



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. 11/2022

Μεταξύ:

ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ ΜΙΧΑΛΙΤΣΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ
ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΗ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. Λάκων Α.Τ.Ε.

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΠΑΦΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ ΜΙΧΑΛΙΤΣΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΗ
ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. Λάκων Α.Τ.Ε.

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Άγη Γεωργιάδη, Δικηγόρο για Χρήστος Γεωργιάδης &
Συνεργάτες ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΠΑΦΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ελένη Νεοπτολέμου, Δικηγόρο για Μιχάλης Κυριακίδης
ΔΕΠΕ
2. Θέμη Φιλίππιδη, Δημοτικό Γραμματέα
3. Νεόφυτο Ζαβρίδη, Δημοτικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 12 Ιουλίου 2022

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών από το Διαγωνισμό αρ. 65/2021 και τίτλο «*Ανάπλαση της πλατείας Θεοσκέπαστης και περιβάλλοντων δρόμων στην Κάτω Πάφο*» για το λόγο ότι οι Αιτητές είχαν επιδείξει σοβαρή και επαναλαμβανομένη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης που συνήψαν με την Αναθέτουσα Αρχή στο διαγωνισμό 49/19 είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση της παρούσας προσφυγής. Ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία Miltiades Neophytou Civil Engineering Contractors and Developers Limited («ο επιτυχών»).

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι πεπλανημένη και λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα. Σύμφωνα με τους Αιτητές κατά την εκτέλεση του έργου του Διαγωνισμού 49/19 «*Δημιουργία δικτύου υποδομών δημόσιων συγκοινωνιών και δημόσιας υγιεινής στην Πάφο και τη Γεροσκήπου με τη μέθοδο Μελέτη- Κατασκευή- Συντήρηση*» ούτε σοβαρή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια επέδειξαν ούτε και η όποια πλημμέλεια είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της σύμβασης ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Η προσβαλλόμενη απόφαση, υποστηρίζουν, λήφθηκε υπό πλάνη αναφορικά με το άρθρο 57(4)(ζ) του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016, Ν. 73(I)/2016, («ο Νόμος») και του όρου 6.2 του Τόμου Α των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή προτού λάβει την προσβαλλόμενη απόφαση δεν έδωσε την ευκαιρία στους Αιτητές να εκφράσουν τις απόψεις τους και να παρουσιάσουν στοιχεία για ότι η Αναθέτουσα Αρχή τους καταλογίζει. Εάν, υποστηρίζουν, η Αναθέτουσα Αρχή ερευνούσε το όλο ζήτημα μέσω της εταιρείας ΗΛΙΔΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε («οι Σύμβουλοι») δεν θα λάμβανε την προσβαλλόμενη απόφαση. Στην ουσία στηρίχθηκε σε επιστολές της ίδιας προς τους Αιτητές απορρίπτοντας ως ανεδαφικά και ανεπαρκή όσα οι ίδιοι με τις επιστολές τους στα πλαίσια του διαγωνισμού 49/19 ισχυρίζονται.

Οι Αιτητές αναφέρουν ότι ενώ αρχικά η αξιολόγηση των προσφορών θα γινόταν από τους Συμβούλους, η Αναθέτουσα Αρχή χωρίς να αναζητήσει τις θέσεις είτε των Συμβούλων, είτε των Αιτητών μονομερώς αποφάσισε να αποκλείσει τους Συμβούλους από τη διαδικασία αξιολόγησης, λόγω ισχυριζόμενης σχέσης συνεργασίας με τους Αιτητές ενημερώνοντας τους Συμβούλους με επιστολή ημερ. 21.02.2022.

Σύμφωνα με τους Αιτητές η Αναθέτουσα Αρχή, αγνοώντας το περιεχόμενο της επιστολής των Συμβούλων ημερ. 28.02.2022 προχώρησε η ίδια στην αξιολόγηση, προφανώς με στόχο να αποκλείσει την προσφορά τους, πράγμα που έπραξε επικαλούμενη τον όρο 6.2(1)(η) του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού.

