

# Η ΥΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΕΡΓΟΥ Ή ΜΕΛΕΤΗΣ, ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟΥ ΣΥΝΕΔΡΙΟΥ<sup>1</sup>.

Ευαγγελία Ελισάβετ Κουλουμπίνη

Σύμβουλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου

## 1. Η έννοια της υποκατάστασης με βάση τις διατάξεις του εθνικού δικαίου.

**α.** Υποκατάσταση ή εκχώρηση μέρους ή όλου του έργου συνιστά την αντικατάσταση του αρχικού αναδόχου από ένα νέο ανάδοχο ( τον υποκατάστατό του) με πρωτοβουλία του αναδόχου. Αυτό γίνεται όταν αυτός που ανακηρύχθηκε ανάδοχος δεν μπορεί να ανταποκριθεί για οποιοδήποτε λόγο στις ανάγκες μιας σύμβασης και προτείνει ο ίδιος κάποιον άλλον που έχει τα αναγκαία, σύμφωνα με το νόμο, προσόντα.

Η υποκατάσταση δεν νοείται κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης και απαγορεύεται χωρίς την έγκριση του φορέα του έργου. Συγχωρείται μόνο κατά την εκτέλεση της σύμβασης και αυτό γίνεται προς το συμφέρον του έργου. Είναι προφανές ότι ο εθνικός νομοθέτης επέλεξε αυτή τη σολομώντεια λύση, ώστε ο αρχικός ανάδοχος, που δεν είναι ικανός να ολοκληρώσει τη σύμβαση για οποιοδήποτε λόγο, να αντικαθίσταται από κάποιον άλλο που έχει τα προσόντα προς τούτο, χωρίς να χρειαστεί να μεσολαβήσει η εκκαθάριση της προηγούμενης σύμβασης που είναι ημιτελής και η επαναδημοπράτηση των εργασιών που υπολείπονται. Άλλωστε, ο νέος ανάδοχος ευθύνεται εις ολόκληρον με τον αρχικό ανάδοχο απέναντι στον κύριο του έργου (άρθρο 65 του ν.3669) και είναι συνυπεύθυνος μ' αυτόν. Στην ουσία, ως υποκατάσταση νοείται η μεταβίβαση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αρχικού αναδόχου σε τρίτο, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε ο τρίτος να υπεισέρχεται στην μεταξύ του κυρίου του έργου και του αρχικού αναδόχου σχέση. Εις ολόκληρον δε ευθύνη σημαίνει ότι και οι δύο ευθύνονται απέναντι στο κύριο του έργου για την ολοκλήρωση αυτού ή του τμήματος που εκχωρήθηκε, βέβαια, ο κύριος του έργου μπορεί να το απαιτήσει μόνο μία φορά. Και αυτό διότι, στην προκειμένη περίπτωση, στόχος του νομοθέτη είναι εφόσον ο αρχικός ανάδοχος δηλώσει αδυναμία να εκτελέσει την αρχική σύμβαση να μην υπογραφεί νέα σύμβαση, αλλά το νέο πρόσωπο που θα αξιολογηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή να εγκατασταθεί στην ημιτελή σύμβαση για να την ολοκληρώσει και αμφότεροι (αρχικός ανάδοχος και υποκατάστατός του) να εξακολουθούν να είναι συνυπεύθυνοι για την εκτέλεση του έργου<sup>2</sup>. Είναι διακριτή η περίπτωση κατά την οποία συμφωνήθηκε υποκατάσταση, με απαλλαγή του αρχικού αναδόχου, οπότε στην περίπτωση αυτή ο υποκατάστατος επέχει θέση αναδόχου και αυτό σημαίνει ότι :

α) αναλαμβάνει όλες τις ευθύνες για το σύνολο του έργου ή τμήμα αυτού. β) αναλαμβάνει όλες τις υποχρεώσεις του αρχικού αναδόχου για το προσωπικό. γ) οι εγγυήσεις επ' ονόματι του αρχικού αναδόχου αποδίδονται, αφού πρώτα κατατεθούν ισόποσες από το νέο ανάδοχο. Μετά την έγκριση της υποκατάστασης όλες οι

<sup>1</sup> Το άρθρο βασίζεται σε ομιλία η οποία πραγματοποιήθηκε στις 18/2/2015 στον ΔΣΑ στα πλαίσια επιστημονικής εκδήλωσης της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ).

<sup>2</sup> ΣτΕ 971/1998 , ΑΠ 570/2007

πιστοποιήσεις εκδίδονται στο νέο ανάδοχο και όλες οι πληρωμές γίνονται σ' αυτόν. Βασική προϋπόθεση είναι ο υποκατάστατος να έχει τα ίδια προσόντα με τον αρχικό ανάδοχο ήτοι πτυχίο εργολήπτη ή μελετητή, αντίστοιχα, της απαιτούμενης τάξης ή κατηγορίας και να παρέχει τα απαιτούμενα εγγύα για την κατασκευή του έργου, καθώς και την έγκριση της Προϊσταμένης Αρχής.(άρθρο 65 του ν.3669/2008).

