικό γεγονός.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε εκτός των πλαισίων που καθορίζει ο Ν. 73 (Ι)/2016 και συγκεκριμένα κατά παράβαση του άρθρου 57 παράγραφος 4 και 6 και κατά παράβαση των ορίων της διακριτικής ευχέρειας, η Αναθέτουσα Αρχή απαντά ότι ενήργησε καθόλα σύννομα, σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού και σύμφωνα με τις πάγιες νομολογιακές αρχές. Ο νόμος, συνεχίζει, δεν

---

<sup>10</sup> 1) *Minico House Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας* (2011) 3Α Α.Α.Δ 104, 2) Υπόθεση Αρ. 1264/2009 *WTE Wassertechnik GmbH v. Κυπριακής Δημοκρατίας*, ημερ. 22/7/2011, ο Ερωτοκρίτου Δ.

απαγόρευε στην Αναθέτουσα Αρχή να αποκλείσει τους Αιτητές από το διαγωνισμό λόγω υποβολής ψευδούς και παραπλανητικής δήλωσης, οι δε όροι του διαγωνισμού της το επέβαλλαν και ειδικά ο όρος 6.2.1 Requirements for participation που αναφέρει τις υποχρεωτικές προϋποθέσεις συμμετοχής.

Η Αναθέτουσα Αρχή κρίνει επίσης ως εντελώς αβάσιμο τον ισχυρισμό των Αιτητών, ότι κατά παράβαση του άρθρου 57 (7) (β) προχώρησε να εφαρμόσει την απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην υπόθεση C 124/2017, παραβιάζοντας την ρητή επιταγή του άρθρου 57 (7) (β). Το λεκτικό του άρθρου 57 (7) (β), αναφέρει, είναι το ίδιο με το λεκτικό του άρθρου 57 (7) της Οδηγίας 2004/18/EK *«τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4»* και η έννοια του όρου γεγονότος ερμηνεύθηκε από το αρμόδιο όργανο το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Παράλληλα υπενθύμισε ότι στις 19.12.2018, η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, ενημέρωσε τις Αναθέτουσες Αρχές αναφορικά με αποφάσεις Επιτροπών Ανταγωνισμού, ότι η μέγιστη διάρκεια της περιόδου για δυνατότητα σχετικού αποκλεισμού (3 έτη) υπολογίζεται από την ημερομηνία έκδοσης των αποφάσεων (στις 642/2017 και 644/2017) σύμφωνα με σχετική απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής ένωσης στην υπόθεση C-124/2017. Το Συμβούλιο Προσφορών όφειλε να λάβει υπόψη το γεγονός αυτό το οποίο προέκυψε μεταγενέστερα και να πάρει τις σχετικές αποφάσεις.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι δεν προηγήθηκε η δέουσα έρευνα, και η όποια έρευνα διεξήχθη ήταν ανεπαρκής και/ή πεπλανημένη και οδήγησε σε εσφαλμένα συμπεράσματα η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι ο ισχυρισμός αυτός είναι παντελώς αβάσιμος και παραπλανητικός. Οι Αιτητές αποκλείστηκαν για τον λόγο ότι ψευδώς και παραπλανητικά δήλωσαν ότι δε συνήψαν συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και παρέπεμψε στην απόφαση 40/2019 του ΣτΕ τονίζοντας ότι η ψευδής δήλωση συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα κατά τη Νομολογία. Παράλληλα επανάλαβε, ότι ο διαγωνισμός 4/2014 διαφοροποιείται από τον παρόντα διαγωνισμό καθότι οι Αιτητές εκεί δεν υπέβαλαν ψευδή δήλωση, εφόσον δεν είχε τότε εκδοθεί η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και επισήμανε ακόμα ότι η άπαξ λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης δε δικαιώνει τους Αιτητές στο διηνεκές.

Όσον αφορά την παράβαση της αρχής της αναλογικότητας που επικαλούνται οι Αιτητές η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι ουδεμία παράβαση της αρχής της αναλογικότητας υπήρξε και οι αποφάσεις 40/2019 και 526/2010 είναι οι πλέον σαφείς επί του εξεταζόμενου ζητήματος.

Απαντώντας στη θέση των Αιτητών για καταχρηστική απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών και παράνομη, πεπλανημένη και καταχρηστική αιτιολογία η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών είναι καθόλα

αιτιολογημένη, σύννομη και συνάδουσα με την Νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό ότι η απόφαση σε βάρος των Αιτητών έγινε κατά παράβαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου κα/ή της αρχής της χρηστής διοίκησης, αγνοώντας ότι η ποινή που επιβλήθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού της Ελλάδας έγινε στα πλαίσια της διευθέτησης καθώς και ότι αποτέλεσμα της ήταν η πλήρης απαλλαγή τους από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις, η Αναθέτουσα Αρχή σημείωσε ότι ο ισχυρισμός αυτός απαντάται από την απόφαση 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας, όπου οι Αιτητές αποκλείστηκαν από διαγωνισμό του Ελληνικού δημοσίου. Όσον αφορά τα κίνητρα τα οποία δίδει ο Έλληνας Νομοθέτης καθώς και τους στόχους στους οποίους αποβλέπει είναι φανερό ότι αυτά άπτονται της δικής του εξουσίας και δεν μπορούν να ενταχθούν στη νομοθετική εξουσία άλλου κράτους.