Λανθασμένα, ισχυρίζονται οι Αιτητές, η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε ότι η διαπίστωση της για πλημμέλεια χωρίς τις επιπρόσθετες προϋποθέσεις του άρθρου

57(4)(ζ) του Νόμου, όπως η πλημμέλεια έχει ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις οδηγεί σε αποκλεισμό. Εσφαλμένα, επίσης, αναφέρουν, θεώρησε, ότι ήταν αρκετό το ενδεχόμενο μελλοντικής επιβολής κύρωσης. Περαιτέρω, εσφαλμένη, υποστηρίζουν, είναι και η θεώρησή της ότι δεν είχε υποχρέωση να αναζητήσει τις απόψεις των Αιτητών αναφορικά με την ισχυριζόμενη πλημμέλεια αλλά ούτε με την ενδεχόμενη λήψη από τους Αιτητές μέτρων αυτοκάθαρσης και την επάρκειά τους.

Οι Αιτητές αναφερόμενοι στην Έκθεση Αξιολόγησης υποδεικνύουν ότι σ' αυτή δεν υπάρχει οποιαδήποτε αναφορά στις παρατάσεις χρόνου που η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια του έργου της σύμβασης 49/19 έδωσε στους Αιτητές και ούτε φαίνεται να λήφθηκε υπόψη η δοθείσα παράταση για ολοκλήρωση του έργου, μέχρι 30.01.2022, ούτε η διάρκεια της 229 ημέρες. Επίσης πεπλανημένα ισχυρίζονται θεώρησε ότι οι Αιτητές ήταν εξ' ολοκλήρου υπεύθυνοι για την καθυστέρηση του έργου της σύμβασης 49/19.

Σ' ότι αφορά τις επιστολές που αναφέρονται στην Έκθεση Αξιολόγησης και στάληκαν στους Αιτητές, εκτός από την επιστολή ημερ. 01.02.2022, αυτές στάληκαν μεταξύ 06.03.2020 και 20.05.2021, δηλαδή προτού δοθεί η παράταση των 229 ημερών και αφορούσαν θέματα που λήφθηκαν υπόψη όταν δόθηκε η παράταση.

Στη συνέχεια οι Αιτητές αναφέρονται στα έντεκα θέματα που περιλαμβάνονται τόσο στην Έκθεση Αξιολόγησης όσο και σε επιστολές της Αναθέτουσας Αρχής

προς τους Αιτητές και υποστηρίζουν ότι αυτά τίθενται με αοριστία και χωρίς αναφορές στους λόγους για τους οποίους τίθενται.

Υποστηρίζουν επίσης οι Αιτητές ότι στην Έκθεση Αξιολόγησης λανθασμένα αναφέρεται ότι δεν απάντησαν ή δεν αιτιολόγησαν τις θέσεις τους και ότι σιωπηρά για τα έντεκα θέματα του έργου της σύμβασης αρ. 49/2019 υιοθέτησαν τις θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής. Επίσης, σε άλλο σημείο της Έκθεσης αναφέρεται ότι οι Αιτητές έδωσαν απαντήσεις που ήταν ανεδαφικές και ανεπαρκείς, χωρίς να διευκρινίζεται σε ποιες επιστολές και θέματα απάντησαν οι Αιτητές και σε ποιες όχι, ούτε γίνεται αναφορά γιατί οι απαντήσεις των Αιτητών κρίθηκαν ανεδαφικές και ανεπαρκείς.

Αναφορικά με την αποκοπή ποινικής ρήτρας για την περίοδο 30.01.2022 μέχρι 31.03.2022 ύψος €90.000, οι Αιτητές υποδεικνύουν ότι αυτή έγινε ενώ εκκρεμούσαν αιτήσεις για περαιτέρω παράταση χρόνου και μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, με σκοπό τη δημιουργία εντυπώσεων για πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 57(4)(ζ) του Νόμου και εγκυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης. Η αλληλογραφία υποστηρίζουν που είχαν με την Αναθέτουσα Αρχή στην οποία και παραπέμπουν καταδεικνύει το πεπλανημένο της θεώρησης της Αναθέτουσας Αρχής ότι για την καθυστέρηση του έργου της σύμβασης 49/2019 ευθύνονται εξ' ολοκλήρου οι Αιτητές.