Αυτή είναι μια εξαίρεση στο κανόνα της εις ολόκληρον ευθύνης του αναδόχου και του υποκατάστατου του, όταν, το μεν, ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να εκτελέσει τη σύμβαση το δε, την λύση αυτή επιβάλλει το συμφέρον του έργου. Και εδώ παίζει, κατά τη γνώμη μου, καταλυτικό ρόλο η διαμόρφωση της νομολογίας, όπου το Δικαστήριο θα πρέπει να ερμηνεύσει στενά τις προϋποθέσεις αυτές όπου τρίτος, ο οποίος δεν συμμετείχε καν στην διαδικασία ανάθεσης και δεν εκτέθηκε στον ανταγωνισμό γίνεται στην ουσία ο νέος ανάδοχος. Και αυτό διότι, εδώ έχουμε μια προφανή παρέκκλιση από τις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού και ζήτημα ουσιώδους μεταβολής όρου της σύμβασης.

**β.** Στις μελέτες προβλέπεται καθ' ολοκληρίαν υποκατάσταση, είτε εν μέρει υποκατάσταση, όταν ο αρχικός ανάδοχος δεν μπορεί για αντικειμενικούς λόγους (λόγω θανάτου ,ή διαγραφής από τα Μητρώα ή αν καταστεί ανίκανος λόγω ασθενείας ή άλλης αντικειμενικής αιτίας ) να συνεχίσει την εκτέλεση της σύμβασης ή αν μέλος της σύμπραξης ή της κοινοπραξίας αδυνατεί για τους ίδιους λόγους να συνεχίσει την εκτέλεση της σύμβασης οπότε υποκαθίσταται από τρίτο πρόσωπο που έχει τα νόμιμα προσόντα ή από τους ίδιους τους συμπράττοντες, αν δεν υφίσταται ανάγκη εισδοχής τρίτου (άρθρο 26 του ν.3316/2005). Συνιστά όμοια περίπτωση και η διεύρυνση της σύμπραξης μελετητικών εταιρειών, όταν στην περίπτωση που προκύψει ανάγκη υπογραφής συμπληρωματικής σύμβασης και ο αρχικός ανάδοχος δεν καλύπτει τις κατηγορίες συμπληρωματικών μελετών ή υπηρεσιών υποχρεώνεται να συμπράξει με άλλον ή με άλλους μελετητές ή παρόχους υπηρεσιών που εγκρίνονται από τον εργοδότη και η Σ.Σ. υπογράφεται με τη σύμπραξη.(άρθρο 29 παρ.2 του ν.3316/2005).

Όμοιου περιεχόμενου διάταξη στο εθνικό δίκαιο είναι η διάταξη του άρθρου 39 του π.δ. 28/1980 « Μελέτες, έργα και προμήθειες Ο.Τ.Α το οποίο με το άρθρο 28παρ.1 εδαφ .θ' του ν.1418/1984 καταργήθηκε κατά το μέρος του που αφορά στην εκτέλεση έργων<sup>3</sup> εφαρμόζεται όμως στις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών, ενόψει νομοθετικού κενού, μέχρι να εκδοθεί το πδ που προβλέπεται από τη διάταξη του άρθρου 209 παρ.2 του ΔΚΚ. Αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία για εκείνες τις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών που είμαστε κάτω από το κοινοτικό κατώφλι, ήτοι κάτω από τις 200.000 ευρώ και μια σύμβαση χαρακτηρίζεται από τους ελεγχόμενους όχι ως υποκατάσταση, αλλά ως υπεργολαβία, δοθέντος ότι με τη διάταξη του άρθρου 39 του π.δ.28/1980, ο νομοθέτης ήθελε να ρυθμίσει την εκχώρηση σύμβασης - υποκατάσταση και όχι την υπεργολαβία.

## **2α .Υπεργολαβία. Έννοια αυτής**

### **Η έννοια της υποκατάστασης-εκχώρησης διαφέρει από την υπεργολαβία<sup>4</sup>**

Στη περίπτωση της υπεργολαβίας ανατίθεται με αμοιβή από τον εργολάβο η εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο πρόσωπο, ο οποίος δεν υπεισέρχεται στην σχέση μεταξύ του αναδόχου και του κυρίου του έργου, μόνος δε υπεύθυνος για την εκτέλεση του έργου εξακολουθεί και παραμένει ο αρχικός ανάδοχος.

