



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός Γνωμοδοτήσεως 263/2014

ΤΟΥ Α1 ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΙΑΚΟΠΩΝ ΤΟΥ
ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Συνεδρίαση της 16-07-2014

Σύνθεση :

Προεδρεύουσα : Χρυσαφούλα Αυγερινού, Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ., λόγω κωλύματος του Προέδρου του Τμήματος Μιχαήλ Απέσσου.

Νομικοί Σύμβουλοι: Στέφανος Δέτσης, Νικόλαος Μουδάτσος, Κωνσταντίνος Γεωργάκης, Νίκη Μαριόλη, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Δήμητρα Κεφάλα, Κωνσταντίνος Κατσούλας, Δημήτριος Μακαρονίδης, Αλέξανδρος Ροϊλός, Αγγελική Καστανά, Ελένη Πασαμιχάλη, Χριστίνα Διβάνη, Παναγιώτης Παππάς.

Εισηγητής: Αλέξανδρος Ροϊλός, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους .

Αριθμός Ερωτήματος : Το υπ'αριθμ. 967/0051/16-6-2014 έγγραφο του Γ.Λ.Κ., Γενικής Διεύθυνσης Διοίκησης και Ελέγχου Συγχρηματοδοτούμενων Προγραμμάτων από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, 51^{ης} Διεύθυνσης, Γ' τμήματος.

Περίληψη Ερωτήματος : Εάν, η συμφωνία του αναδόχου έργου με άλλη εργοληπτική επιχείρηση, για την εκτέλεση μέρους του έργου, η οποία δεν εγκρίθηκε από τον κύριο ή φορέα του έργου, συνιστά μη νόμιμη υποκατάσταση του αναδόχου στο έργο.

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Α1 Τμήμα Διακοπών του Ν.Σ.Κ. γνωμοδότησε ομοφώνως ως ακολούθως :

I.- Ιστορικό

Με το έγγραφο του ερωτήματος και τα συνοποβληθέντα στοιχεία εκτίθενται τα ακόλουθα :

Κατόπιν διενέργειας δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού με σύστημα επιλογής της ανοικτής διαδικασίας και με σύστημα προσφοράς του κατ' αποκοπή τιμήματος, υπεγράφη η από 27-8-2007 σύμβαση έργου μεταξύ της Δημόσιας Επιχείρησης Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων (ΔΕΠΑΝΟΜ) ΑΕ και της εταιρείας J & P-ΑΒΑΞ ΑΕ δυνάμει της οποίας η δεύτερη των συμβαλλομένων ανέλαβε την κατασκευή του έργου: **«Ολοκλήρωση Γενικού Νοσοκομείου Αγρινίου»** μέχρι 27-2-2010, αντί συμβατικού τιμήματος 30.500.000 ευρώ.

Το έργο δημοπρατήθηκε και κατασκευάστηκε σύμφωνα με τον Κανονισμό εκπόνησης μελετών, εκτέλεσης έργων και προμηθειών της ΔΕΠΑΝΟΜ Α.Ε.

Σύμφωνα με τη βεβαίωση περαίωσης του έργου οι εργασίες ολοκληρώθηκαν εμπροθέσμως (10-6-2011), καθόσον χορηγήθηκαν συνολικά έξι(6) παρατάσεις της συνολικής συμβατικής προθεσμίας, και το έργο παραλήφθηκε διοικητικά για χρήση με τη σύνταξη δεκαέξι (16) πρωτοκόλλων διοικητικής παραλαβής για χρήση.

Ακολούθως το δημόσιο έργο παραλήφθηκε προσωρινώς στις 16-5-2012 με τη σύνταξη σχετικού πρωτοκόλλου προσωρινής παραλαβής, ενώ εκκρεμεί η διενέργεια της οριστικής παραλαβής του έργου.

Με την 180/0051/10-2-2012(φ Υ.Ο.Δ.Δ 111/2012) απόφαση του Προέδρου της Επιτροπής Δημοσιονομικού Ελέγχου (ΕΔΕΛ) συστάθηκε Ομάδα Ελέγχου της πράξης: «Ολοκλήρωση εργασιών του Γενικού Νοσοκομείου Αγρινίου», (Υποέργο 1), η οποία μετά το πέρας του ελέγχου υπέβαλε στις 30-8-2012 έκθεση προσωρινών αποτελεσμάτων ελέγχου στην Διεύθυνση Προγραμματισμού και Ελέγχων (Δ/νση 51).

