



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. 13/2017

Μεταξύ:

ΑΝΤΩΝΗΣ ΣΤΡΑΤΟΥΡΑΣ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

Γιώργος Αναστασίου, Προεδρεύων
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

ΑΝΤΩΝΗΣ ΣΤΡΑΤΟΥΡΑΣ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους

1. Χριστιάνα Μιχαηλίδου, Δικηγόρο για Μ. Ηλιάδη & Συνεταίροι ΔΕΠΕ
2. Γιώργο Παπαδόπουλο, Δικηγόρο για Μ. Ηλιάδη & Συνεταίροι ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Δώρα Λεύτον, Ανώτερο Εκτελεστικό Μηχανικό,
3. Κωνσταντίνο Αδάμου, Ασκούμενο Δικηγόρο

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 2 Αυγούστου, 2017.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

ΓΕΓΟΝΟΤΑ

Η Προσφυγή αρ. 13/2017 καταχωρήθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 10 Απριλίου, 2017 και οι Αιτητές (ΑΝΤΩΝΗΣ ΣΤΡΑΤΟΥΡΑΣ ΛΤΔ) προσβάλλουν την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, (Τμήμα Δημοσίων Έργων), να τους κηρύξει έκπτωτους σε σχέση με τον διαγωνισμό PS/C/708. Ο ανοικτός διαγωνισμός PS/C/708 προκηρύχθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή με αντικείμενο τη σύναψη συμφωνίας για την *«Βελτίωση Τμήματος του παρακαμπτήριου δρόμου Πελενδρίου»*, με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο προϋπολογισμός του έργου ήταν €2 εκατομμύρια πλέον ΦΠΑ. Ημερομηνία προκήρυξης ήταν η 10/10/2016 και τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών η 25/11/2016. Υπεβλήθησαν 12 προσφορές.

Η έκθεση αξιολόγησης υπεβλήθη την 1/12/2016, με ομόφωνη εισήγηση την ανάθεση του έργου στον προσφοροδότη ΑΝΤΩΝΗΣ ΣΤΡΑΤΟΥΡΑΣ ΛΤΔ ο οποίος, με το διορθωμένο ποσό των €1,809,673 προσέφερε την χαμηλότερη τιμή και πληρούσε όλους τους όρους και απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού. Την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης υιοθέτησε ομόφωνα και το Συμβούλιο

Προσφορών σε συνεδρία του στις 8/12/2016. Η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε σχετικές επιστολές γνωστοποίησης στους ενδιαφερόμενους φορείς στις 20/12/2016.

Στις 3/3/2017 με επιστολή της η Αναθέτουσα Αρχή κάλεσε τον επιτυχόντα, ΑΝΤΩΝΗΣ ΣΤΡΑΤΟΥΡΑΣ ΛΤΔ, να προσκομίσει Τραπεζική Εγγύηση Πιστής Εκτέλεσης και τα πιστοποιητικά που αναφέρονται στον όρο 9.1.3 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού. Για ό,τι εδώ ενδιαφέρει από την βεβαίωση του Επαρχιακού Γραφείου Κοινωνικών Ασφαλίσεων Λευκωσίας ημερ. 10/3/2017 που προσκόμισε ο επιτυχών, η Αναθέτουσα Αρχή διαπίστωσε ότι κατά την ουσιαστική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στις 25/11/2016 ο επιτυχών δεν είχε τακτοποιημένες τις εισφορές του στο Τμήμα Κοινωνικών Ασφαλίσεων. Ως αποτέλεσμα κήρυξε τον επιτυχόντα έκπτωτο δυνάμει του όρου 9.1.1 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού και τον ενημέρωσε γραπτώς στις 3/4/2017.

ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές παραθέτουν πέντε ισχυρισμούς προσβάλλοντας την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Ο πρώτος ισχυρισμός είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε εκτός των πλαισίων που καθορίζει ο περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων

Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016 (στο εξής Ν. 73(I)/2016) και συγκεκριμένα κατά παράβαση των άρθρων 57, 96, 97 και κατά παράβαση των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας. Αυτό προκύπτει, κατά τους Αιτητές, διότι κηρύχθηκαν έκπτωτοι στις 3/4/2017 όταν η Βεβαίωση που προσκόμισαν από το Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ημερομηνίας 10/3/2017, ανέγραφε ότι στις 25/11/2016 (ημερομηνία υποβολής της προσφοράς) δεν είχαν τακτοποιημένες τις εισφορές τους. Η βεβαίωση αυτή όμως, ανέφερε ταυτόχρονα ότι κατά την ημερομηνία έκδοσης της (βεβαίωσης) οι εισφορές στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων ήταν τακτοποιημένες.