<sup>3</sup> ΑΠ 427//1994

<sup>4</sup> ΑΠ 570/2007,119/2013

Η υπεργολαβία είναι μια επιτρεπόμενη μορφή περαιτέρω ανάθεσης τμήματος της σύμβασης σε τρίτους, η οποία μάλιστα ενθαρρύνεται από το κοινοτικό δίκαιο, σε αντίθεση με την υποκατάσταση του αναδόχου, η οποία δεν προβλέπεται από τις Οδηγίες και τίθεται υπό αμφισβήτηση η συμβατότητά της με το κοινοτικό δίκαιο. (βλ άρθρο 32 του Προοιμίου της Οδηγίας, 2004/18 /ΕΚ όπου προβλέπεται η υπεργολαβία, προκειμένου να ευνοηθούν οι μικρομεσαίες επιχειρήσεις και ορίζεται ότι θα πρέπει να συμπεριληφθούν διατάξεις για την υπεργολαβία)

Άρθρο 25 της Οδηγίας και άρθρο 65 του ν.4281/2014 στα οποία προβλέπεται ότι ο προσφέρων πρέπει να αναφέρει το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση αυτή δεν αίρεται η ευθύνη του κυρίου οικονομικού φορέα.

Σχετική η ρύθμιση στο άρθρο 41 του π.δ.60/2007 επίσης και στο άρθρο 46 του π.δ.60/2007 όπου ο πάροχος των υπηρεσιών θα πρέπει να αναφέρει το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους και η δυνατότητα που έχει να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων για μια συγκεκριμένη σύμβαση. Με τη τελευταία αυτή διάταξη θεμελιώνεται ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας, σύμφωνα με τον οποίο, δεν δύναται κάποιος να αποκλειστεί από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης υπηρεσιών με την αιτιολογία ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει προς εκτέλεση της σύμβασης μέσα που δεν κατέχει το ίδιο, αλλά ανήκουν σε άλλους. Θα πρέπει να υφίσταται αδυναμία του φορέα να ανταποκριθεί με ίδια μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης μιας σύμβασης. Στη περίπτωση αυτή μπορεί να επικαλεστεί ικανότητες τρίτων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών που τους συνδέει, (έχει δεχθεί το Δικαστήριο ακόμη και την περίπτωση μιας εταιρείας holding, η οποία ελέγχει μέσω της κατοχής της πλειοψηφίας των μετοχών της και άλλες εξαρτημένες εταιρείες, στην περίπτωση αυτή δεν ασκεί επιρροή το γεγονός ότι η εταιρεία δεν εκτελεί η ίδια τα έργα αλλά μόνο οι θυγατρικές της, ούτε το γεγονός ότι αυτές αποτελούν διακεκριμένα νομικά πρόσωπα) αρκεί να είναι σε θέση να αποδείξει ότι όταν αναδειχθεί ανάδοχος θα είναι στη διάθεσή του τα μέσα που επικαλέστηκε. Συχνή η επίκληση της δάνειας εμπειρίας υπεργολάβου εταιρείας σε εξειδικευμένα έργα παροχής υπηρεσιών από εταιρείες που μετέχουν σε διαγωνισμούς, προκειμένου να τεκμηριώσουν την εμπειρία τους σε παρόμοια έργα.

Το ζήτημα που δημιουργείται εδώ είναι τι γίνεται στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες ελέγχουμε συμβάσεις, κάτω από το κοινοτικό κατώφλι, οπότε θα πρέπει να κριθεί αν μπορεί να αποκλεισθεί κάποιος ο οποίος δηλώνει αδυναμία να χρησιμοποιήσει ίδια μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης και να προσφύγει στο θεσμό της δάνειας εμπειρίας, ήτοι πως θα ερμηνευθεί όρος της διακήρυξης περί συνδρομής της εμπειρίας ατομικά μόνο στο πρόσωπο των υποψηφίων αναδόχων και κυρίως η συμβατότητα του με το κοινοτικό δίκαιο. Το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε<sup>5</sup> μη νόμιμο τον αποκλεισμό εργοληπτικής εταιρείας η οποία είχε προσκομίσει πιστοποιητικά εμπειρίας της μητρικής της εταιρείας με την αιτιολογία ότι δεν της δινόταν τέτοια δυνατότητα από τη διακήρυξη, σε κάθε περίπτωση, το ελεγχόμενο έργο δεν διέπεται από το κοινοτικό δίκαιο αλλά από το εθνικό δίκαιο.

Οι διατάξεις οι οποίες προβλέπουν την συνδρομή των αναγκαίων προσόντων στο πρόσωπο εταιρειών που συμμετέχουν σε διαγωνιστικές διαδικασίες πρέπει ελλείψει ειδικότερης ρητής πρόβλεψης, να ερμηνευθούν με βάση τους θεμελιώδεις κανόνες και τις αρχές του κοινοτικού δικαίου, καίτοι η σύμβαση δεν εμπίπτει λόγω ποσού στην Οδηγία, με απώτερο στόχο, να διασφαλισθεί προς όφελος όλων των αναδόχων το άνοιγμα της σύμβασης αυτής στον ανταγωνισμό. Συνεπώς, μπορούσε η εταιρεία

---

<sup>5</sup> Απόφ. VI Τμήμ. 233/2007

αυτή που δεν πληρούσε τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας να στηριχθεί στην δάνεια εμπειρία της μητρικής της επιχείρησης για να καταθέσει προσφορά. Σε κάθε περίπτωση όμως η εταιρεία αυτή θα πρέπει να αποδείξει ότι αν αναδειχθεί μειοδότηρια θα έχει στην διάθεσή της όλα τα αναγκαία μέσα.