Τέλος, υποστηρίζουν ότι η απόφαση αποκλεισμού τους στερείται αιτιολογίας όπως και η κατάληξή της Αναθέτουσας Αρχής για μη αναζήτηση των απόψεων των Αιτητών.

Προς υποστήριξη των θέσεων τους οι Αιτητές παραπέμπουν στις Προσφυγές 10/20 ***H.E. HORTICULTURAL ENTERPRISES LTD ν. Πανεπιστημίου Κύπρου***, ημερ. 14.10.2020, 1288/18 ***A.M.V. Healthcare ν. Δημοκρατίας***, ημερ. 15.03.2022 και 1686/18 ***VITAEMED ν. Δημοκρατίας***, ημερ. 21.12.2021 καθώς και στα συγγράμματα «*Η Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις*» της Ευαγγελίας Κουτούπα – Ρεγκακου, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2021, Σάκκουλα (σελ. 776) και στο «*Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*» του Δημήτρη Ραΐκου, Αθήνα Θεσσαλονίκη, Β Έκδοση 2017, Σάκκουλα (σελίδα 430).

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών και υποστηρίζει ότι η απόφαση της λήφθηκε μετά από δέουσα έρευνα είναι πλήρως αιτιολογημένη και καθόλα νόμιμη. Ούτε από το γράμμα του Νόμου, αναφέρει, ούτε από τους όρους του Διαγωνισμού, προκύπτουν όσα οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι έπρεπε να συντρέχουν σωρευτικά.

Είναι η θέση της ότι το άρθρο 57(4) του Νόμου, το οποίο θέτει δυνητικούς λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, με την παράγραφο (ζ) προβλέπει ότι μια Αναθέτουσα Αρχή δύναται να αποκλείσει οικονομικό φορέα όχι μόνο εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη

πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης και αυτή η πλημμέλεια είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις αλλά και άλλες παρόμοιες κυρώσεις, όπως οι ρήτρες καθυστέρησης που εφαρμόστηκαν στην παρούσα υπόθεση.

Το άρθρο 57(6), αναφέρει, το οποίο δίδει στον οικονομικό φορέα τη δυνατότητα αυτοκάθαρσης και παρουσίασης σχετικών μέτρων προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του, δεν επιβάλλει στην Αναθέτουσα Αρχή οποιαδήποτε υποχρέωση να δώσει στον οικονομικό φορέα τη δυνατότητα μετά την υποβολή της προσφοράς του να θέσει ενώπιον της τέτοια μέτρα και προς υποστήριξη της θέσης της παραπέμπει στον όρο 6.2(4) του Τόμου Α των εγγράφων του Διαγωνισμού. Τυχόν αναζήτηση, υποστηρίζει, διορθωτικών ενεργειών από τους Αιτητές μετά την υποβολή των προσφορών, θα ήταν αντίθετη με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και θα επέτρεπε στον οικονομικό φορέα να τροποποιήσει ανεπίτρεπτα και εκ των υστέρων την ήδη υποβληθείσα προσφορά του.

Ανεξάρτητα των θέσεων της πιο πάνω, υποστηρίζει ότι μέσα από τη διαδικασία εξέτασης των καθυστερήσεων στο διαγωνισμό 49/2019, όπου με τους Αιτητές ανταλλάγησαν πολυάριθμες επιστολές, στους Αιτητές δόθηκε η δυνατότητα να θέσουν τις απόψεις τους. Τόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης όσο και το Συμβούλιο Προσφορών, αναφέρει, καθώς προκύπτει από την επιστολή του Δημάρχου ημερ. 01.02.2022 έλαβαν υπόψη τους τις θέσεις των Αιτητών. Όλα τα στοιχεία τα οποία