Ακολούθως οι Αιτητές αναφέρουν πως με τη ψήφιση του Ν. 73(I)/2016 τα θέματα της μη καταβολής των φόρων και κοινωνικών ασφαλίσεων ρυθμίζονται με διαφορετικό τρόπο σε σχέση με ότι ίσχυε υπό το προηγούμενο καθεστώς. Ο Νομοθέτης αντιμετωπίζει πλέον τον προσφοροδότη που δεν εκπλήρωσε τις εν λόγω υποχρεώσεις του έγκαιρα, αλλά τις εκπληρώνει εκ των υστέρων, με ιδιαίτερη επιείκεια και με αυτή την επιείκεια επιβάλλει στην διοίκηση να αντιμετωπίζει τον προσφοροδότη. Συγκεκριμένα, ενώ πριν από τον Ν. 73(I)/2016 ο προσφοροδότης που δεν εκπλήρωνε τις υποχρεώσεις του στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων μέχρι την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών, μπορούσε να αποκλειστεί από την διαδικασία ανάθεσης προσφοράς, όπως καθοριζόταν από τους

όρους της προσφοράς και από τον προηγούμενο Νόμο, πλέον με το Ν. 73(I)/2016 η εκ των υστέρων εκπλήρωση των υποχρεώσεων στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων είναι επιτρεπτή.

Εκτενή αναφορά κάνουν οι Αιτητές και στην απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου αρ. 3/2017, **A.C.A. ELECTRICAL SERVICES LTD v. Υπουργείου Παιδείας και Πολιτισμού, Τεχνικές Υπηρεσίες**, ημερομηνίας 24/1/2017, όπου η Πρόεδρος του Δικαστηρίου καταλήγει συμπερασματικά και στα εξής:

«[...] Βλέπουμε επομένως, ότι ο νέος Νόμος (Ν.73(I)/2016), που κατάργησε το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά την προκήρυξη του επίδικου εδώ Διαγωνισμού, ρυθμίζει το ζήτημα διαφορετικά, σε ότι αφορά την μη καταβολή των κοινωνικών ασφαλίσεων απ' ότι προβλέπουν οι όροι του διαγωνισμού, βέβαια υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Είναι φανερή η επιείκεια με την οποία αντιμετωπίζει ο νομοθέτης πλέον τον προσφοροδότη που σπεύδει να εκπληρώσει τις εν λόγω υποχρεώσεις του που παρέλειψε να εκπληρώσει έγκαιρα [...]»

Η ερμηνεία των άρθρων 57, 96, 97 του Ν. 73(I)/2016 αλλά και η ως άνω απόφαση θα μας απασχολήσουν εκτενέστερα κατά την δική μας απόφαση.

Είναι προφανές, καταλήγουν αναφορικά με τον πρώτο ισχυρισμό τους οι Αιτητές, πως η απόφαση να κηρυχθούν έκπτωτοι δεν αποτελεί ανάκληση της διαδικασίας αλλά μια ενδιάμεση απόφαση με την οποία μάλιστα, χωρίς να προβλέπεται πουθενά, τους επεβλήθησαν και κυρώσεις. Εν πάση περιπτώσει δεν προβλέπεται

ούτε στο Νόμο ούτε στους όρους του διαγωνισμού πως εάν δεν καταβάλεις τις εισφορές σου στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων μπορεί να σε κηρύξει έκπτωτο η Αναθέτουσα Αρχή. Ο νόμος αναφέρει πως η Αναθέτουσα Αρχή ασκεί αυτή την διακριτική της ευχέρεια υπό προϋποθέσεις και μπορεί να προχωρήσει μόνον σε αποκλεισμό και όχι να σε κηρύξει έκπτωτο επιβάλλοντάς σου μάλιστα κυρώσεις.

Ο δεύτερος ισχυρισμός των Αιτητών αφορά την άσκηση, ή κακή άσκηση, διακριτικής ευχέρειας από την Αναθέτουσα Αρχή. Επικαλούμενοι το άρθρο 57(2)(β) του Ν. 73(I)/2016 το οποίο αναφέρει:

«(β) Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποκλείσουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης έναν οικονομικό φορέα, εφόσον μπορούν να αποδείξουν, με τα κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης».

αναφέρουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει υποχρέωση να αποκλείσει προσφοροδότη που αθέτησε τις υποχρεώσεις του για την καταβολή φόρων και εισφορών Κοινωνικών Ασφαλίσεων αλλά εναπόκειται στη διακριτική της ευχέρεια.

Αντί αυτού, ενήργησε ως εάν ήταν υποχρεωμένη να κηρύξει τους Αιτητές έκπτωτους, ενέργεια που παραβιάζει όχι μόνο τον Ν. 73(I)/2016 αλλά και την Οδηγία 2014/24/ΕΕ με την οποία εναρμονίστηκε ο Νόμος. Από την Οδηγία οι Αιτητές παραθέτουν το άρθρο 57(2) το οποίο διαβάσει ως εξής:

«2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ σύμφωνα με τις νομικές διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή με τις νομικές διατάξεις του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής.

Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει ή να υποχρεώνεται από τα κράτη μέλη να αποκλείει οποιονδήποτε οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας, εάν μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.

Η παρούσα παράγραφος παύει να εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.»

Παραθέτουν επίσης την αιτιολογική σκέψη 85 της Οδηγίας και το οποίο διαβάσει, μεταξύ άλλων, ως εξής:

«(85) Είναι σημαντικό οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να βασίζονται σε πρόσφατη πληροφόρηση, ιδίως σε ό,τι αφορά τους λόγους αποκλεισμού, δεδομένου ότι σημαντικές αλλαγές μπορούν να επέλθουν με αρκετά ταχύ ρυθμό, για παράδειγμα, σε περίπτωση οικονομικών δυσκολιών οι οποίες καθιστούν ακατάλληλο τον οικονομικό φορέα ή, αντίστροφα, επειδή αποπληρώθηκε εν τω μεταξύ εκκρεμές χρέος που αφορούσε εισφορές κοινωνικής ασφάλισης. Είναι επομένως προτιμητέο να επαληθεύουν οι αναθέτουσες αρχές, όπου αυτό είναι δυνατόν, την πληροφόρηση αυτή χρησιμοποιώντας τις σχετικές βάσεις δεδομένων, οι οποίες ενδείκνυται να είναι εθνικές, κατά την έννοια ότι πρέπει να τις διαχειρίζονται δημόσιες αρχές.»

Επικαλούμενοι τα ανωτέρω, οι Αιτητές καταλήγουν ότι η διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής έπαυσε να υπάρχει εφόσον ο οικονομικός φορέας εκπλήρωσε

όλες τις υποχρεώσεις του αναφορικά με εισφορές κοινωνικών ασφαλίσεων και φόρων και, εξετάζοντας τα πιστοποιητικά που προσκόμισαν οι Αιτητές, υπέπεσε σε ουσιώδη πλάνη σε σχέση με το Νόμο.

Στον τρίτο ισχυρισμό τους, οι Αιτητές αναφέρονται στην απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ως καταχρηστική και στην αιτιολογία της ως παράνομη και πεπλανημένη. Επικαλούμενοι τον όρο 9.1.1 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού, προβάλλουν ότι ο επιτυχών κηρύσσεται έκπτωτος εάν δεν προσέλθει για υπογραφή της συμφωνίας και όχι επειδή δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

Ο όρος 9.1.1 του Τόμου Α των εγγράφων του Διαγωνισμού έχει ως εξής:

«9. ΥΠΟΓΡΑΦΗ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ

9.1 Κατάρτιση και Υπογραφή Συμφωνίας

1. Ο προσφέρων στον οποίο έχει ανατεθεί η Σύμβαση είναι υποχρεωμένος να προσέλθει, εντός προθεσμίας 28 ημερών από την ημερομηνία που θα παραλάβει την Επιστολή Αποδοχής της Αναθέτουσας Αρχής, για την υπογραφή της σχετικής Συμφωνίας. Αν παρέλθει η παραπάνω προθεσμία και ο Προσφέρων δεν προσέλθει για την υπογραφή της Συμφωνίας, τότε αυτός κηρύσσεται έκπτωτος από την Ανάθεση που έγινε στο όνομά του και υπόκειται στις κυρώσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 5.4.2 και 5.4.3.»

Η Αναθέτουσα Αρχή με την γνωστοποίηση της 3/3/2017, παράγραφος 3, ανέφερε μεταξύ άλλων πως:

«3. Η ημερομηνία υπογραφής της Συμφωνίας, για την οποία θα ενημερωθείτε τηλεφωνικά, θα καθοριστεί αφού υποβληθούν για έλεγχο στον Κλάδο Προσφορών και Συμβολαίων του Τμήματος, τα όσα αναφέρονται στην πιο πάνω παράγραφο.»

Συνεπώς, οι Αιτητές δεν κλήθηκαν για υπογραφή αλλά για προσκόμιση των σχετικών πιστοποιητικών και ο όρος 9.1.1. τον οποίο επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορούσε να ενεργοποιηθεί, ούτε και οι κυρώσεις που επιβάλλονται από τους όρους 5.4.2 και 5.4.3 των εγγράφων του διαγωνισμού.