### **β. Πότε μπορεί να προκύψει?**

Η υπεργολαβία μπορεί να προκύψει είτε κατά την εκτέλεση του έργου, είτε πριν την υπογραφή της, εφόσον αυτό προβλέπεται ως όρος στα οικεία συμβατικά τεύχη.

Υποχρεωτική Υπεργολαβία: Συντρέχει όταν η αναθέτουσα αρχή θέτει, εκ προοιμίου, την υποχρέωση ανάθεσης τμήματος της σύμβασης από τον ανάδοχο σε τρίτο ή όταν είναι γνωστό στον υποψήφιο ότι δεν μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση παρά μόνο στηριζόμενος στις δυνάμεις τρίτων, στους οποίους θα αναθέσει μέρος του αντικειμένου της σύμβασης Βασική προϋπόθεση είναι η πρόβλεψη στην διακήρυξη. (βλ. άρθρο 68παρ.1 του ν.3669/2008 όπου σε έργα με προϋπολογιζόμενη δαπάνη μεγαλύτερη του ορίου εφαρμογής της Οδηγίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να υποχρεώσει με τη διακήρυξη τους διαγωνιζόμενους, αν αναδειχθούν ανάδοχοι, να αναθέτουν σε υπεργολάβους το 30% της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης.....Η διευθύνουσα υπηρεσία μάλιστα στην περίπτωση αυτή υποχρεούται να κινήσει την διαδικασία έκπτωσης του αναδόχου, εφόσον τελικά δεν συνάψει υπεργολαβική σύμβαση.) Στη περίπτωση της υποχρεωτικής υπεργολαβίας η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει από το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής τους συμμετέχοντες που δεν υπέδειξαν υπεργολάβους.

### **γ. Η έννοια του τρίτου κατά την νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου**

Οι επιχειρήσεις που υποδεικνύονται ως υπεργολάβοι πρέπει να είναι εν τοις πράγμασι ανεξάρτητες (τρίτες) σε σχέση με τις συμμετέχουσες στο διαγωνισμό επιχειρήσεις που τις υποδεικνύουν, έτσι ώστε να εξυπηρετείται πράγματι ο σκοπός του νόμου, δηλαδή η δυνατότητα ενίσχυσης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Κριτήριο δε της ανεξαρτησίας τους είναι η διοικητική και οικονομική τους αυτοτέλεια σε σχέση με την επιχείρηση που τις υποδεικνύει, η οποία ιδίως συντρέχει όταν η μία επιχείρηση δεν κατέχει το κεφάλαιο ή τόσο μέρος του κεφαλαίου (μετοχών κ.λπ.) της άλλης που να της δίνει τη δυνατότητα επιρροής στις αποφάσεις της, δεν ασκεί κυριαρχική επιρροή στην άλλη μέσω της δυνατότητας διορισμού περισσότερων από τα μισά των μελών της διοίκησής της ή της κατοχής της πλειονότητας των ψήφων στο Δ.Σ., η δε οικονομική δραστηριότητα της μιας δεν ασκείται αποκλειστικά μέσω της αποκλειστικής δραστηριότητας της άλλης.<sup>6</sup> Πρόκειται για μια ερμηνευτική εκδοχή που ευνοούσε τη δυνατότητα πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, ώστε να υπάρξει δίκαιος καταμερισμός κινδύνων και κερδών, η οποία από οικονομικής απόψεως είναι συμφέρουσα εφόσον οδηγεί στη μείωση του κόστους διεκπεραίωσης και του χρηματοοικονομικού κινδύνου.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Αποφ. VI Τμήμ. 676/2012

<sup>7</sup> Βλ. μειοψηφία στην απόφ. Μείζ. Συνθ 1434/2012, όπου τελικώς, ακολουθήθηκε η στενή ερμηνεία της έννοιας του " τρίτου " σύμφωνα με την οποία δεν αρκεί η νομική και τυπική αυτοτέλεια της εταιρείας έναντι της αναδόχου, εφόσον αυτή ανήκει στο δυναμικό της αναδόχου με την ενεργό συμμετοχή της σε κάθε είδους αποφάσεις του Δ.Σ.

Δυνητική Υπεργολαβία: Είναι αυτή που θα προκύψει το πρώτον κατά την εκτέλεση της σύμβασης και οφείλεται σε γεγονότα που δεν ήταν γνωστά κατά την υπογραφή της.