Μετά τον έλεγχο της πληρότητας της έκθεσης από την ανωτέρω Διεύθυνση, και θεώρησής της (3-12-2012) από τον Γενικό Διευθυντή Διοίκησης και Ελέγχου

Συγχρηματοδοτούμενων Προγραμμάτων από την ΕΕ, αυτή κοινοποιήθηκε στην ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ κατά το άρθρο 16 (παρ. 10) του ν.3614/2007.

Στην κοινοποιηθείσα έκθεση προσωρινών αποτελεσμάτων ελέγχου του έργου(υπ' αρ.1902/0051/3-12-2012) , μεταξύ των άλλων, αναγράφεται το εύρημα «υποκατάσταση αναδόχου χωρίς έγκριση της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ» και προτείνεται η κατ' αποκοπή Δημοσιονομική Διόρθωση 15% επί του ποσού της δηλωθείσας δαπάνης στην ΕΕ για το έτος 2011 και ανάκτηση σε βάρος της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ του αντίστοιχου ποσού των 5.256.848,68 ευρώ.

Η ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ με έγγραφες παρατηρήσεις – αντιρρήσεις(ΑΠ 132570/19-12-2012) επί των ευρημάτων της έκθεσης αρνήθηκε ότι συντρέχει υποκατάσταση στο έργο, επισήμανε το εξαιρετικό νομοθετικό καθεστώς που διέπει τα έργα που εκτελεί και τέλος αμφισβήτησε τον χαρακτηρισμό του ευρήματος ως «ουσιαστικού» και ως νομικής παρατυπίας που μπορεί να επιφέρει Δημοσιονομική Διόρθωση. Ειδικότερα:

α) Η ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ ισχυρίζεται ότι στην προκείμενη περίπτωση δεν συντρέχει υποκατάσταση τρίτου ή εκχώρηση έργου κατά την έννοια του νόμου , η ανάθεση από τον εργολάβο σε τρίτο οιοδήποτε αντικείμενου, εφόσον ο τρίτος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη(Εφ.Πατρών 882/2004),δεδομένου ότι εφόσον ο ανάδοχος διατηρεί τη διεύθυνση και την εποπτεία των εργασιών και δεν αποξενώνεται πλήρως ως προς τις εργασίες εκπλήρωσης της παροχής του , δεν συντρέχει περίπτωση υποκατάστασης , είτε συνιστά υπεργολαβίες, είτε προσλαμβάνει εταίρους, είτε συνάπτει κοινοπραξίες. Περαιτέρω ότι η φορολογική σύμβαση μεταξύ ενός αναδόχου και άλλων εργοληπτικών επιχειρήσεων για την εκτέλεση δημόσιου έργου, η οποία δεν έχει τύχει έγκρισης από τον κύριο του έργου, αποτελεί νόμιμη φορολογική διαδικασία , που δεν συνιστά υποκατάσταση. (Εφ.Πατρών 882/2004).

β) Οι παρατηρήσεις της ομάδος ελέγχου δεν συνιστούν παρατυπίες κατά την έννοια της 448/0052/4-3-2011 ΥΑ Δημοσιονομικών Διορθώσεων, ικανές να επιφέρουν επιβολή Δημοσιονομικής Διόρθωσης. Ειδικότερα δεν υπάρχει παράβαση κανόνα δικαίου , αλλά ούτε καν πράξη που να ζημιώνει και να επιβαρύνει τον προϋπολογισμό της ΕΕ αδικαιολογήτως.

γ) Η πρόταση για κατ' αποκοπή Δημοσιονομική Διόρθωση ποσοστού 15% επί της δηλωθείσας δαπάνης δεν είναι ανάλογη της παρατυπίας και δεν συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας.

Η ΕΔΕΛ, μεταξύ άλλων, αφού έλαβε υπόψη το εισηγητικό σημείωμα της 51^{ης} Διεύθυνσης στο οποίο περιλαμβάνονταν απόψεις της επί των ανωτέρω παρατηρήσεων – αντιρρήσεων της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ, ότι έχει ήδη επιβληθεί και εφαρμόζεται Δημοσιονομική Διόρθωση ,ποσοστού 10% στις επιλέξιμες πληρωμές του Υποέργου 1(Ολοκλήρωση Γενικού Νοσοκομείου Αγρινίου), προέβη στην οριστικοποίηση των αποτελεσμάτων του ελέγχου (22-5-2013) και αποφάσισε κατά πλειοψηφία την επιβολή Δημοσιονομικής Διόρθωσης 15% επί του ποσού της δηλωθείσας δαπάνης στην Ε.Ε. για το έτος 2011 και ανάκτηση σε βάρος της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ ποσού 5.256.848,68 ευρώ.