είχε ενώπιον της αποδεικνύουν ότι ο Αιτητής είχε επανειλημμένως παραβιάσει τις υποχρεώσεις τους στο έργο της σύμβασης 49/2019, και δεν μπορούσε να τα παραβλέψει, δεδομένης της υποχρέωσης της για συμμόρφωση της με τις αρχές της νομιμότητας και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Αβάσιμος υποστηρίζει είναι και ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι το ενδεχόμενο μελλοντικής επιβολής κυρώσεων δεν αρκεί και εξηγεί ότι ο λόγος που δεν προχώρησε σε διακοπή της σύμβασης 49/19, όπως άλλωστε προκύπτει και από την Έκθεση Αξιολόγησης, είναι το συμφέρον των δημοτών. Στους Αιτητές όμως έχουν επιβληθεί άλλες κυρώσεις όπως η ρήτρα καθυστέρησης, η οποία αποκόπτεται από τα πιστοποιητικά πληρωμής. Οι οποιοδήποτε ισχυρισμοί των Αιτητών περί μη προηγούμενης καταγγελίας της σύμβασης και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού δεν ευσταθούν.

Αναφορικά με το κατά πόσο η καθυστέρηση προέκυψε από την πλευρά της Αναθέτουσας Αρχής ή των Αιτητών, η Αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι αυτό δεν μπορεί να εξεταστεί από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στα πλαίσια της παρούσας και παραπέμπει στην *Προσφυγή 10/2020 Η.Ε. HORTICULTURAL ENTERPRISES LTD ν. Πανεπιστημίου Κύπρου*, ημερ. 14.10.2020. Επίσης, υποστηρίζει ότι στην *Forposta SA κ.α. ν Poczta Polska SA, C-465/11*, ημ. 13.12.2012 αναφέρεται ότι η ορθή και επιτυχής εκπλήρωση προηγούμενου συμβολαίου από τον επιτυχόντα είναι αποφασιστικής σημασίας για την απόδειξη και τεκμηρίωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του για τη μελλοντική

επιτυχή εκτέλεση του έργου. Οι λόγοι αποκλεισμού του όρου 6.2 του Τόμου Α του Διαγωνισμού και του άρθρου 57 του Νόμου, αναφέρει, αποτελούν λόγους αποκλεισμού, ακόμα και εάν έχουν προκύψει μετά την υποβολή των προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τον ισχυρισμό των Αιτητών για έλλειψη δέουσας έρευνας και ύπαρξη πραγματικής πλάνης. Όλα τα στοιχεία που είχε ενώπιον της, όπως προκύπτει από το διοικητικό φάκελο, τα εξέτασε προτού προβεί στον αποκλεισμό των Αιτητών. Αναθέτουσα Αρχή και για τα δύο συμβόλαια ήταν η ίδια και συνεπώς ήταν γνώστης των πραγματικών περιστατικών. Τα δύο μάλιστα από τα τρία μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης ο Κ. Πορτίδης (Συντονιστής στη σύμβαση 49/2019) και ο κ. Ν. Ζαβρίδης, Δημοτικός Μηχανικός της Αναθέτουσας Αρχής είχαν ως εκ της θέσεως τους άμεση γνώση των γεγονότων της σύμβασης 49/19.

Σ' ότι αφορά την κατ' ισχυρισμό πλάνη αναφορικά με την παράταση των 229 ημερών που δόθηκε, διευκρινίζει ότι οι ρήτρες καθυστέρησης δεν εφαρμόζονται από τη συμβατική ημερομηνία ολοκλήρωσης του έργου, αλλά από 30.1.2022 που αυτό έπρεπε μετά και τις σχετικές παρατάσεις να είχε ολοκληρωθεί. Γι' αυτό και στην έκθεση αξιολόγησης αναφέρεται ότι η ρήτρα καθυστέρησης δεν μπορούσε να αφαιρεθεί από 31.1.2022, εφόσον το Πιστοποιητικό πληρωμής για το μήνα Ιανουάριο 2022 ήταν μηδενικό.