Το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε τα ακόλουθα:<sup>8</sup>

α) Η ανάγκη ύπαρξης ρητής πρόβλεψης στη διακήρυξη και συνακόλουθα, η υποχρέωση κάθε υποψηφίου να γνωστοποιήσει την πρόθεσή του να συνάψει υπεργολαβία καθώς και την ταυτότητα του υπεργολάβου αφορά μόνο στις περιπτώσεις υποχρεωτικής ανάθεσης τμήματος της σύμβασης σε τρίτο και δεν αναφέρεται στην δυνητική υπεργολαβία, διότι στην τελευταία περίπτωση, αυτή αναφέρεται σε πραγματικά γεγονότα που προέκυψαν κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και δεν ήταν γνωστά εξ αρχής, κατά την δημοπράτηση του έργου.

β) Η ανάγκη έγκρισης στην υποχρεωτική υπεργολαβία δεν υφίσταται δοθέντος ότι, όταν κρίνεται τεχνικά αποδεκτή η προσφορά, στην οποία αναφέρεται το τμήμα της σύμβασης και ο υπεργολάβος που θα το εκτελέσει, η έγκριση αυτής (υπεργολαβίας) έχει συντελεστεί, μέσω της έγκρισης της προσφοράς. Η ανάγκη έγκρισης αναφέρεται σε υπεργολαβία που δύναται να προκύψει σε χρόνο μεταγενέστερο της υπογραφής της σύμβασης, οπότε δεν είναι γνωστά, ούτε τα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν στην ανάγκη κατάρτισής της, ούτε το πρόσωπο του υπεργολάβου.

γ) Όρος σε συμβατικό κείμενο με τον οποίο επιτρέπεται η υπεργολαβική εκτέλεση τμημάτων του έργου μετά από έγγραφη έγκριση του εργοδότη αναφέρεται στην υπεργολαβία που δυνητικά μπορεί να προκύψει κατά την εκτέλεση της σύμβασης και είναι νόμιμος στο μέτρο που παραπέμπει στην πιστή εφαρμογή των διατάξεων όσον αφορά την έγκριση αυτής από την Προϊσταμένη Αρχή, τις προϋποθέσεις ανάθεσης αυτής, καθώς και το ποσοστό του συμβατικού αντικειμένου που πρόκειται να εκτελεσθεί.

Με την ίδια απόφαση του (2118/2013) το VI Τμήμα αποφαινόμενο επί αιτήσεως ανακλήσεως κατά πράξεως του Ε Κλιμακίου με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή σχεδίου συμβάσεως του έργου “ Αναβάθμιση Κεντρικού Κτιρίου του Γενικού Νοσοκομείου Πατρών –Ο ΑΓΙΟΣ ΑΝΔΡΕΑΣ και Προμήθεια /Εγκατάσταση Ιατρικού Ξενοδοχειακού και Λοιπού Εξοπλισμού” μεταξύ της ΔΕΠΑΝΟΜ Α.Ε. και της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ΕΚΤΕΡ Α.Ε. έκρινε τα ακόλουθα: α) Όρος της διακήρυξης με τον οποίο για να είναι παραδεκτή η συμμετοχή κοινοπραξιών στο διαγωνισμό απαιτείται όπως κάθε μέλος αυτής να είναι εγγεγραμμένο στην 5<sup>η</sup> ή 6<sup>η</sup> τάξη του ΜΕΕΠ και στις δύο κατηγορίες εργασιών (οικοδομικά και ηλεκτρολογικά) αντίκειται στις διατάξεις των άρθρων 39.42.44 και 46 παρ.3 και 4 του πδ 60/2007 οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση (δεσμία αρμοδιότητα) της αναθέτουσας αρχής να αποδέχεται την καταρχήν συμμετοχή στο διαγωνισμό κοινοπραξιών, οι οποίες καλύπτουν μέσω ικανοτήτων των μελών τους τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

β) Στην επιλογή των κριτηρίων για την αξιολόγηση της τεχνικής καταλληλότητας υποψηφίων η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια, πλην κατά την επιλογή των πιο πρόσφορων από αυτά δεσμεύεται απολύτως να τηρεί τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας.

γ) Ο όρος αυτός συνιστά περιορισμό που εμποδίζει αδικαιολόγητα την ανάπτυξη ανταγωνισμού και τη συμμετοχή, όσο το δυνατόν περισσότερων υποψηφίων, χωρίς επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος.

---

<sup>8</sup> Απόφ. VI Τμήμ. 2118/2013

δ) Η επίκληση λόγων δημοσίου συμφέροντος όπως η προστασία της υγείας ή λόγων που ανάγονται στην πολυπλοκότητα του έργου δεν δικαιολογούν τον περιορισμό αυτό, ούτε τον καθιστούν ανάλογο, δοθέντος ότι, στην διακήρυξη προβλέπεται η δυνατότητα σύμπραξης με τη μορφή δάνειας εμπειρίας και η σύσταση υπεργολαβίας.

#### **δ. Η εφαρμογή του άρθρου 39 του π.δ.28/1980.**

Ας ξαναγυρίσουμε στο άρθρο 39 του π.δ.28/1980 και στην προβληματική εφαρμογή του για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, όπου ο προϋπολογισμός της σχετικής υπηρεσίας δεν εμπίπτει στα όρια εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου.