Στην εγκεκριμένη έκθεση οριστικών αποτελεσμάτων ελέγχου αναφέρεται ότι διαπιστώθηκε σύσταση κοινοπραξίας (3-9-2007) με την επωνυμία «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ J & P – ΑΒΑΞ ΑΕ – ΕΚΤΕΡ ΑΕ» στην οποία είχε εισφερθεί η εκτέλεση του έργου, (50%), χωρίς να έχει προηγηθεί σχετική έγκριση από την ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ. Πιο συγκεκριμένα στο από 3-9-2007 ιδιωτικό συμφωνητικό σύστασης κοινοπραξίας (άρθρο 1 σκοπός) μεταξύ της J & P ΑΒΑΞ ΑΕ και ΕΚΤΕΡ ΑΕ αναφέρεται ότι σκοπός της συνιστωμένης κοινοπραξίας είναι η εκτέλεση του έργου : «Ολοκλήρωση κατασκευής του Γενικού Νοσοκομείου Αγρινίου» και στο άρθρο 5 (ποσοστό συμμετοχής) αυτού ότι η συμμετοχή κάθε μέρους της κοινοπραξίας στο κεφάλαιο και στον «τζίρο» ορίζεται σε ποσοστό ως εξής : J & P – ΑΒΑΞ ΑΕ 50%, ΕΚΤΕΡ ΑΕ 50%.

Κατά την έκθεση η εισφορά αυτή συνιστά μη σύννομη υποκατάσταση του αναδόχου του έργου (άρθρα 5 ν.1418/1984, 51 πδ 609/1985, 2 της σύμβασης έργου και 27 (παρ.4) του Κανονισμού εκπόνησης μελετών, εκτέλεσης έργων και προμηθειών της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ). Επισημαίνεται στην έκθεση ότι η κατασκευαστική κοινοπραξία δεν θα μπορούσε να εγκριθεί από την ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ για τους ακόλουθους λόγους: α) διότι η ΕΚΤΕΡ ΑΕ δεν ανήκε στην καλούμενη με την Διακήρυξη του έργου τάξη πτυχίου του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) και β) διότι η ανάδοχος εταιρεία συμμετέχει στην κοινοπραξία με ποσοστό 50%.



Η εγκεκριμένη από την ΕΔΕΛ έκθεση διαβιβάστηκε στον Υπουργό Οικονομικών για να επιβληθεί η Δημοσιονομική Διόρθωση. Σημειώνεται ότι κατά της έκθεσης οριστικών αποτελεσμάτων του ελέγχου(κοινοποιηθείσα στις 21-6-2013) η ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ υπέβαλε παρατηρήσεις – αντιρρήσεις (ΑΠ 136798/5-7-2013 έγγραφο) επαναλαμβάνοντας τις ήδη διατυπωθείσες θέσεις της.

Ο Αναπληρωτής Υπουργός Οικονομικών με το 538/8-11-2013 έγγραφο ανέπεμψε στην ΕΔΕΛ το σχέδιο απόφασης Δημοσιονομικής Διόρθωσης με συνημμένο το 138903/25-10-2013 έγγραφο της ΔΕΠΑΝΟΜ και την από 18-10-2013 γνωμοδότηση νομικού γραφείου ζητώντας την επανεξέταση του θέματος.

Στην γνωμοδότηση αναφέρονται τα εξής:

α) η ανάθεση εκτέλεσης έργων από την ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ δυνάμει ρητής διάταξης του ιδρυτικού της νόμου εξαιρείται της εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων έργων και υπάγεται στο πλαίσιο του Κανονισμού της και στο Κοινοτικό Δίκαιο περί Δημοσίων Συμβάσεων και επομένως η οποιαδήποτε μορφή υπεργολαβίας δίχως την έγκριση του κυρίου του έργου δεν συνιστά παρατυπία λόγω παραβίασης του εθνικού δικαίου.

β) στο Κοινοτικό Δίκαιο δεν συμπεριλαμβάνεται ρητή διάταξη για απαγόρευση ή μη της υποκατάστασης του αναδόχου στο έργο.

γ) ως υποκατάσταση νοείται η υπεισέλευση του υποκατάστατου στη σχέση κυρίου του έργου και αναδόχου , προϋπόθεση που δεν απαντάται στη συγκεκριμένη περίπτωση.