Τέλος αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι η Αναθέτουσα Αρχή τελούσε σε πλήρη γνώση της απόφασης με αρ. 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, από τις 06/11/2017 και 1/02/2018, και επομένως εσφαλμένα θεώρησε ότι οι Αιτητές προέβησαν σε ψευδή δήλωση, η Αναθέτουσα Αρχή τονίζει ότι η οποιαδήποτε γνώση της δεν αναιρεί τη ψευδή δήλωση, ένα καθόλα αντικειμενικό γεγονός. Το ίδιο επιχείρημα προέβαλαν οι

Αιτητές και ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας στην απόφαση 40/2019, το οποίο ωστόσο και εκεί απορρίφθηκε.

Έχουμε ακούσει τα δύο μέρη και παραθέτουμε αρχικά την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία ελήφθη από την Ολομέλεια του Συμβουλίου στην 14<sup>η</sup> συνεδρίαση του για το έτος 2019, ημερομηνίας 31.10.2019 με την οποία αποκλείστηκαν οι Αιτητές:

*«Συμπέρασμα*

*Συμπερασματικά η Νομική Σύμβουλος του Οργανισμού κατέληξε στα ακόλουθα:*

.....

*Αναφορικά με την εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΕ, και λαμβανομένων υπόψη όλων των ισχυρισμών τους, της αγόρευσης τους στα πλαίσια της προσφυγής 11/2019 αλλά και της νομολογίας που αναλύεται πιο πάνω, η κα Τσιρίδου σημείωσε ότι επιπρόσθετο δικαίωμα ακρόασης δεν υφίσταται. Παρόλα αυτά, συμβούλευσε το Συμβούλιο να λάβει υπόψη είτε έτσι είτε αλλιώς, όλους τους ισχυρισμούς τους και τις αγορεύσεις τους, τα οποία αναλύονται λεπτομερώς πιο πάνω. Σε σχέση με την ουσία του ζητήματος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ενδεχόμενη κατακύρωση στον εν λόγω οικονομικό φορέα πιθανότατα να κριθεί άκυρη στα πλαίσια εξέτασης από το Δικαστήριο ή την ΑΑΠ λαμβανομένης υπόψη της πιο πάνω ανάλυσης αλλά και της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου Επικρατείας της Ελλάδας 40/2019. Επομένως, θα πρέπει να μελετηθεί πολύ σοβαρά το ενδεχόμενο αποκλεισμού του εν λόγω οικονομικού φορέα ενόψει της ψευδούς δήλωσης του κατά παράβαση των σχετικών όρων του διαγωνισμού που συνιστά λόγο αποκλεισμού αλλά και ενδεχομένως ακόμα και να αναρριεί τα όποια μέτρα αυτοκάθαρσης αναφέρει η εταιρεία.*

.....

*Ακολούθως τα μέλη αφού όπως αναφέρεται πιο πάνω, μελέτησαν την απόφαση της ΑΑΠ στην προσφυγή με αρ. 11/2019 και συμφώνησαν με τις συστάσεις των Νομικών Συμβούλων του Οργανισμού Κώστας Τσιρίδης και Σία Δ.Ε.Π.Ε. όπως*



αυτές αναλύονται σε λεπτομέρεια στην επισυνημμένη στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3 Νομική Γνωμάτευση ημερομηνίας 6/11/2019.

.....

4. Ο οικονομικός φορέας AKTOR S.A. πρέπει να αποκλειστεί καθότι υπέγραψε αναληθή και/ή παραπλανητική δήλωση ότι δεν έχει καταδικαστεί ή παραδεχτεί τη διάπραξη των παραπτώματων που αναφέρονται στη Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης (Form 2: Template For the Solemn Declaration Certifying the Tenderer's Personal Situation), με βάση τους όρους του διαγωνισμού ενώ του είχε επιβληθεί πρόστιμο ύψους σχεδόν 39 εκατομμυρίων ευρώ από την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού το 2017, γεγονός το οποίο συνιστά και παραβίαση ουσιωδών όρων του διαγωνισμού.

Περαιτέρω οι Αιτητές προέβηκαν στην πιο πάνω δήλωση ενώ με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της Ελλάδας ημερομηνίας 3.8.2017, μετά από παραδοχή τότε των ίδιων των Αιτητών, είχαν βρεθεί ένοχοι για παραβίαση τους ανταγωνισμού σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων και συγκεκριμένα για νόθευση και χειραγώγηση διαγωνισμών δημοσίων έργων με την επιβολή εναντίον τους προστίμου €38.495.453.