Μέχρι την έκδοση του πδ που προβλέπει το άρθρο 209 παρ.2 του ΔΚΚ εφαρμόζεται το πδ 28/1980, το οποίο έχει αναλογική εφαρμογή στις υπηρεσίες. Εδώ ερχόμαστε να καλύψουμε ένα κενό δικαίου με την αναλογική εφαρμογή μιας διάταξης όπου κατ' ουσία ο νομοθέτης μας μιλά για εκχώρηση / υποκατάσταση.

Έχουμε συνεπώς δύο ζητήματα να επιλύσουμε: α) Στις συμβάσεις που φέρονται ως υπεργολαβίες αλλά δεν είναι, δοθέντος ότι ο φερόμενος ως υπεργολάβος ανέλαβε το σύνολο των εργασιών και έχουμε εν τοις πράγμασι μεταβολή στο πρόσωπο του παρόχου των υπηρεσιών, χωρίς κάτι τέτοιο να υποβληθεί για έγκριση, αλλά και ούτε καν να γνωστοποιηθεί στο κύριο του έργου. Ούτε εξάλλου η σύμβασή τους προσιδιάζει σε υποκατάσταση, διότι όπως προκύπτει από τη σχετική σύμβαση, δεν έχουμε μεταβίβαση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στη νέα εταιρεία η οποία υπεισέρχεται στη σχέση μεταξύ του Δήμου και του αρχικού αναδόχου. Άλλωστε στην περίπτωση που ήρθε ενώπιον μας ο ίδιος ο διατάκτης της δαπάνης (Δήμος) ισχυρίστηκε ότι ουδέποτε έλαβε χώρα υποκατάσταση, η δε σχετική βεβαίωση καλής εκτέλεσης εργασιών της σύμβασης καθώς και το τιμολόγιο εκδόθηκαν στο όνομα του αρχικού αναδόχου και αυτό διότι στην Συγγραφή Υποχρεώσεων, υπήρχε ρητός όρος που απαγόρευε την υποκατάσταση.<sup>9</sup>

Αυτό που δεχθήκαμε είναι ότι η σύμβαση αυτή, η οποία καταρτίστηκε την ίδια ημέρα που καταρτίστηκε η σύμβαση με τον αρχικό ανάδοχο και αναφέρεται στην υπεργολαβική εκτέλεση του συνόλου των εργασιών όχι σε οποιοδήποτε τρίτο, αλλά σε εταιρεία που μετείχε στο διαγωνισμό με την υψηλότερη οικονομική προσφορά από την ανάδοχο, που δεν προσιδιάζει σε υπεργολαβία, αλλά ούτε και σε υποκατάσταση είναι άκυρη και δεν παράγει αποτελέσματα, δοθέντος ότι ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού της από τον ελεγχόμενο Δήμο, εν τοις πράγμασι άλλαξε το πρόσωπο του παρόχου των υπηρεσιών και αυτό συνιστά ουσιώδη μεταβολή όρου της αρχικής σύμβασης, η οποία υποκρύπτει σύναψη νέας σύμβασης, η ουσιώδης αυτή μεταβολή δεν υποβλήθηκε για έγκριση, ούτε καν γνωστοποιήθηκε στο κύριο του έργου.

Σε μια άλλη ενδιαφέρουσα περίπτωση<sup>10</sup> ελέγξαμε σύμβαση που δεν προσιδιάζε, ούτε σε υπεργολαβία, αλλά ούτε και σε υποκατάσταση, η οποία όμως, σε κάθε περίπτωση δεν ενεργοποιήθηκε ποτέ, δοθέντος ότι, η σύμβαση εκτέλεσης του έργου λειτούργησε μόνο μεταξύ του Δήμου και του αρχικού αναδόχου, ενώ η φερόμενη ως σύμβαση υπεργολαβίας και η δήλωση του αναδόχου ότι αποδέχεται την εκχώρηση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης και της σχετικής απαιτήσεις της δήθεν υπεργολάβου εταιρείας σε τρίτη εταιρεία λειτούργησε κατά βάση για να διευθετηθούν εσωτερικές οικονομικές σχέσεις μεταξύ των μερών.

β) Στις συμβάσεις που είναι πράγματι υπεργολαβίες, δοθέντος ότι συμφωνήθηκε η ανάθεση μέρους των πιστοποιηθεισών εργασιών τις οποίες επίσης τις κρίνουμε

<sup>9</sup> Βλ. Πράξη Κλιμ. στο VII Τμήμα 139/2014, Πράξη VII Τμήμ.40/2014, καθώς και όμοια 25/2014

<sup>10</sup> Πράξη Κλιμ. στο VII Τμήμ.9/2015

παράνομες, αφού όπως προκύπτει ουδέποτε, ζητήθηκε η έγκριση από το Δ.Σ. του Δήμου όπως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 39 του πδ.28/1980.<sup>11</sup>