Επί του ιδίου εδάφους βαδίζει και ο τέταρτος ισχυρισμός των Αιτητών, όπου η απόφαση της Διευθύντριας του Τμήματος Δημοσίων Έργων να κηρύξει τους Αιτητές έκπτωτους μέσω της επιστολής της ημερομηνίας 3/4/2017 θεωρείται ότι αποτελούσε υπέρβαση εξουσίας και ήταν καταχρηστική, με παράνομη και πεπλανημένη δικαιολογία. Ακολούθως, η Διευθύντρια έδωσε γραπτή εντολή για ετοιμασία συμπληρωματικής έκθεσης αξιολόγησης, αποτέλεσμα της οποίας ήταν η απόφαση/εισήγηση για ανάθεση του έργου στην εταιρεία ΚΥΘΡΟΜΑΚ (ΑΣΦΑΛΤΙΓΚ) ΛΤΔ. Πουθενά όμως στους Διοικητικούς Φακέλους, κατά τους Αιτητές, δεν εμφανίζεται σχετική απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών. Ούτε υπάρχει οποιοδήποτε σημείωμα ή οποιοσδήποτε προβληματισμός λειτουργού που έλεγξε τα πιστοποιητικά των Αιτητών από το Τμήμα του Κλάδου Προσφορών και Συμβολαίων. Η Διευθύντρια δεν διεξήγαγε έρευνα ή την δέουσα έρευνα, ούτε

αιτιολόγησε την απόφασή της η οποία έπρεπε να βασίζεται σε διάταξη Νόμου και/ή στους όρους του διαγωνισμού. Πεπλανημένα αντιλήφθηκε ότι μπορεί να κηρύξει έκπτωτους τους Αιτητές, επειδή είχαν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις τους στις Κοινωνικές Ασφαλίσεις αλλά όχι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Η πλάνη είναι ουσιώδης και οφείλεται σε έλλειψη έρευνας και αιτιολογίας αλλά και πλάνης περί το Νόμο. Τέλος, αναρμοδίως η Διευθύντρια επενέβη με αυτό τον τρόπο και έλαβε την επίδικη απόφαση χωρίς η απόφασή της να στηρίζεται στην απαιτούμενη από την νομολογία αιτιολογία.

Ο πέμπτος και τελευταίος ισχυρισμός των Αιτητών αφορά θέμα παραβίασης της αρχής της φυσικής δικαιοσύνης, ήτοι του δικαιώματος ακροάσεως των Αιτητών, που θεσπίστηκε και σε Νόμο, με το άρθρο 43(1) του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου (Ν. 158(I)/1999):

«43(1) Το δικαίωμα ακρόασης παρέχεται, εκτός από τις περιπτώσεις τις οποίες ο νόμος προβλέπει ρητά, σε κάθε πρόσωπο που θα επηρεαστεί από την έκδοση πράξης ή από τη λήψη διοικητικού μέτρου που είναι πειθαρχικής φύσης ή που έχει το χαρακτήρα της κύρωσης ή που είναι άλλως πως δυσμενούς φύσης.»

Κατά τους Αιτητές, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επηρέασε δυσμενώς τα συμφέροντα τους και γι' αυτό το λόγο έπρεπε να δοθεί το δικαίωμα ακροάσεως πριν την λήψη της επίδικης απόφασης για επιβολή χρηματικού προστίμου και/ή οποιωνδήποτε άλλων κυρώσεων.

ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών και συνοπτικά επεξηγεί ότι μετά την κατακύρωση του διαγωνισμού στους Αιτητές, αυτοί κλήθηκαν όπως προσέλθουν για σκοπούς υπογραφής της σύμβασης, προσκομίζοντας όλα τα σχετικά έγγραφα που απαιτούνται σύμφωνα με τον όρο 9.1.3, μεταξύ των οποίων εγγράφων που αφορούσαν σε επιβεβαίωση/ τεκμηρίωση των προϋποθέσεων συμμετοχής.

Απαντώντας ομαδικά τους πρώτους τέσσερις ισχυρισμούς των Αιτητών επικαλείται τον όρο 3.3.6(β) και (θ), τους οποίους πρέπει υποχρεωτικά να πληρούν οι οικονομικοί φορείς :

«β. να μην έχουν αθετήσει τις υποχρεώσεις τους όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, κατά την ημερομηνία τελευταίας προθεσμίας υποβολής των Προσφορών, εφόσον έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με τις νομικές διατάξεις που ισχύουν στην Κυπριακή Δημοκρατία ή στη χώρα που είναι εγκατεστημένοι ή έχει αποδειχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με τα κατάλληλα μέσα,

[...]

θ. να μην έχουν κριθεί ένοχοι σοβαρών ψευδών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, να μην έχουν αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές και να είναι σε θέση να προσκομίσουν τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 59 του Νόμου.».