Σ' ότι αφορά τον αποκλεισμό των Συμβούλων από την αξιολόγηση των προσφορών, ανεξάρτητα από τον ισχυρισμό της ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να εγείρουν τέτοιο ισχυρισμό, αφού η οποιαδήποτε διαφορά της με τους Συμβούλους είναι διαφορά ιδιωτικού δικαίου, υποστηρίζει ότι ορθά οι Σύμβουλοι δεν συμμετείχαν στη διαδικασία αξιολόγησης εφόσον εντοπίστηκε ότι υπήρχε ζήτημα σύγκρουσης συμφέροντος λόγω της συνεργασίας μεταξύ των Συμβούλων και των Αιτητών σε έργο του Δήμου Πάφου.

Στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η επιστολή των Συμβούλων αγνοήθηκε, η Αναθέτουσα Αρχή απαντά ότι οι Σύμβουλοι στις 20.04.2022 ενημερώθηκαν ότι η απόφαση για μη συμμετοχή τους στην αξιολόγηση των προσφορών γίνεται για σκοπούς αποτελεσματικής πρόληψης, εντοπισμό και επανόρθωση σύγκρουσης συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.

Τέλος με αναφορά στο περιεχόμενο της Έκθεσης Αξιολόγησης απορρίπτει και τον τελευταίο ισχυρισμό των Αιτητών για απουσία πλήρους, ορθής και νόμιμης αιτιολογίας.

Έχοντας εξετάσει με προσοχή τις θέσεις των μερών παρατηρούμε τα εξής.

Στη C-41/18¹ σε σχέση με το δίκαιο της Ένωσης για τα ζητήματα που εδώ εξετάζονται αναφέρονται τα πιο κάτω τα οποία σημειώνουμε ότι επαναλαμβάνονται και στη C-267/18²:

«Το δίκαιο της Ένωσης»

3 Οι αιτιολογικές σκέψεις 101 και 102 της οδηγίας 2014/24 έχουν ως εξής:

«(101) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει [...] να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.

Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να

¹ Meca Srl κατά Comune di Napoli, ημερομ. 19.6.2019

² Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ημερομ. 3.10.2019

χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών.

Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα πρέπει ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Σε περίπτωση όμως επανειλημμένων ελασσόνων παρατυπιών, ενδέχεται να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό του.

- (102) Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.»

(Οι υπογραμμίσεις δικές μας)

Σχετικά με την παρούσα υπόθεση είναι τα άρθρα 57(4)(ζ), 57(6)(α) του Νόμου και ο όρος 6.2(4) των εγγράφων του διαγωνισμού τα οποία και παραθέτουμε.

«57.(1) [...]»

[...]

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

[...]

- (ζ) όταν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή 885 προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις³.

[...]

- (6) (α) Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια 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 σύμβασης³.

«6.2. Προσωπική κατάσταση του προσφέροντα⁴»

1. Για την υπογραφή της σύμβασης, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν την προσωπική τους κατάσταση:

[...]

- (η) να μην έχουν επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που

³ Το άρθρο 57(4)(ζ) και 57(6)(α) του Νόμου είναι μεταφορά του λεκτικού του άρθρου 57(4) και (6) της Οδηγίας 2014/24.

⁴ Ο όρος 6.2.1(η) αποτελεί μεταφορά του λεκτικού του άρθρου 57(4)(ζ) της Οδηγίας 2014/24 και του άρθρου 57(4) του Νόμου.

είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις».

[...]

(4) Σε περίπτωση που έχουν αναληφθεί διορθωτικές ενέργειες εκ μέρους του προσφέροντα σε σχέση με οποιαδήποτε γεγονότα/καταστάσεις που δυνατόν να θεωρηθούν ότι συνιστούν κάποιο από τους πιο πάνω λόγους αποκλεισμού, οι ενέργειες αυτές δύνανται να δηλωθούν από τον προσφέροντα κατά την υποβολή της προσφοράς του. Η Αναθέτουσα Αρχή θα εξετάσει τα δηλωθέντα από τον προσφέροντα και σε περίπτωση που αυτά κριθούν ως μη ικανοποιητικά, πριν από τυχόν απόρριψη της προσφοράς του και προκειμένου να καταλήξει στην τελική της απόφαση, θα ζητήσει εγγράφως τις απόψεις του».