Η θέση του Συμβουλίου είναι ότι η εταιρεία είχε ξεκάθαρα προβεί σε αναληθή και παραπλανητική δήλωση, γεγονός το οποίο από μόνο του συνιστά παραβίαση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού, αφού όφειλαν και είχαν την υποχρέωση να συμπληρώσουν ορθά και να αποκαλύψουν όλα τα σχετικά γεγονότα που ρητά αναφέρονταν στην Δήλωση (Form 2) πιο πάνω.

Τα μέλη σημείωσαν επίσης ότι είναι πολύ σημαντικό να ληφθεί υπόψη ο όρος 6.2.1 «Requirements for participation» που αναφέρεται στις υποχρεωτικές προϋποθέσεις συμμετοχής, πρόνοια την οποία τα μέλη έλαβαν σοβαρά υπόψη και ο οποίος υποχρεώνει την Αναθέτουσα Αρχή, σε περίπτωση που δεν πληρείται, να αποκλείσει τον εν λόγω Οικονομικό Φορέα.

5. Το γεγονός ότι η δήλωση των Αιτητών ήταν ψευδής και παραπλανητική διαπιστώθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή από όλη την έρευνα που διεξήγε και στα πλαίσια του Διαγωνισμού 4/2014 και την ίδια την απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της Ελλάδας ημερομηνίας 3.8.2017.

Το σημείο αυτό, εξετάστηκε επίσης και με βάση την απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας της Ελλάδας 40/2019 ημ. 15/2/2019 με την οποία η εταιρεία AKTOR S.A. ως μέλος διμερούς κοινοπραξίας αποκλείστηκε από δημόσιο διαγωνισμό στην Ελλάδα, λόγω της από μέρους της ψευδούς/ αναληθούς δήλωσης που απαιτείται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού. Τα μέλη σημείωσαν επίσης ότι αυτός ήταν ακριβώς και ο λόγος που το ΣΑΔΑ είχε αποκλείσει τον εν λόγω

οικονομικό φορέα στον διαγωνισμό 2/2018 ο οποίος άσκησε την προσφυγή 11/2019.

6. Αναφορικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης και στην προηγούμενη απόφαση του ΣΑΛΑ στο διαγωνισμό 4/2014, τα μέλη σημείωσαν ότι η εταιρεία στο πρώτο μέρος της αγόρευσης της κάνει αναφορά στα μέτρα αυτοκάθαρσης που είχε λάβει αλλά και στην προηγούμενη απόφαση του ΣΑΛΑ να μην αποκλείσει την εταιρεία από τον διαγωνισμό 4/2014.

Τα μέλη σημείωσαν περαιτέρω, ότι ο αποκλεισμός της εταιρείας στον παρόντα διαγωνισμό, στην ουσία δεν αφορά την ίδια την καταδίκη και το πρόστιμο, αλλά την αναληθή δήλωση στην οποία δεν αναφέρουν το γεγονός αυτό. Από την απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας της Ελλάδας στην υπόθεση 40/2019 φαίνεται ότι η εταιρεία το ίδιο έπραξε και σε άλλους διαγωνισμούς.

.....

8. Όπως ρητά προνοείται από τους ίδιους τους όρους του διαγωνισμού, σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι δεν αποκαλύφθηκαν όλα τα σχετικά γεγονότα για εξέταση λόγων αποκλεισμού, τότε το Συμβούλιο είναι αναγκασμένο να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα αυτό.

9. Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι το ΣΑΛΑ έχει διακριτική ευχέρεια να μην αποκλείσει την εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΕ, τα μέλη συμφώνησαν με την θέση των δικηγόρων του Συμβουλίου ότι δηλαδή οι όροι του διαγωνισμού είναι ρητοί και σαφείς σχετικά με την αποκάλυψη των απαιτούμενων στοιχείων για την εξακρίβωση λόγου αποκλεισμού. Συγκεκριμένα, με βάση τον όρο 6.2.1.1.ι:

*“To participate in the tender procedure, interested economic operators must meet the following requirements concerning their personal situation:*

.....

*ii. They must not be guilty of serious misrepresentation in supplying the information required for the verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfillment of the selection criteria, must not have withheld such information or are not able to submit the supporting documents required pursuant to Article 59 of the Law”.*

Επομένως με βάση τους όρους της προσφοράς, φαίνεται ότι σε περίπτωση παραπλανητικών δηλώσεων ο αποκλεισμός είναι επιτακτικός.

Πλήρως καθοδηγητική επί του θέματος είναι και η απόφαση 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας που αποφάσισε επί ακριβώς των ίδιων γεγονότων και της ίδια αναληθούς δήλωσης.