Κατά την Αναθέτουσα Αρχή, η βεβαίωση που υπέβαλαν οι Αιτητές απεδείκνυε ότι είχαν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις τους στις κοινωνικές ασφαλίσεις κατά την

ημερομηνία έκδοσης της βεβαίωσης που υπέβαλαν, δηλαδή στις 10/3/2017 και όχι προ της τελευταίας ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, δηλαδή στις 25/11/2016. Εντούτοις, στη ΔΗΛΩΣΗ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΗΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ που υπέβαλαν με την προσφορά τους, οι Αιτητές δήλωναν υπευθύνως:

«Δεν έχω αθετήσει τις υποχρεώσεις μου όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης κατά την ημερομηνία τελευταίας προθεσμίας υποβολής των Προσφορών»

ενώ στην εν λόγω Πιστοποίηση (σελίδα 3 από 3), τους προσφερόταν η δυνατότητα να διαγράψουν όποια παράγραφο της Δήλωσης δεν ίσχυε και να έδιδαν διευκρινίσεις. Αυτή η δυνατότητα παρέχεται ειδικά για τέτοιου είδους περιπτώσεις στις οποίες ο οικονομικός φορέας δύναται να δηλώσει ότι, σε περίπτωση που έχει εκκρεμείς υποχρεώσεις προς το δημόσιο, κατά την ημερομηνία υποβολής προσφορών, όσον αφορά την καταβολή φόρων και κοινωνικών ασφαλίσεων, έχει προβεί σε διευθετήσεις για εξόφλησή τους και/ή θα τις εξοφλήσει σε μεταγενέστερο στάδιο. Εν προκειμένω υποβλήθηκε μία ψευδής δήλωση, της οποίας η σημασία δεν μπορεί να αμφισβητηθεί, καθότι επί τη βάση αυτών των δηλώσεων διενεργείται ο έλεγχος για την ύπαρξη ή μη λόγου αποκλεισμού, στοιχείο ουσιώδες και κρίσιμο στην όλη διαδικασία κατακύρωσης διαγωνισμών.

Στη βάση των πιο πάνω, οι λόγοι ακύρωσης που εγείρουν οι Αιτητές και αφορούν σε παράβαση των προνοιών του Ν. 73(Ι)/2016 και ιδίως των διατάξεων των άρθρων 57, 96 και 97, σε παράβαση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής και/ή απουσία άσκησης διακριτικής ευχέρειας και/ή κακή άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, εδράζονται επί λανθασμένης αντίληψης του λόγου που κηρύχθηκαν έκπτωτοι, με αποτέλεσμα να μην τυγχάνει εφαρμογής ούτε η σχετική απόφαση του Δικαστηρίου στην οποία παραπέμπουν. (Υπόθεση αρ. 3/2017, **A.C.A. ELECTRICAL SERVICES LTD ν Υπουργείου Παιδείας και Πολιτισμού, Τεχνικές Υπηρεσίες**, ημερομηνίας 24/1/2017). Στην υπόθεση αυτή το δικαστήριο δεν εξέτασε καθόλου και ούτε αποτέλεσε επίδικο ζήτημα το γεγονός της τυχόν υποβολής ψευδούς δήλωσης για το χρόνο καταβολής των εισφορών. Η εν λόγω απόφαση επικεντρώθηκε στο ζήτημα της δυνατότητας καταβολής των οφειλών στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, μετά την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών, υπό το φως των προνοιών του άρθρου 57(2)(γ) του Ν. 73(Ι)/2016. Εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή δεν προχώρησε στην κήρυξη ως έκπτωτων των Αιτητών λόγω της καταβολής των εισφορών σε χρόνο μεταγενέστερο της τελευταίας ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, αλλά επί τη βάση της διαπίστωσης ότι η βεβαίωση που υποβλήθηκε από τους Αιτητές αποδείκνυε ότι αυτοί δεν είχαν εκπληρωμένες τις υποχρεώσεις τους στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων κατά την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ως

ψευδώς δήλωσαν, θέτοντας την υπογραφή τους στην Πιστοποίηση Προσωπικής Κατάστασης που υπέβαλαν με την προσφορά τους. Ως εκ των ανωτέρω, ουδεμία παράβαση διαπιστώνεται και σε σχέση με τις πρόνοιες του άρθρου 57(2)(γ) και/ή άλλων άρθρων του Νόμου 73(I)/2016 στα οποία παραπέμπουν οι Αιτητές. Το εν λόγω άρθρο ρυθμίζει τα της καταβολής των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, σε συνάρτηση με τους λόγους αποκλεισμού και όχι το ζήτημα της υποβολής ψευδούς δήλωσης προς την Αναθέτουσα Αρχή.

Ακολούθως η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμποντας στο άρθρο 57 της οδηγίας 24/2014/ΕΕ και στην απόφαση του ΔΕΕ *Υπόθεση C-199/15, Ciclat Soc. Coop. κατά Consip SpA, ECLI:EU:C:2016:853* (καίτοι αφορούσε στην προϊσχύουσα οδηγία), προβάλλει ότι εν προκειμένω δεν υφίσταται θέμα μη άσκησης διακριτικής ευχέρειας από μέρους της ή ακόμη περισσότερο κακής άσκησης αυτής, καθότι, το γεγονός της υποβολής ψευδούς δήλωσης από μέρους του επιτυχόντα προσφοροδότη, δεν άφηγε οποιαδήποτε περιθώρια άσκησης διακριτικής ευχέρειας από μέρους της Αναθέτουσας Αρχής. Σύμφωνα με τον όρο 3.3 η Αναθέτουσα Αρχή είχε υποχρέωση να αποκλείσει οικονομικό φορέα που κρίνεται ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων «κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού του». Συναφώς, εν προκειμένω, αφ' ης στιγμής διαπιστώνεται η υποβολή της ψευδούς δήλωσης, δεν αφήνεται

οιαδήποτε διακριτική ευχέρεια στην Αναθέτουσα Αρχή ως προς τον αποκλεισμό. Η ύπαρξη δε της ψευδούς δήλωσης είναι αναντίλεκτο γεγονός που προκύπτει από τα στοιχεία που υπέβαλαν οι ίδιοι.