Το ερώτημα εδώ που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο η Αναθέτουσα Αρχή κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης έχει εφαρμόσει τα προβλεπόμενα στη νομοθεσία τα οποία στη C-267/18 (πιο πάνω) έχουν επεξηγηθεί ως εξής:

«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.»

Αποτελεί κοινό έδαφος, προκύπτει άλλωστε από τους διοικητικούς φακέλους και συγκεκριμένα την έκθεση αξιολόγησης, ότι ο διαγωνισμός 49/19 είχε ανατεθεί στους Αιτητές, ότι αρχική ημερομηνία αποπεράτωσης του έργου ήταν η 15.6.2021 και ότι με διάφορες παρατάσεις που δόθηκαν, τελική ημερομηνία παράδοσης του

καθορίστηκε η 30.1.2022, χωρίς όμως το έργο μέχρι την ακρόαση της παρούσης να αποπερατωθεί.

Η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για αποκλεισμό των Αιτητών σύμφωνα με την έκθεση αξιολόγησης, έγινε μετά που η Επιτροπή Αξιολόγησης αναγνώρισε ότι το δικαίωμα ακρόασης αποτελεί βασική αρχή της φυσικής δικαιοσύνης. Κρίθηκε όμως, για λόγους που καταγράφονται στην έκθεση και δεν είναι του παρόντος να εξεταστούν, ότι το δικαίωμα ακρόασης έχει ασκηθεί στα πλαίσια της σύμβασης 49/19 και συνεπώς δεν χρειάζεται να κληθούν εκ νέου οι Αιτητές να ακουστούν. Στον ανάδοχο, δηλαδή τους Αιτητές, καθώς καταγράφεται για τα προβλήματα που υπήρχαν *«έχουν σταλεί σωρεία επιστολών [...], αντίγραφα των οποίων επισυνάπτονται στην παρούσα. Σημειώνεται ότι τα όσα αναφέρονται ανωτέρω έχουν τεθεί πολλάκις γραπτώς στον οικονομικό φορέα, ο οποίος όμως ουδέποτε απάντησε ή αιτιολόγησε τη θέση του, ούτε αρνήθηκε ότι λαμβάνουν χώρα τα ανωτέρω»*.

Με κάθε εκτίμηση προς την Αναθέτουσα Αρχή δεν συμφωνούμε με τη θέση της. Οι Αιτητές κλήθηκαν στα πλαίσια της σύμβασης 49/19 να τοποθετηθούν και καθώς προκύπτει από όσα τέθηκαν ενώπιον μας τοποθετήθηκαν. Επίσης για το εν λόγω έργο δόθηκαν παρατάσεις αναφορικά με το χρόνο αποπεράτωσής του. Δεν κλήθηκαν όμως στα πλαίσια του υπό κρίση διαγωνισμού να τοποθετηθούν, μετά που η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι αυτοί εμπíπτουν στην κατάσταση του άρθρου 57(4)(ζ). Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό της ότι οι Αιτητές είχαν υποχρέωση όπως με την υποβολή της προσφοράς τους θέσουν ενώπιον της τις διορθωτικές ενέργειες ή