10. Σε σχέση με την αναφορά στα μέτρα αυτοκάθαρσης, τα μέλη συμφώνησαν επίσης και υιοθέτησαν την θέση της Νομικού Συμβούλου του Οργανισμού ότι η εταιρεία είχε κάνει εκτενέστατη αναφορά στην αγόρευση της στα μέτρα που είχε λάβει για αυτοκάθαρση. Το Συμβούλιο όμως σε αυτό το στάδιο, δεν εξετάζει καν αυτό το ζήτημα. Ούτε ο λόγος αποκλεισμού ήταν η ίδια η καταδίκη. Τα μέλη διευκρίνισαν ότι ο λόγος αποκλεισμού είναι η απόκρυψη του ίδιου του γεγονότος που έχρηζε μέτρα αυτοκάθαρσης. Πρώτα έπρεπε να δηλωθεί το γεγονός και με την αποκάλυψη του, ο Οικονομικός Φορέας να αναφέρει τα μέτρα αυτοκάθαρσης. Κατά συνέπεια τα μέλη έκριναν ότι η μη αποκάλυψη της καταδίκης στον παρόντα διαγωνισμό αλλά και σε όλους τους άλλους, όπως φαίνεται και από την απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας, ενδεχομένως να αναιρεί τα ίδια τα μέτρα αυτοκάθαρσης που είχαν εξεταστεί ότι έλαβε η εταιρεία.

11. Τα μέλη συμφώνησαν επίσης με τη θέση των Νομικών Συμβούλων του ΣΑΛΑ ότι η καταδίκη για παραβίαση του ανταγωνισμού, αποτελεί κατά τη νομολογία σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

12. Όσον αφορά τις επεξηγήσεις από την εταιρεία για τη «διαδικασία διευθέτησης» του προστίμου στην Ελλάδα, και τον ισχυρισμό της εταιρείας ΑΚΤΩΡ ΑΕ ότι ενόψει της υπαγωγής τη εταιρείας στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών, της δίδει το ευεργέτημα της πλήρους απαλλαγής από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις, τα μέλη του Συμβουλίου δεν συμφωνούν με αυτή την θέση, και αυτή η θέση συνάδει με την πρόσφατη απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας της Ελλάδος στην υπόθεση 40/2019 ημερομηνίας 15/2/2019.

.....

Στη βάση όλων των πιο πάνω πληροφοριών και στοιχείων η Ολομέλεια κατέληξε στις ακόλουθες αποφάσεις:

(1) Τον αποκλεισμό της προσφοράς της εταιρείας ΑΚΤΩΡ ΑΕ για το λόγο ότι η Δήλωση Πιστοποίησης Προσωπικής Κατάστασης η οποία υποβλήθηκε μέσω των επίσημων εντύπων εγγράφων προσφοράς από το εν λόγω Οικονομικό Φορέα κατά την εξέταση του φακέλου και της προσφοράς της ΑΚΤΩΡ ΑΕ, διαπιστώθηκε ότι ο προσφέρων δεν έχει δηλώσει, ως όφειλε, στο σχετικό Έντυπο που επισυνάπτεται στο Annex 4 του Τόμου 1, Μέρος 2 των Εγγράφων Προσφοράς που αφορά τη Δήλωση Πιστοποίησης Προσωπικής Κατάρτισης, «Form 2-Solemn Declaration Certifying the Tender's Personal Situation», διαπιστώνοντας επίσης ότι

υπογράφηκε ψευδής Δήλωση, ότι δηλαδή δεν υπάρχει οποιαδήποτε εμπλοκή της εταιρείας ή των Διευθυντών της σε υποθέσεις διαφθοράς, κάτι το οποίο αποτελεί εκ μέρους της, μεταξύ άλλων, σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με βάση τους όρους του διαγωνισμού.

(2) Η Ολομέλεια του Συμβουλίου στη συνέχεια αφού εξέτασε το κατά πόσον θα πρέπει να δοθεί στην εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΕ δικαίωμα ακρόασης με βάση το αρ.43 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (158(I)/1999), μετά από συζήτηση, συμφώνησε με την άποψη των Δικηγόρων του Οργανισμού, ότι το Συμβούλιο δεν οφείλει να προβεί σε τέτοια ενέργεια, έστω και γραπτώς προς την εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΕ, καθότι η Δήλωση Πιστοποίησης Κατάρτισης έγινε προς το ίδιο το Συμβούλιο και δεν αφορά τις ενέργειες που έγιναν εκτός διαδικασίας και/ή σε προγενέστερο χρόνο της προκήρυξης του διαγωνισμού, και επομένως δεν χρειάζεται περαιτέρω έρευνα επί του θέματος. Πέραν των πιο πάνω, και παρόλο που δεν θεωρούν ότι υπάρχει δικαίωμα ακρόασης, τα μέλη του Συμβουλίου μελέτησαν με προσοχή και έλαβαν υπόψη τα ζητήματα που αναπτύχθηκαν εν εκτάσει στην αγόρευση των Δικηγόρων του Οργανισμού, καθώς επίσης και τα σχόλια που παρατίθενται στην απόφαση ΑΑΠ στην προσφυγή αρ. 10/2019.