δ) η συσταθείσα κοινοπραξία δεν αποτελεί συμπαιγνία μεταξύ των κοινοπρακτούντων μερών ως προς την υποβολή προσφοράς.

Η ερωτώσα υπηρεσία επί της αναπομπής του σχεδίου απόφασης ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου, το αποφασίζον όργανο έχει την ευχέρεια πριν την τελείωση της διοικητικής διαδικασίας να αναπέμψει αιτιολογημένα την υπόθεση στο γνωμοδοτικό όργανο προς επανεξέταση, το οποίο μπορεί να μεταβάλει την αρχική του γνωμοδότηση ακόμη και με διαφορετική εκτίμηση των ιδίων στοιχείων, αιτιολογώντας στην περίπτωση αυτή νομίμως και επαρκώς τη μεταβολή αυτή (ΝΣΚ 305/2012).

Κατόπιν τούτων κατά την αρ. 588/2014 συνεδρίαση της ΕΔΕΛ αποφασίσθηκε η υποβολή του ανωτέρω ερωτήματος.

II.- Κρίσιμες και εφαρμοστέες εν προκειμένω διατάξεις – Ερμηνεία αυτών.

A1. Στο ν.1398/1983 «Για την κύρωση των συμβάσεων ... και τη σύσταση Δημόσιας Επιχείρησης Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων» (φ.144) και στο Άρθρο τέταρτο ορίζεται ότι: «*Συνιστάται νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία «Δημόσια Επιχείρηση Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων (ΔΕΠΑΝΟΜ)», που διέπεται από τις ακόλουθες διατάξεις».*

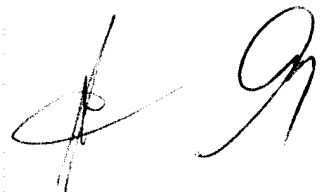
Στο άρθρο 1

«1. Η ΔΕΠΑΝΟΜ αποτελεί Δημόσια Επιχείρηση που ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο, λειτουργεί για χάρη του δημόσιου συμφέροντος, διέπεται από τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας και έχει διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια 2 ...».

Στο άρθρο 3

«1) ... 2) Η εκπόνηση των μελετών και η εκτέλεση των έργων της ΔΕΠΑΝΟΜ καθώς και οι συναφείς προμήθειες και εργασίες γίνονται κατ'εξάιρεση από κάθε κείμενη διάταξη σχετική με την ανάθεση μελετών και εκτέλεση δημόσιων έργων και τη διενέργεια κρατικών προμηθειών. Τα πλαίσια των διαδικασιών καθορίζονται σε κανονισμούς που εγκρίνονται από τους εποπτεύοντες Υπουργούς και δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».

Στις διατάξεις του άρθρου 2 (πεδίο εφαρμογής του νόμου) παρ. 2 του ν.1418/1984 «Δημόσια έργα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (φ23), που ισχύει από 29-2-1984, ορίζεται ότι : «*Με κοινές αποφάσεις των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων (ΠΕΧΩΔΕ) και του εκάστοτε αρμόδιου υπουργού, είναι δυνατόν έργα που προγραμματίζονται και εκτελούνται από νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου των ανωτέρω φορέων [του άρθρου 14 παρ. 1 του ν.2190/1994 όπως κάθε φορά ισχύει] να εξαιρούνται διατάξεων του παρόντος» και του άρθρου 28* ότι: *1...2.Διατηρούνται και μετά την ισχύ του νόμου αυτού :α...γ. Οι διατάξεις ... και της παρ 2 του άρθρου 3 του άρθρου τέταρτου του Ν.1398/1983 για την κύρωση των συμβάσεων ανέγερσης των Πανεπιστημιακών Νοσηλευτικών Συγκροτημάτων Ηρακλείου Κρήτης και Πάτρας , τη ρύθμιση συναφών θεμάτων και τη σύσταση Δημόσιας Επιχείρησης Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων»*



Κατόπιν εξουσιοδότησεως δοθείσας από την διάταξη του τέταρτου άρθρου του ν.1398/1983, του ν.2229/1994, τροποποίηση και συμπλήρωση του ν.1418/1984 και του άρθρου 27 του ν.2081/1992, εκδόθηκε η υπ' αριθ **4^Α/9467/Φ.22/7-10-1994 (ΦΒ 774)** ΚΥΑ Εθνικής Οικονομίας, Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων και Υγείας Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων, όπου ορίζονται τα εξής:

« ΑΡΘΡΟ ΜΟΝΟ

1. Την εξαίρεση της Δημόσιας Επιχείρησης Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων (ΔΕΠΑΝΟΜ) από τις διατάξεις του ν.1418/1984 όπως τροποποιήθηκαν και συμπληρώθηκαν από τις διατάξεις του ν.2229/1994.