τα μέτρα που έλαβαν δεν συμφωνούμε. Αυτό θα μπορούσε να υποστηριχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή εάν υπήρχε καταγγελία της σύμβασης ή είχαν επιβληθεί άλλες κυρώσεις πριν από την υποβολή των προσφορών, ώστε να γνώριζαν οι Αιτητές το ενδεχόμενο αποκλεισμού τους. Η ερμηνεία που δίδεται από την Αναθέτουσα Αρχή στο άρθρο 6.2(4) του Τόμου Α ούτε με το γράμμα ούτε με το πνεύμα του άρθρου συνάδει. Η Αναθέτουσα Αρχή επίσης καθώς προκύπτει δεν έστρεψε την προσοχή της στο άρθρο 57(6)(α). Υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής είναι, όπως προτού αποφασίσει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα, εδώ των Αιτητών, για τους λόγους τους οποίους επικαλείται, να καλέσει τους Αιτητές να θέσουν τις απόψεις τους, και όχι να θεωρεί ότι αυτές τέθηκαν στα πλαίσια της προηγούμενης σύμβασης. Το γεγονός ότι το έργο στα πλαίσια του οποίου κατά την Αναθέτουσα Αρχή έλαβαν χώρα οι πλημμέλειες από μέρους των Αιτητών ήταν έργο της ίδιας, δεν την απαλλάσσει από την υποχρέωση της να καλέσει τους Αιτητές. Στην περίπτωση μάλιστα των Αιτητών η υποχρέωση της αυτή, κι' αυτό χωρίς να αποφαινόμεθα κατά πόσο οι Αιτητές εμπίπτουν ή όχι στην κατάσταση του άρθρου 57(4)(ζ) του Νόμου, καθίσταται πιο επιτακτική λαμβανομένου υπόψη ότι δεν υπήρξε τερματισμός της σύμβασης και ότι για τις όποιες κυρώσεις είχαν επιβληθεί στους Αιτητές, δεν είχαν τον χρόνο ούτε τους δόθηκε το δικαίωμα να τοποθετηθούν.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι τα δύο από τα τρία μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης είχαν άμεση εμπλοκή στη σύμβαση 49/19 και γνώριζαν ότι οι εξηγήσεις των Αιτητών για την καθυστέρηση ολοκλήρωσης του έργου δεν ευσταθούν, δεν συμφωνούμε ότι την απαλλάσσει από τις εκ του νόμου υποχρεώσεις

της. Αντίθετα, και χωρίς να αποφαινόμεθα επί του ζητήματος, θα λέγαμε ότι η συμμετοχή των συγκεκριμένων στην Επιτροπή Αξιολόγησης ενδεχόμενα να εγείρει ερωτηματικά ως προς την αμεροληψία τους εφόσον τα προβλήματα που προέκυψαν στα πλαίσια της σύμβασης 49/19 τα χειρίστηκαν και τοποθετήθηκαν. Σε πολλές περιπτώσεις όσο καλοπροαίρετα κι' εάν φαίνεται ότι ενεργεί η διοίκηση δεν πρέπει να εγείρονται ερωτηματικά σε σχέση με την αμεροληψία της.

Είναι πρόδηλο από τα πιο πάνω ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα είναι αποτέλεσμα πλάνης περί το νόμο και στερείται της δέουσας αιτιολογίας.

Σ' ότι αφορά το ζήτημα που έθεσαν οι Αιτητές για τον αποκλεισμό των Συμβούλων από την αξιολόγηση κρίνουμε ότι αυτό δεν μπορεί να μας απασχολήσει. Καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο οι Σύμβουλοι αναφέρονται σε συγκεκριμένη σύμβαση με την Αναθέτουσα Αρχή η οποία δεν μπορεί να ελεγχθεί στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας.

Με την κατάληξή μας ότι ο αποκλεισμός των Αιτητών από το διαγωνισμό 65/21 από το Δημοτικό Συμβούλιο, το οποίο στην ουσία υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, έγινε χωρίς να δοθεί στους Αιτητές η δυνατότητα να εκθέσουν τις απόψεις τους ως προς την αξιοπιστία τους σε ότι η Αναθέτουσα Αρχή τους καταλογίζει, θεωρούμε αχρείαστο, καθότι πρόωρο, να ασχοληθούμε με τους

ισχυρισμούς κατά πόσο οι Αιτητές εμπίπτουν ή δεν εμπίπτουν στην κατάσταση του άρθρου 57(4)(ζ) ή του όρου 6.2(4) του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού.

Ενόψει των πιο πάνω η Προσφυγή επιτυγχάνει, η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.