Ειδικότερα η Ολομέλεια του Συμβουλίου, έχοντας μελετήσει το σύνολο των εγγράφων αντίγραφο των οποίων επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 9 μέχρι 55 της Ημερήσιας Διάταξης, καθώς επίσης και το σύνολο των προηγούμενων αποφάσεων που λήφθηκαν σε σχέση με τον παρόντα Διαγωνισμό από όλα τα αρμόδια όργανα αποφάσισε και έκρινε ότι ο Οικονομικός Φορέας ΑΚΤΟΡ SA πρέπει να αποκλειστεί καθότι υπέγραψε αναληθή και/ή παραπλανητική δήλωση ότι δεν έχει καταδικαστεί ή παραδεχτεί τη διάπραξη των παραπτωμάτων που αναφέρονται στη Δήλωση Προσωπικής Κατάστασης (Form 2: Template For the Solemn Declaration Certifying the Tender's Personal Situation), με βάση τους όρους του διαγωνισμού ενώ του είχε επιβληθεί πρόστιμο ύψους σχεδόν 39 εκατομμυρίων ευρώ από την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού το 2017, γεγονός το οποίο συνιστά και παραβίαση ουσιωδών όρων του διαγωνισμού.

Περαιτέρω, οι Αιτητές προέβηκαν στη πιο πάνω δήλωση ενώ με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της Ελλάδας ημερομηνίας 3.8.2017, μετά από παραδοχή τότε των ίδιων των Αιτητών, είχαν βρεθεί ένοχοι για παραβιάσεις του ανταγωνισμού σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων και συγκεκριμένα για νόθευση και χειραγώγηση διαγωνισμών δημοσίων έργων με την επιβολή εναντίον τους προστίμου €38.495.453.

Το Συμβούλιο κατέληξε επίσης στη θέση ότι η εταιρεία είχε ξεκάθαρα προβεί σε αναληθή και παραπλανητική δήλωση, γεγονός το οποίο από μόνο του συνιστά παραβίαση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού, αφού όφειλαν και είχαν την

*υποχρέωση να συμπληρώσουν ορθά και να αποκαλύψουν όλα τα σχετικά γεγονότα που ρητά αναφέρονται στη Δήλωση (Form 2) πιο πάνω.»*

Θα παραθέσουμε επίσης την επίμαχη δήλωση την οποία υπέγραψαν οι Αιτητές με την υποβολή της προσφοράς τους και η οποία αναφέρει μεταξύ άλλων

*«I solemnly declare that:*

*a. I have not been convicted and neither have I admitted:*

*...*

*ii. corruption ...*

*...*

*d. I am not guilty of grave professional misconduct which renders my integrity questionable.*

*e. I have not entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition.*

*...*

*l. I have not been found guilty of serious misrepresentation in supplying the information required for the verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfillment of the selection criteria and I have not withheld such information...»*

Επίσης παραθέτουμε τους όρους του Διαγωνισμού 6.2.1.α.ii, 6.2.1.d, 6.2.1.e, 6.2.1.I βάσει των οποίων αποκλείστηκαν οι Αιτητές.

Ο όρος 6.2.1.α.ii του διαγωνισμού αναφέρει:

*“To participate in the tender procedure, interested economic operators must meet the following requirements concerning their personal situation: a. They must not have been convicted by final judgement and neither have admitted: (...) ii. corruption (as defined in Article 3 of the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and Article 2(1) of Council Framework Decision 2003/568/JHA...”*

Ο όρος 6.2.1.e του διαγωνισμού αναφέρει:

*“To participate in the tender procedure, interested economic operators must meet the following requirements concerning their personal situation: (...) e. They must not have entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition, where the Contracting Authority has reasonably plausible indications to conclude so”.*

Ο όρος 6.2.1.d του διαγωνισμού αναφέρει:

*“To participate in the tender procedure, interested economic operators must meet the following requirements concerning their personal situation: (...) d. They must not be guilty of grave professional misconduct which renders their integrity questionable, as this can be demonstrated by the Contracting Authority by appropriate means”.*

Τέλος ο όρος 6.2.1.i του διαγωνισμού αναφέρει:

*They must not be guilty of serious misrepresentation in supplying the information required for the verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfillment of the selection criteria, must not have withheld such information or are not able to submit the supporting documents required pursuant to Article 59 of Law.»*

Από την απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής είναι πρόδηλο ότι η απόφαση για αποκλεισμό των Αιτητών του στηρίχθηκε στην απόφαση 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας της Ελλάδας, κατόπιν σχετικής γνωμάτευσης της Νομικού της Συμβούλου.