2. Η εκπόνηση των μελετών και η εκτέλεση των έργων της ΔΕΠΑΝΟΜ καθώς και οι συναφείς προμήθειες και εργασίες γίνονται με τον ισχύοντα κανονισμό της, που εγκρίθηκε με την αριθμ. ΕΔ2α/04/Φ1.3/1-6-1984 απόφαση των Υπουργών Υγείας, Πρόνοιας και Κοιν. Ασφαλίσεων και Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων (ΦΕΚ 359/Β/5-6-1984).

3 ...».

Στις διατάξεις του άρθρου δεύτερου του π.δ. 312/1999 «Μετατροπή της Δημόσιας Επιχείρησης Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων σε Ανώνυμη Εταιρεία και έγκριση του καταστατικού της» (Φ289) ορίζεται ότι : **« Η ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΑΝΕΓΕΡΣΗΣ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ(ΔΕΠΑΝΟΜ) μετατρέπεται σε ανώνυμη εταιρεία.»** και του άρθρου 24 αυτού ότι: **« Η ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ απολαύει όλων των διοικητικών ,οικονομικών και δικαστικών ατελειών, καθώς και όλων των δικονομικών προνομίων του Δημοσίου, όπως αυτά ορίζονται στους Ν.1398/1983,Ν1418/1984 άρθρο 28 παρ 2 περίπτωση γ και Ν2737/1999.Οι διατάξεις που ισχύουν για το Δημόσιο του Κώδικα περί Δικών του Δημοσίου ισχύουν και για τη ΔΕΠΑΝΟΜ.»**

2.Από την ερμηνεία των ανωτέρω προκύπτουν τα ακόλουθα : Η ΔΕΠΑΝΟΜ ιδρύθηκε με το άρθρο τέταρτο του ν.1398/1983 ως δημόσια επιχείρηση που ανήκει

στο δημόσιο και λειτουργεί για χάρη του δημοσίου συμφέροντος, δυνάμει δε του άρθρου δεύτερου του πδ 312/1999 μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρεία.

Με την διάταξη του άρθρου 3 (παρ. 2) του ν.1398/1983, που διατηρήθηκε σε ισχύ βάσει των διατάξεων του άρθρου 28 (παρ 2 περ.γ) του ν. 1418/1984, η ΔΕΠΑΝΟΜ εξαιρείται από κάθε κείμενη διάταξη σχετική με την εκτέλεση δημοσίου έργου. Τα πλαίσια των διαδικασιών καθορίζονται σε Κανονισμούς που εγκρίνονται από τους εποπτεύοντες Υπουργούς και δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης.

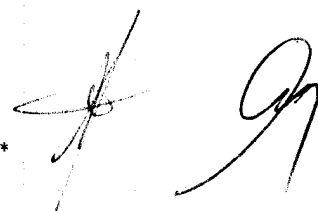
Η ΚΥΑ ΕΔ2α/04/62/Φ.1.3/1-6-1984 που εγκρίνει τον Κανονισμό εκτέλεσης έργων από τη ΔΕΠΑΝΟΜ δεν συμπεριλαμβάνει ρύθμιση για το θέμα της υποκατάστασης του αναδόχου.

Επισημαίνεται ότι, στην ΚΥΑ Δ17γ/05/108/ΦΝ439/30-6-2010 (φ. Β1043) με την οποία εγκρίθηκε ο νέος Κανονισμός εκτέλεσης έργων της ΔΕΠΑΝΟΜ και ειδικότερα στο άρθρο 40 (παρ. 3), ορίζεται ότι σε περίπτωση που ένα ζήτημα δε ρυθμίζεται ειδικά από τον παρόντα Κανονισμό εφαρμόζονται συμπληρωματικά τα αναφερόμενα στην ισχύουσα νομοθεσία. Επίσης στο άρθρο 27 (παρ 4) ορίζεται ότι το κείμενο της Σύμβασης κατισχύει κάθε άλλου κειμένου , εκτός προφανών σφαλμάτων ή παραδρομών. Ο Κανονισμός αυτός δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής, στην προκείμενη περίπτωση του ερωτήματος, διότι δεν είχε τεθεί σε ισχύ κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης έργου.