Για τον ισχυρισμό των Αιτητών περί έλλειψης αιτιολογίας της επίδικης απόφασης, η Αναθέτουσα Αρχή απαντά ότι η αιτιολογία της απόφασης αναδύεται αυτόματα από το σχετικό διοικητικό φάκελο και από τα στοιχεία που οι ίδιοι οι Αιτητές προσκόμισαν, τα οποία ουδεμία ευχέρεια άφηναν στην Αναθέτουσα Αρχή ως προς τον αποκλεισμό ή μη των Αιτητών. Καταθέτει επί λέξει στην γραπτή της αγόρευση η Αναθέτουσα Αρχή: *«Η υποβολή ψευδούς δήλωσης διασαλεύει το υπόβαθρο της σχέσης μεταξύ οικονομικού φορέα και αναθέτουσας αρχής, ώστε να προκύπτει αβίαστα ότι πρόκειται για ουσιώδη όρο, του οποίου η παράβαση οδηγεί εύλογα στον αποκλεισμό. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην έκπτωση των Αιτητών, καθότι η απόφαση για κατακύρωση είχε ληφθεί και η διαπίστωση της υποβολής ψευδών στοιχείων έγινε κατά το στάδιο που ελέγχθησαν τα πιστοποιητικά για σκοπούς υπογραφής της Σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του όρου 9.1. των εγγράφων του διαγωνισμού.»*

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι έπρεπε να τους είχε δοθεί το δικαίωμα ακρόασης προ της λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης.

Παρατίθεται εδώ το ακριβές λεκτικό (μέρος) της επεξήγησης που δίδει η Αναθέτουσα Αρχή στην γραπτή της αγόρευση:

«η αναθέτουσα αρχή αφού διαπίστωσε στη βάση των στοιχείων και πληροφοριών που υπέβαλαν οι Αιτητές και συγκεκριμένα της βεβαίωσης από την αρμόδια αρχή σε αντιπαραβολή με το έντυπο Πιστοποίησης Προσωπικής Κατάστασης που υπέβαλαν οι Αιτητές, ότι σε αντίθεση με ότι πιστοποίησαν στο εν λόγω έντυπο, κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών δεν είχαν διευθετημένες τις οφειλές τους προς τις κοινωνικές ασφαλίσεις, κήρυξαν αυτό έκπτωτο δυνάμει του όρου 9.1. Ο εν λόγω όρος προνοεί ότι σε περίπτωση που ο προσφέρων δεν προσέλθει για υπογραφή της Σύμβασης, εντός της ταχθείσας προθεσμίας τότε αυτός κηρύσσεται έκπτωτος. Εν προκειμένω, η διαπίστωση ότι στο πρόσωπο που επιλεγέντα προσφέροντα συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού, λόγω της υποβολής της ψευδούς δήλωσης, κατ' ουσίαν ισοδυναμούσε με μη προσέλευση, αφού στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων δεν υφίστατο η νομιμοποιητική βάση για να προσέλθει για σκοπούς υπογραφής της Σύμβασης. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό ότι έπρεπε να παρασχεθεί δικαίωμα ακρόασης, είναι θέση της αναθέτουσας αρχής ότι υπό το φως των γεγονότων της υπό εξέταση υπόθεσης, δεν παρέχεται τέτοιο δικαίωμα. Το δικαίωμα ακρόασης κατοχυρώνεται ακριβώς για να δοθεί η δυνατότητα στον επηρεαζόμενο από τη λήψη ενός διοικητικού μέτρου πειθαρχικής ή άλλως πως δυσμενούς φύσης να ακουστεί επί ζητημάτων όμως που άπτονται της υποκειμενικής συμπεριφοράς του εν λόγω προσώπου. Στην υπό εξέταση περίπτωση το τιθέμενο ζήτημα αφορούσε ένα αντικειμενικό δεδομένο, το οποίο δεν εδράζετο επί υποκειμενικής συμπεριφοράς του ατόμου, αλλά αντιθέτως επί αναντίλεκτων στοιχείων, τα οποία μάλιστα προσκόμισαν οι ίδιοι οι Αιτητές.»