Εδώ βρεθήκαμε ενώπιον κενού δικαίου και εφαρμόσαμε αναλογικά σε υπεργολαβική εκτέλεση εργασιών, διάταξη που μιλά για υποκατάσταση, γιατί θα ήταν λογικώς άτοπο να προβλέπεται η υποκατάσταση και να λειτουργεί υπό προϋποθέσεις και να αποκλείεται η υπεργολαβία λαμβάνοντας υπόψη ότι, η τελευταία, ως θεσμός, ενθαρρύνεται και από το κοινοτικό δίκαιο, και αυτό διότι δεν αλλάζουν τα πρόσωπα των συμβαλλομένων, αφού ο υπεργολάβος δεν υπεισέρχεται στη σχέση μεταξύ του αρχικού αναδόχου (παρόχου υπηρεσιών) και του κυρίου του έργου. (Μετά το ν.4281/2014, το διάταγμα αυτό έχει κατά το μεγαλύτερο μέρος του καταργηθεί, εκτός από κάποιες διατάξεις του μεταξύ των οποίων και η διάταξη του άρθρου 39 η οποία διατηρείται σε ισχύ μέχρι να εκδοθούν οι κανονισμοί περί ανάθεσης και εκτέλεσης συμβάσεων των άρθρων 172 και 178 του ν.4281/2014.) Η λύση αυτή ήταν η μόνη δυνατή, προκειμένου να ενεργήσουμε τον προληπτικό έλεγχο των σχετικών δαπανών, δοθέντος ότι, με το όχημα της υπεργολαβίας, οι Δήμοι, πολλάκις, αλλάζουν το πρόσωπο του παρόχου των υπηρεσιών και εκχωρούν κατ' ουσία την σύμβαση που αρχικώς ανατέθηκε σε νέο πρόσωπο. Στις περισσότερες όμως ελεγχόμενες περιπτώσεις, οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των εργασιών της σύμβασης καθώς και το τιμολόγιο παροχής των υπηρεσιών εκδίδεται στο όνομα της αρχικής αναδόχου, η οποία είναι και η φερόμενη ως δικαιούχος του εντάλματος, ενώ στην πραγματικότητα, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου η σύμβαση εκτελέστηκε από το νέο πρόσωπο. Η εκτέλεση της ελεγχόμενης σύμβασης πραγματοποιήθηκε από τρίτο πρόσωπο το οποίο φέρεται ως τρίτος, πλην όμως είναι στην ουσία ο νέος πάροχος των υπηρεσιών, ο οποίος εγκαταστάθηκε στη σύμβαση, κατά καταστρατήγηση των διατάξεων του άρθρου 39 του π.δ.29/1980 και κατά παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης, ο οποίος απαγόρευε τη εκχώρηση της σύμβασης, άλλως την υποκατάσταση.

### **3· Τα προβλήματα που δημιουργεί η υποκατάσταση του αναδόχου κατά την εκτέλεση έργου ή μελέτης.**

Η υποκατάσταση είναι θεσμός του εθνικού δικαίου και τίθεται υπό αμφισβήτηση η συμβατότητά της με το κοινοτικό δίκαιο, αφού υπεισέρχεται στη σύμβαση ένα τρίτο πρόσωπο, το οποίο δεν μετείχε καν στη διαδικασία ανάθεσης και αποκομίζει οικονομικά οφέλη από την εκτέλεση της σύμβασης αυτής.

Στην υπόθεση C-496/1999 *succhi di frutta* τέθηκε ζήτημα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

Στην υπόθεση αυτή, ο προσφεύγων ζήτησε να διαλυθεί η σύμβαση που ανατέθηκε σε συνυποψήφιό του και να επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός ισχυριζόμενος ότι, το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης αλλοιώθηκε σοβαρά με τη συμφωνία μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου του έργου.

Το Δικαστήριο έκρινε ότι η τήρηση των αρχών του κοινοτικού δικαίου δεν παύει μετά την ανάθεση της σύμβασης, συνεχίζεται δε και κατά την εκτέλεση και μέχρι το πέρας του σταδίου αυτής. Θα μπορούσε, καταρχήν, η αναθέτουσα αρχή να διατηρήσει το δικαίωμά της να προβεί σε τέτοιες τροποποιήσεις, εφόσον θέσει ρητό όρο στην διακήρυξη και τον περιγράψει με ορισμένο τρόπο. Εφόσον όμως κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται (δυνατότητα αλλοίωσης) στην διακήρυξη και η αναθέτουσα αρχή δεν

<sup>11</sup> Βλ Πράξη Κλιμ. στο VII Τμήμα 18/2015

επιθυμεί την εκτέλεση της σύμβασης με την αρχική της μορφή, η μόνη λύση είναι η διάλυση της σύμβασης και η επαναπροκήρυξή της με την αλλοιωμένη μορφή.