Β. Στο άρθρο 41 (Υπεργολαβίες – άρθρο 25 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) του πδ. 60/2007 «περί συντονισμού διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων – οδηγία 2004/18/ΕΚ» (φ 64) ορίζεται ότι:

«Στην προκήρυξη ή/και συγγραφή υποχρεώσεων, η αναθέτουσα αρχή ζητεί από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Σε μία τέτοια περίπτωση ...».

Με την ανωτέρω διάταξη ρυθμίζεται ο θεσμός της υπεργολαβίας σε κοινοτικό πεδίο και προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να ζητά με την προκήρυξη από τους διαγωνιζόμενους να αναφέρουν ποιο τμήμα της σύμβασης προτίθενται να αναθέσουν σε υπεργολάβους και ποιους υπεργολάβους προτείνουν. Η ρύθμιση αυτή



σκοπεί στην συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων στα έργα. (Σκέψη 32 προοιμίου της Οδηγίας).

Ρητή διάταξη για την υποκατάσταση αναδόχου στο έργο δεν περιλαμβάνεται στην Οδηγία 2004/18/EK ούτε στο πδ. 60/2007 που εναρμόνισε αυτή στην εθνική έννομη τάξη, προφανώς διότι το ενωσιακό δίκαιο δεν αναγνωρίζει τέτοιο θεσμό.

Γ. Στο άρθρο 5 ν.1418/1984 «Δημόσια έργα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (φ.23) ορίζεται ότι: «1. ... 6. Η υποκατάσταση τρίτου στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου) απαγορεύεται χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου. Αν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, ο κύριος του έργου ή φορέας κατασκευής κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο, ... 7. Επιτρέπεται η σύσταση κοινοπραξίας μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων ... για την κατασκευή του έργου, το οποίο έχει αναλάβει μία ή περισσότερες από τις επιχειρήσεις αυτές (κατασκευαστική κοινοπραξία), αν: α. Όλα τα μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας ανήκουν στις καλούμενες από τη διακήρυξη τάξεις και κατηγορίες του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεως (Μ.Ε.ΕΠ) και β. το συμφωνητικό σύστασης της κοινοπραξίας γνωστοποιείται στον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής. Αν δεν γνωστοποιηθεί, δεν αναγνωρίζεται από τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής. Ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής με απόφασή του μπορεί να μην εγκρίνει τη σύσταση της κοινοπραξίας, ... Ο ανάδοχος πρέπει να έχει συνολικό ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία τουλάχιστον πενήντα τοις εκατό (50%). Κάθε άλλη ... 8. Όταν συνάπτεται σύμβαση μίσθωσης έργου μεταξύ του αναδόχου δημοσίου έργου και εργοληπτικής επιχείρησης ... για την κατασκευή μέρους του έργου που έχει αναληφθεί από τον ανάδοχο (υπεργολαβία), ο υπεργολάβος θεωρείται «εγκεκριμένος» με τις συνέπειες του νόμου αυτού, μετά από έγκριση του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής, όταν συντρέχουν οι εξής προϋποθέσεις: α. ... β. Ο ανάδοχος, πριν από την εγκατάσταση του υπεργολάβου στο έργο, έχει γνωστοποιήσει στον κύριο του έργου ή στον φορέα κατασκευής τη σύμβαση υπεργολαβίας. Ο ανάδοχος ... Στα έργα με προϋπολογιζόμενη δαπάνη ανώτερη του ορίου εφαρμογής της εκάστοτε ισχύουσας σχετικής Οδηγίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να υποχρεώσει με τη Διακήρυξη της διαγωνιζόμενους, στη περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, να

αναθέσουν σε τρίτους υπεργολάβους συμβάσεις κατά μέγιστο όριο το 30% της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή η Διακήρυξη αναφέρει στα στοιχεία που πρέπει να υποβληθούν από τους διαγωνιζόμενους για την απόδειξη της συνεργασίας. Κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης ο ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση, εφαρμοζόμενης κατά τα λοιπά της κείμενης νομοθεσίας για την έγκριση της υπεργολαβίας. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία ...».