Από τα γεγονότα της απόφασης 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία υπόθεση αφορούσε προσωρινά μέτρα αναστολής εκτέλεσης, καταγράφεται:

«.....

*Εν πρώτοις τίθεται η ερώτηση «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» και επ’*

αυτής προσφέρονται μόνον οι απαντήσεις «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Περαιτέρω, τίθεται το ερώτημα «Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες» και προσφέρεται προς τούτο χώρος όπου ο διαγωνιζόμενος συντάσσει την απάντησή του. Για την περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο προηγούμενο ερώτημα, τίθεται επί πλέον στον διαγωνιζόμενο και το ερώτημα «Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης;» το οποίο επιδέχεται απάντηση μόνο «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Για δε την περίπτωση καταφατικής απαντήσεως και στο τελευταίο αυτό ερώτημα, τίθεται το ερώτημα «Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν» και κατόπιν αυτού προσφέρεται και πάλι χώρος προς απάντηση, την οποίαν συντάσσει ο διαγωνιζόμενος.

Επειδή κατά την σοβαρά πιθανολογούμενη έννοια του ανωτέρω Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Συμβάσεως η απάντηση του οικονομικού φορέα στο σχετικό ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπο του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

.....  
 Κατά συνέπειαν, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι η 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε κατά νόμον και είχε τύχει ευρείας δημοσιότητας, ώστε να μη μπορεί ν' αποτελεί αντικείμενο αποκρύψεως, καθώς και ότι κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον επίμαχο διαγωνισμό (Ιούνιος 2018, προτού δημοσιευθεί, στις 24.10.2018, η προαναφερθείσα απόφαση του Δ.Ε.Ε.) είχε δημιουργηθεί στα μέλη της δικαιολογημένη πεποίθηση, ότι δεν συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού για την παραβατική συμπεριφορά τους, η οποία είχε διαπιστωθεί με την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού».

Η Αναθέτουσα Αρχή στηριζόμενη στην πιο πάνω απόφαση απέκλεισε τους Αιτητές κρίνοντας ότι είχαν ξεκάθαρα προβεί σε αναληθή και παραπλανητική δήλωση, γεγονός το οποίο από μόνο του συνιστά παραβίαση του ουσιώδους όρου του διαγωνισμού 6.2.1,

και συνεπώς κάτι το οποίο αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με βάση τους όρους του διαγωνισμού.

Η πιο πάνω απόφαση όμως 40/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας της Ελλάδος ανατρέπεται από την πρόσφατη απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην Υπόθεση C - 267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrarea Infrastructurii Rutiere SA, ημερομηνίας 3/10/2019, όπου το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο αναφέρει:

*«Όπως προκύπτει από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24, ο νομοθέτης της Ένωσης είχε την πρόθεση να αναθέσει αποκλειστικά και μόνο στην αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, την ευθύνη της εκτίμησης του κατά πόσον ένας υποψήφιος ή ένας διαγωνιζόμενος πρέπει να αποκλειστεί από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψη 34).*

*Με την παροχή σε κάθε αναθέτουσα αρχή της ευχέρειας να αποκλείει έναν διαγωνιζόμενο από διαδικασία συνάψεως συμβάσεως επιδιώκεται ειδικώς να παρασχεθεί στην εν λόγω αρχή η δυνατότητα να αξιολογήσει την ακεραιότητα και την αξιοπιστία καθενός από τους διαγωνιζομένους. Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 29 και 30).*

.....

*Τέλος, εάν η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', ή η', της οδηγίας 2014/24, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προκειμένου να τηρήσει τις επιταγές του άρθρου 57, παράγραφος 6, της οδηγίας αυτής, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 102 της εν λόγω οδηγίας, να παράσχει στον εν λόγω οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να προσκομίσει*



αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι τα διορθωτικά μέτρα που έλαβε είναι επαρκή για να αποφευχθεί η επανάληψη της παρατυπίας λόγω της οποίας έγινε η προγενέστερη καταγγελία της δημόσιας συμβάσεως και μπορούν, ως εκ τούτου, να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή συναφούς λόγου προαιρετικού αποκλεισμού.

.....