ΑΠΟΦΑΣΗ

Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων ενημέρωσε γραπτώς στις 8/12/2016 την Διευθύντρια του Τμήματος Δημοσίων Έργων, ότι αποφάσισε ομόφωνα να αναθέσει την επίμαχη σύμβαση στους Αιτητές. Στις 20/12/2016, η Διευθύντρια του Τμήματος απέστειλε επιστολή προκαταρκτικής

ενημέρωσης στους Αιτητές γνωστοποιώντας τους την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών. Με νέα της επιστολή ημερομηνίας 30/12/2016 η Αναθέτουσα Αρχή τους ενημέρωνε ότι έχει δηλωθεί πρόθεση για άσκηση προσφυγής εναντίον της απόφασης της, ως εκ τούτου η διαδικασία ανάθεσης της Σύμβασης αναστέλλεται και η υπογραφή της Σύμβασης κωλύεται μέχρι την έκδοση απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Στις 3/3/2017, μετά την απόσυρση της προσφυγής στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών¹, η Αναθέτουσα Αρχή έστειλε νέα επιστολή στους Αιτητές, με θέμα «*Επιστολή Αποδοχής*», στην οποία γίνονταν μεταξύ άλλων και οι εξής αναφορές:

«Αναφορικά με τον πιο πάνω διαγωνισμό και σε συνέχεια της προς εσάς ταυτάριθμης επιστολής μου ημερομηνίας 30/12/2016, σας πληροφορώ ότι η Προσφυγή με αρ. 77/16 έχει αποσυρθεί. Ως εκ τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή, μέσω του αρμοδίου οργάνου, αποφάσισε την ανάθεση της Σύμβασης στην εταιρεία σας...»

και

2. Παρακαλώ όπως το συντομότερο δυνατό και εν πάση περιπτώσει πριν την εκπνοή της προθεσμίας που καθορίζεται στην παράγραφο 9.1.1 του Τόμου Α των εγγράφων διαγωνισμού, προσκομίσετε Τραπεζική Εγγύηση Πιστής Εκτέλεσης του Συμβολαίου ίση με 2% του ποσού της προσφοράς σας, καθώς και τα πιστοποιητικά που αναφέρονται στην παράγραφο 9.1.3 του Τόμου Α – Κατάρτιση και υπογραφή Συμφωνίας.

3. Η ημερομηνία υπογραφής της Συμφωνίας, για την οποία θα ενημερωθείτε τηλεφωνικά, θα καθοριστεί αφού υποβληθούν για έλεγχο στον Κλάδο Προσφορών και Συμβολαίων του Τμήματος, τα όσα αναφέρονται στην πιο πάνω παράγραφο.»

¹ Προσφυγή αρ. 77/2016, ΚΥΘΡΟΜΑΚ (ΑΣΦΑΛΤΙΚ) ΛΤΔ v. ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ, ημερ. 1/3/2017.

Ακολούθως, στις 3/4/2017 οι Αιτητές έλαβαν επιστολή από την Αναθέτουσα Αρχή υπογεγραμμένη από την κα. Δώρα Λέυτον, για τη Διευθύντρια του Τμήματος, με θέμα «Υπογραφή Συμφωνίας», με το εξής περιεχόμενο:

«Σε συνέχεια της προς εσάς ταυτάριθμης επιστολής μου με ημερομηνία 3/3/2017, σας πληροφορώ ότι, σύμφωνα με Βεβαίωση που έχετε προσκομίσει και η οποία εκδόθηκε από το Επαρχιακό Γραφείο Κοινωνικών Ασφαλίσεων Λευκωσίας στις 10/3/2017, στις 25/11/2016, ημερομηνία υποβολής της προσφοράς σας, δεν είχατε τακτοποιημένες τις εισφορές σας.

Ως εκ τούτου, δυνάμει της παραγράφου 9.1.1 του Τόμου των Εγγράφων Διαγωνισμού, κηρύσσετε έκπτωτος από την Ανάθεση της Σύμβασης που έγινε στο όνομα σας.»

Ανατρέχοντας στους διοικητικούς φακέλους εντοπίσαμε επιστολή που φέρει την ίδια ημερομηνία με την προαναφερόμενη επιστολή, δηλαδή 3/4/2017, με αποστολέα την κα. Χρυστάλλα Μαλλούππα, Διευθύντρια Τμήματος Δημοσίων Έργων, και αποδέκτη την Συντονίστρια Επιτροπής Αξιολόγησης με το εξής λεκτικό:

«Σε σχέση με τον πιο πάνω διαγωνισμό και σύμφωνα με βεβαίωση του Επαρχιακού Γραφείου Κοινωνικών Ασφαλίσεων Λευκωσίας, ο επιτυχών οικονομικός φορέας δεν είχε τακτοποιημένες τις εισφορές του κατά την τελευταία ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του. Ως εκ τούτου, παρακαλώ όπως προχωρήσετε με την ετοιμασία συμπληρωματικής Έκθεσης Αξιολόγησης.»