ΣΤΟ ΕΚΤΕΛΕΣΤΙΚΟ ΤΟΥ ν.1418/1984 πδ 609/1985 (φ.223) και ειδικότερα στο **άρθρο 51** αυτού ορίζεται ότι: « 1. Η υποκατάσταση άλλης εργοληπτικής επιχείρησης στην κατασκευή του έργου σύμφωνα με την παράγραφο 6 του άρθρου 5 του ν.1418/1984 προτείνεται από την Διευθύνουσα υπηρεσία και εγκρίνεται από την Προϊσταμένη Αρχή. Για να εγκριθεί η υποκατάσταση πρέπει η εργοληπτική επιχείρηση που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο να έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον ανάδοχο και να παρέχει τα απαραίτητα εγγύγια για την κατασκευή του έργου κατά την κρίση της Προϊσταμένης Αρχής που λαβαίνει υπόψη της και τα σχετικά στοιχεία του ΜΕΕΠ. 2...».

Από την ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων υπό στοιχεία Β και Γ προκύπτουν τα εξής : Η υποκατάσταση του αναδόχου του έργου είναι η αντικατάστασή του από άλλο ανάδοχο (υποκατάστατο) με πρωτοβουλία του αναδόχου. Η υποκατάσταση, που , όπως προαναφέρθηκε δεν συναντάται στο ενωσιακό δίκαιο είναι θεσμός του εθνικού δικαίου και η συμβατότητά του με το ενωσιακό δίκαιο αμφισβητείται σοβαρά δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία μη επιτρεπόμενης απευθείας ανάθεσης. Η υποκατάσταση του αναδόχου απαγορεύεται χωρίς την έγκριση του φορέα και όταν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου ο κύριος ή φορέας του έργου κηρύσσει τον ανάδοχο έκπτωτο.

Η κατασκευαστική κοινοπραξία είναι κοινοπραξία η οποία συγκροτείται κατά την εκτέλεση του έργου από τον αρχικό ανάδοχο ενός έργου και άλλη μεμονωμένη επιχείρηση. Η αποδοχή του συμφωνητικού της σύστασης κοινοπραξίας γίνεται, υπό προϋποθέσεις από τον κύριο ή φορέα του έργου.

Η υπεργολαβία αναφέρεται στην ανάθεση εκτέλεσης τμήματος του έργου από τον ανάδοχο σε τρίτο (υπεργολάβος). Ο υπεργολάβος θεωρείται «εγκεκριμένος» μετά από έγκριση του κυρίου ή φορέα του έργου και εφόσον πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις του νόμου και ειδικότερα, εφ' όσον ο ανάδοχος κατά την υπογραφή της σύμβασης έργου προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση.

Δ. Στο άρθρο 7 (εφαρμοστέα νομοθεσία) της από 7-2-2007 Διακήρυξης ανοιχτής Δημοπρασίας του έργου «Ολοκλήρωση κατασκευής του ΓΝ Αγρινίου» αναφέρεται ότι για την εκτέλεση της σύμβασης του έργου εφαρμόζονται 1. Το τέταρτο άρθρο του ιδρυτικού της Νόμου 1398/1983 2. Το άρθρο 3 του ΠΔ 312/1999 3. Το άρθρο 28 του Ν1418/1984 4. Η απόφαση Υ4α/9467/1994 με την οποία η ΔΕΠΑΝΟΜ εξαιρείται από τις διατάξεις του ν1418/1984 5. Ο Κανονισμός Εκπόνησης Μελετών Εκτέλεσης Έργων Προμηθειών και Εργασιών της ΔΕΠΑΝΟΜ 6. Οι διατάξεις της οδηγίας 2004/18/ΕΚ .

Ε. Στο άρθρο 2 της από 27-8-2007 σύμβασης έργου ορίζεται ότι: «2.1...2.2 Η υποκατάσταση του αναδόχου εργολήπτη στην εκτέλεση του έργου ή μέρους αυτού επιτρέπεται μόνο ύστερα από έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου. Σε κάθε περίπτωση... 2.3 Αν με οποιοδήποτε τρόπο διαπιστωθεί ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου , ο ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος ... » και **στο άρθρο 19.2** ότι : « Η σύμβαση διέπεται από το Ελληνικό Δίκαιο. Ειδικότερα έχουν εφαρμογή το άρθρο τέταρτο του Ν.1398/1983 και ο Κανονισμός εκπόνησης μελετών ,εκτέλεσης έργων, προμηθειών και εργασιών της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ. Συμπληρωματικά για όσα θέματα δεν ρυθμίζονται από την παρούσα Σύμβαση, εφαρμόζονται αναλογικά ο Ν.1418/1984, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με τους Ν 2052/1992,2229/1994,2308/1995,2338/1995, 2372/1996, 2940/2001, το ΠΔ 609/1985, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα και ο Ν3263/2004»