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τέταρτο τμήμα) αποφαινεται:

Το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, έχει την έννοια ότι η ανάθεση σε υπεργολάβο, από οικονομικό φορέα, μέρους των έργων στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, η οποία αποφασίστηκε χωρίς την έγκριση της αναθέτουσας αρχής και είχε ως αποτέλεσμα την καταγγελία της συμβάσεως αυτής, συνιστά σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια διαπιστωθείσα κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρέωσης σχετικής με τη σύμβαση αυτή, κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως και μπορεί επομένως να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό του εν λόγω οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή του σε διαδικασία σύναψης μεταγενέστερης δημόσιας σύμβασης, εάν η αναθέτουσα αρχή που οργανώνει την εν λόγω διαδικασία σύναψης της μεταγενέστερης σύμβασης, αφού προβεί στη δική της αξιολόγηση όσον αφορά την ακεραιότητα και την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα για τον οποίον είχε αποφασισθεί η καταγγελία της προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, κρίνει ότι μια τέτοια υπεργολαβία συνεπάγεται τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Πριν αποφασίσει τον αποκλεισμό αυτό, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, εντούτοις, σύμφωνα με το άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας αυτής, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 102 της εν λόγω οδηγίας, να παράσχει στον εν λόγω οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να εκθέσει τα διορθωτικά μέτρα που έλαβε κατόπιν της καταγγελίας της προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως.»

Σημειώνουμε εδώ ότι το άρθρο 57(4) της οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχει ενσωματωθεί αυτούσιο στην Κυπριακή Νομοθεσία και συγκεκριμένα στο άρθρο 57(4) του Ν.73(Ι)/2016 όπου αναφέρεται:

*«(4) Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:*

.....

*(η) όταν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 59»*

Επίσης στο άρθρο 57(6) προβλέπεται πως ο οικονομικός φορέας που εμπίπτει στο εδάφιο 4 του άρθρου 57, μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που αποδεικνύουν την αξιοπιστία του και αν τα στοιχεία αυτά κριθούν επαρκή να μην αποκλειστεί από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης:

*«(6)(α) Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στα εδάφια (1) και (4) μπορεί να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης.*

*(β) Για το σκοπό που αναφέρεται στην παράγραφο (α), ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων.*

*(γ) Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού*

*αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής:*

*Νοείται ότι, οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει του παρόντος εδαφίου, κατά την περίοδο του αποκλεισμού, που ορίζεται στην απόφαση».*

Είναι κοινά αποδεκτό ότι η Αναθέτουσα Αρχή γνώριζε μέσα στα πλαίσια του διαγωνισμού 04/2014 την απόφαση αρ. 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού και το πρόστιμο που είχε επιβληθεί στους Αιτητές, καθώς επίσης και τα μέτρα αυτοκάθαρσης που λήφθηκαν από μέρους τους για αποκατάσταση της αξιοπιστίας τους και ότι όλα τα πιο πάνω δεν είχαν ληφθεί υπόψη ούτε απασχόλησαν την Αναθέτουσα Αρχή. Ακόμη η θέση των Αιτητών ότι την στιγμή που υπέγραψαν την σχετική επίμαχη δήλωση θεωρούσαν πως εφόσον παρήλθε η προθεσμία των τριών ετών από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος παραγράφεται ο λόγος αποκλεισμού τους, καθώς η απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην υπόθεση C-124/17 ημερομηνίας 24/10/2018, και η κατεύθυνση που δίνει πως η τριετία για παραγραφή αδικήματος ξεκινάει από την ημέρα επιβολής της ποινής, εκδόθηκε μετά την υποβολή της προσφοράς τους δηλαδή μετά τις 20.04.2018 επίσης δεν εξετάστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή.

Θέλουμε να επισημάνουμε στην Αναθέτουσα Αρχή τα όσα αναφέρονται στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην Υπόθεση αρ. 1080/2001 Δημήτρη Ξενοφώντος ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, 17 Σεπτεμβρίου 2002, όπου καταγράφονται τα ακόλουθα:

«Με την ανακλητική απόφαση η Διοίκηση στην ουσία είχε αποφασίσει να μη τιμωρήσει τον αιτητή λόγω μειωμένης απόδοσης για την περίοδο προς της 5.7.2000 - ημερ. λήψης της πρώτης απόφασης. Ταυτόχρονα αποφάσισε να εξετάσει το θέμα στο τέλος του έτους 2000 με αναφορά στη συμπεριφορά του κατά το τελευταίο εξάμηνο του έτους 2000. Με την προσβαλλόμενη απόφαση τιμώρησε τον αιτητή λόγω μειωμένης απόδοσης σε σχέση με περίοδο η οποία ανάγεται στο παρελθόν ενώ με την ανακλητική απόφαση είχε αποφασισθεί να κριθεί η συμπεριφορά του με αναφορά στο τελευταίο εξάμηνο του έτους 2000. Διαπιστώνω, επομένως, ότι η Διοίκηση με την προσβαλλόμενη απόφαση έχει μεταβάλει την στάση ή την τακτική την οποία είχε υιοθετήσει με την ανακλητική απόφαση. Η Διοίκηση μπορεί μεν να μεταβάλλει την τακτική της αλλά οφείλει να αιτιολογεί την αλλαγή της πορείας της. Στην Κουρσάρου ν. Αρχής Λιμένων Κύπρου, Α.Ε. 2299/21.6.99 το θέμα τέθηκε ως εξής:

«Στην παρούσα υπόθεση το Συμβούλιο της Αρχής έχει εκδώσει δύο αποφάσεις σε σχέση με τη γενική εντύπωση από την προφορική εξέταση. Με την πρώτη απόφαση, η οποία λήφθηκε από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Αρχής, η απόδοση των δύο υποψηφίων κρίθηκε 'ως πολύ καλή'. Με τη δεύτερη απόφαση, η οποία λήφθηκε από την πλειοψηφία του Συμβουλίου, το Ε.Μ. κρίθηκε ότι υπερέχει του εφεσείοντα. Επομένως η δεύτερη απόφαση αποτελεί απόφαση αντίθετη προς παλαιότερη του ιδίου οργάνου. Σε τέτοια περίπτωση το Συμβούλιο της Αρχής έπρεπε να αιτιολογήσει την απόκλιση του από την προηγούμενη απόφαση (Βλ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Τρίτη έκδοση, παραγ. 642: 'Πράξεις αντίθετες προς προηγούμενες πράξεις του ιδίου οργάνου είναι αιτιολογητές εκ φύσεως. Η διοίκηση μπορεί κατ' αρχήν να μεταβάλλει τις απόψεις και την τακτική της, αλλά οφείλει να αιτιολογήσει την αλλαγή της πορείας της (Στ.Ε. 2387/66 υπό την προϋπόθεση ότι η προηγούμενη πράξη είναι πρόσφατη)').

Στην παρούσα υπόθεση η προηγούμενη απόφαση ήταν πρόσφατη. Η αλλαγή πορείας δεν έχει αιτιολογηθεί. Ακολουθεί πως η πρωτόδικη κρίση είναι εσφαλμένη. Ο σχετικός λόγος της έφεσης κρίνεται έγκυρος. Η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί και λόγω έλλειψης αιτιολογίας (Βλ. και Πορίσματα Νομολογίας, πιο πάνω, σελ. 187: 'Ειδικότερον: Απόφασις διοικητικού οργάνου αντίθετος προς παλαιότεραν του αυτού οργάνου, τυγχάνει αναιτιολόγητος, εφ' όσον δεν ελήφθησαν υπ' όψιν νέα στοιχεία, αλλ' εκείνα, εφ' ων εστηρίχθη η αρχική απόφασις: 461 (41)').

Στην παρούσα υπόθεση πρόκειται σαφώς για μεταβολή της τακτικής της διοίκησης. Αυτή έπρεπε να είχε αιτιολογηθεί δεόντως. Η απουσία αιτιολογίας οδηγεί στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης».

Στην παρούσα υπόθεση, όπως έχω διαπιστώσει, η Διοίκηση έχει καταλήξει σε αλλαγή της πορείας της. Η προηγούμενη απόφαση της ήταν πρόσφατη. Έπρεπε, σύμφωνα με

*την νομολογία, να είχε αιτιολογήσει την αλλαγή της πορείας της. Δεν το έχει πράξει. Για το λόγο αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ανατιολόγητη και πρέπει ν' ακυρωθεί.»*

Συνεπώς η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής έρχεται σε αντίθεση με την σχετικά πρόσφατη απόφαση της στον διαγωνισμό 4/2014 (λήφθηκε στις 17.12.2018), και εφόσον δεν υπήρξαν νέα στοιχεία αλλά εξακολουθούσαν να ισχύουν όλα εκείνα στα οποία στηρίχθηκε η απόφαση της στον διαγωνισμό 4/2014, η μεταβολή στη στάση της με την νέα απόφαση της δεν δικαιολογείται ούτε και έχει επαρκώς αιτιολογηθεί.

Καταληκτικά η απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην Υπόθεση C - 267/18, είναι καθοριστική στην έκβαση της παρούσας προσφυγής. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο αποσαφηνίζει τι πρέπει να κάνει μια Αναθέτουσα Αρχή σε περίπτωση που διαπιστώσει ότι υπάρχει ψευδής δήλωση, ή σοβαρή απόκρυψη πληροφοριών, δηλαδή ακριβώς για τον λόγο για τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποκλείσει τους Αιτητές. Το συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, είναι ότι οφείλει η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με το άρθρο 57 παράγραφος 6 της οδηγίας να παράσχει την δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να προσκομίσει τα διορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε.

Με την πιο πάνω κατάληξη μας δεν θα προσχωρήσουμε να εξετάσουμε τους άλλους λόγους ακυρότητας που επικαλούνται οι Αιτητές καθότι αυτή είναι καταλυτική στην έκβαση της προσφυγής.

Συνεπώς αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η προσφυγή επιτυγχάνει και η απόφαση αποκλεισμού των Αιτητών ακυρώνεται. Δεν επιδικάζονται έξοδα.