Στις 6/4/2017 η Συντονίστρια της Επιτροπής Αξιολόγησης με επιστολή της κάλεσε σε συνεδρία για τις 7/4/2017 τα μέλη της Επιτροπής για ετοιμασία συμπληρωματικής Έκθεσης Αξιολόγησης. Ακολούθησε συνεδρία της Επιτροπής

Αξιολόγησης στις 7/4/2017. Την ίδια μέρα παραδόθηκε στον Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών η συμπληρωματική Έκθεση Αξιολόγησης.

Θα μας απασχολήσει κατ' αρχήν το θέμα αρμοδιότητας του οργάνου που έλαβε την επίδικη απόφαση. Οι δύο επιστολές της διευθύντριας του Τμήματος, αμφότερες στις 3/4/2017, προς τους Αιτητές και προς την Επιτροπή Αξιολόγησης αντίστοιχα, δεν αφήνουν περιθώρια αμφιβολίας ότι η απόφαση κήρυξης των Αιτητών ως έκπτωτων ελήφθη από την Διευθύντρια του Τμήματος Δημοσίων Έργων. Ταυτόχρονα, οι σχετικοί κανονισμοί ΚΔΠ 201/2007² επίσης δεν επιτρέπουν οποιαδήποτε αμφιβολία ως προς το αρμόδιο, για να λάβει την σχετική απόφαση, όργανο. Αυτό δεν είναι άλλο από το Συμβούλιο Προσφορών η τελευταία απόφαση του οποίου, σε σχέση με τον διαγωνισμό αυτό, ήταν η ανάθεση της Σύμβασης στους Αιτητές. Μοναδικό αρμόδιο όργανο ανατροπής της απόφασης αυτής δεν θα μπορούσε να ήταν άλλο από το ίδιο το Συμβούλιο Προσφορών, το οποίο αντλούσε την αρμοδιότητα του, κυρίως, από τον Κανονισμό 3, της ΚΔΠ 201/2007.

Είναι προφανές ότι η διαδικασία που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή και, κατ' επέκταση, η τελική της απόφαση, πάσχει. Πριν ακόμη σταλεί η συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης (7/4/2017), προς το αρμόδιο

² Οι περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Γενικοί Κανονισμοί του 2007

σώμα λήψη απόφασης, το Συμβούλιο Προσφορών, οι Αιτητές έλαβαν επιστολή με την οποία ενημερώνονταν ότι είχαν κηρυχθεί έκπτωτοι.

Αν και στο σημείο αυτό καταλήγει η προσφυγή, εντούτοις θεωρούμε σκόπιμο να προβούμε, προς προβληματισμό και μόνο, σε σχολιασμό ορισμένων επιχειρημάτων που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

Αναφορικά με την εγκυρότητα μιας προσφοράς σε σχέση με το χρόνο καταβολής ή/και διευθέτησης των εισφορών στο Ταμείο Κοινωνικών Ασφαλίσεως, παραπέμπουμε στο άρθρο 57(2) του Ν.73(Ι)/2016 αλλά και στην απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου *αρ. 3/2017, A.C.A. ELECTRICAL SERVICES LTD ν. Υπουργείου Παιδείας και Πολιτισμού, Τεχνικές Υπηρεσίες, ημερομηνίας 24/1/2017*. Τόσο ο νέος Νόμος που ρυθμίζει τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και η πρόσφατη απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου, δίδουν νέες κατευθύνσεις στον τομέα των Δημοσίων Συμβάσεων.

Προβληματισμό προκαλεί επίσης το θέμα καθορισμού ημερομηνίας υπογραφής της σύμβασης και η εφαρμογή του όρου 9.1.1 των εγγράφων του διαγωνισμού, σε συνάρτηση με την επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής, ημερομηνίας 3/3/2017 και ιδιαίτερα της παραγράφου 3 αυτής. Δηλαδή, δημιουργούνται ενδοιασμοί ως προς

τη νομιμότητα της πράξης της Αναθέτουσας Αρχής να κηρύξει τους Αιτητές ως έκπτωτους στη βάση των γεγονότων της παρούσας υπόθεσης.

Αναφορικά με το θέμα της κατ' ισχυρισμό ψευδούς δήλωσης των Αιτητών, και χωρίς να υπεισερχόμαστε σε βάθος επί του θέματος, παρατηρούμε ότι ο Διοικητικός Φάκελλος δεν στηρίζει αυτό το επιχείρημα, το οποίο παρουσιάστηκε μόνο στην γραπτή αγόρευση της Αναθέτουσας Αρχής και ως εκ των υστέρων αιτιολογία δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη. Επιπρόσθετα όμως, η σημασία των πληροφοριών που ζητούνται μέσω του Παρατήματος 4 των εγγράφων του διαγωνισμού φαίνεται να υποβαθμίζεται από τις πρόνοιες του άρθρου 57(2) του Ν.73(Ι)/2016.

Για τους λόγους που αναφέρουμε ανωτέρω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.