ΙΙΙ.- ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ – ΑΠΑΝΤΗΣΗ

Στο πδ 60/2007 ,που αποτελεί την ενσωμάτωση της Κοινοτικής Οδηγίας 2004/18/ΕΚ στην εθνική έννομη τάξη, δεν συμπεριλαμβάνεται διάταξη που να ρυθμίζει την υποκατάσταση του αναδόχου δημόσιου έργου, δεδομένου ότι ούτε

στην Οδηγία περιλαμβάνεται τέτοια ρύθμιση. Περιλαμβάνεται όμως διάταξη για την υπεργολαβία και ειδικότερα του άρθρου 41 στην οποία ορίζεται ότι, στην προκήρυξη η αναθέτουσα αρχή ζητά από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.

Στο ν.1418/1984 (άρθρο 5) προβλέπονται η υποκατάσταση του αναδόχου, η σύσταση κατασκευαστικής κοινοπραξίας και η υπεργολαβία μετά από έγκριση του κυρίου ή φορέα του έργου, στην οποία αιτιολογείται πλήρως ότι η εργοληπτική επιχείρηση που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο θα έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου.

Με την ΚΥΑ ΕΔ 2α/04/62/Φ.1.3/1-6-1984 εγκρίθηκε ο Κανονισμός της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ σύμφωνα με τον οποίο ρυθμίζονται γενικώς τα θέματα ανάθεσης δημοσίων έργων χωρίς να υφίσταται ειδική ρύθμιση για το θέμα της υποκατάστασης του αναδόχου. Με την ΚΥΑ 4Α/9467/7-10-1994 προβλέφθηκε η εξαίρεση της ΔΕΠΑΝΟΜ από τις διατάξεις του ν. 1418/1984 για την εκτέλεση των έργων της.

Στη σύμβαση του έργου αναφέρεται ότι η υποκατάσταση του αναδόχου στην εκτέλεση του έργου επιτρέπεται μόνο κατόπιν έγκρισης του κυρίου ή φορέα του έργου(άρθρο2.2) και αν διαπιστωθεί άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου ο ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος (άρθρο 2.3).

Στην προκείμενη περίπτωση και σύμφωνα με το διδόμενο από την ερωτώσα υπηρεσία πραγματικό του ερωτήματος υπάρχει υποκατάσταση του αναδόχου στο έργο από την ως άνω κοινοπραξία , χωρίς την έγκριση του κυρίου ή φορέα του έργου , γεγονός που παραβιάζει όρο της σύμβασης του έργου(άρθρο 2.2), ο οποίος ταυτίζεται κατά περιεχόμενο και με διάταξη του εθνικού δικαίου (άρθρο 5 παρ 6 ν.1418/1984) που δεν αντίκειται σε καμία διάταξη της κοινοτικής νομοθεσίας αλλά ούτε και στον τότε ισχύοντα Κανονισμό εκτέλεσης έργων από την ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ. Η διάταξη του άρθρου 5(παρ 6) του ν.1418/1984 εφαρμόζεται συμπληρωματικά στην επίμαχη σύμβαση έργου, κατ' άρθρο 19.2 αυτής.

Επομένως, η συγκεκριμένη υποκατάσταση, έστω και έμμεση, είναι μη σύννομη. Αλλά ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν συντρέχει υποκατάσταση , αλλά υπεργολαβία και πάλι η τελευταία είναι μη σύννομη

και κατά το εθνικό δίκαιο, αλλά και κατά το ενωσιακό δίκαιο, καθόσον δεν τηρήθηκαν οι κατά νόμο προϋποθέσεις.

IV. Ενόψει των προεκτεθέντων, το Α1 Τμήμα Διακοπών του Ν.Σ.Κ γνωμοδοτεί ομοφώνως ότι, η συμφωνία του αναδόχου του έργου με άλλη εργοληπτική επιχείρηση για την εκτέλεση μέρους του έργου, η οποία δεν εγκρίθηκε από τον κύριο ή φορέα του έργου, συνιστά μη νόμιμη υποκατάσταση του αναδόχου στο έργο.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 29 -7 - 2014

Η Προεδρεύουσα του Α1

Τμήματος του Ν.Σ.Κ

Χρυσάφουλα Αυγερινού

Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Ο Εισηγητής

Αλέξανδρος Ροϊλός

Νομικός Σύμβουλος του Κράτους