Με την Υπόθεση C-454/2006 *Pressetext* το Δικαστήριο έκρινε ότι στοιχειοθετείται αλλοίωση του αντικειμένου της σύμβασης όταν τροποποιούνται ουσιώδεις όροι της σύμβασης ή δηλώνεται η βούληση των μερών να αναδιαπραγματευθούν ουσιώδεις όρους της σύμβασης αυτής. Τότε οι τροποποιήσεις των όρων δημόσιας σύμβασης, κατά την διάρκεια αυτής, συνιστούν εν τοις πράγμασι σύναψη νέας σύμβασης

Αυτό συμβαίνει όταν προστίθενται όροι κατά την εκτέλεση της σύμβασης, οι οποίοι: α) Αν αποτελούσαν μέρος της διαδικασίας θα είχαν οδηγήσει σε συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που έγιναν αρχικώς δεκτοί.

β) η τροποποίηση που επήλθε αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης ή της συμφωνίας πλαίσιο υπέρ του αναδόχου κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση ή συμφωνία –πλαίσιο

γ) Η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης (σκέψεις 34-37 στην υπόθεση αυτή)

Σημειωτέον ότι οι βασικές σκέψεις της απόφασης στην υπόθεση C-454/2006 *Pressetext* έχουν υιοθετηθεί ήδη στο άρθρο 177 του ν.4281/2014, καθώς και στην σκέψη 28 στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ

Η μεταβολή στο πρόσωπο του αναδόχου, κατά την πρόταση του εισαγγελέα, που υιοθέτησε η απόφαση αυτή<sup>12</sup> συνιστά ουσιώδη τροποποίηση όρου σύμβασης, αφού τρίτος υπεισέρχεται στη θέση του αναδόχου, ο οποίος είναι συνυπεύθυνος με τον αρχικό ανάδοχο, αν δε έχει συμφωνηθεί υποκατάσταση με απαλλαγή συνιστά τον νέο ανάδοχο ο οποίος αναλαμβάνει εν όλω ή εν μέρει την εκτέλεση της σύμβασης και αποκομίζει οφέλη από τη σύμβαση αυτή.

Η υποκατάσταση υποκρύπτει, στην ουσία, μια απευθείας ανάθεση, αφού το έργο ή μέρος αυτού που δεν μπορεί να εκτελεστεί από τον αρχικό ανάδοχο ανατίθεται σε νέο πρόσωπο, χωρίς διαγωνιστική διαδικασία. Από την άλλη μεριά, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται κανείς ότι μπορεί ο ανάδοχος ή πάροχος υπηρεσιών να μην μπορεί να ανταποκριθεί για οποιοδήποτε λόγο στις ανάγκες της σύμβασης και να πρέπει να αντικατασταθεί από άλλο πρόσωπο. Θεμιτή η αντικατάστασή του κατά το Δικαστήριο σε δύο περιπτώσεις α) όταν πρόκειται για υπεργολαβία η οποία όπως είπαμε ενθαρρύνεται από το κοινοτικό δίκαιο, και β) όταν έχουμε οργανωτικές αλλαγές αμιγώς εσωτερικής φύσεως (τις λεγόμενες *in house* συμβάσεις) όπου ο ανάδοχος ελέγχει πλήρως, τον υποκατάστατό του σαν να πρόκειται για δική του υπηρεσία. (Υπόθεση C-454/2006 *Pressetext*: Εκχώρηση της σύμβασης υπηρεσιών από τον αρχικό ανάδοχο στην θυγατρική του εταιρεία της οποίας κατέχει το μετοχικό κεφάλαιο κατά 100 %. Το Δικαστήριο της Αυστρίας έθεσε το ερώτημα εάν η συγκεκριμένη εκχώρηση συνιστά νέα σύμβαση και συνεπώς θα έπρεπε γι' αυτήν να τηρηθούν οι διατάξεις της Οδηγίας. Στην περίπτωση αυτή κρίθηκε ότι επειδή ο ανάδοχος ελέγχει πλήρως τον υποκατάστατό του, δεν υφίσταται νόθευση ανταγωνισμού και δεν υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της σύμβασης)

Μια πιο συμβατή, κατά τη γνώμη μου, με το κοινοτικό δίκαιο μορφή υποκατάστασης και σε συμμόρφωση με την νομολογία που προαναφέρθηκε, θα ήταν επίσης, να υπεισέλθει στην θέση του αναδόχου όχι ο οποιοσδήποτε τρίτος που δεν έχει εκτεθεί στον ανταγωνισμό και παρόλα αυτά απολαμβάνει τα οικονομικά οφέλη

<sup>12</sup> Βλ. Σκέψη 40 της απόφ. επί της υπόθεσης C-454/2006 *Pressetext*



μιας σύμβασης αλλά ο επόμενος στη σειρά κατάταξης στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, όπως ακριβώς προβλέπεται στην περίπτωση του άρθρου 61 παρ.13 του ν.3669/2008 μετά την έκπτωση του αναδόχου. Το πρόβλημα συνεπώς, που αναδεικνύεται εντονότερα μετά το ν.4281/2014 και τις νέες Οδηγίες είναι ότι, όλες αυτές οι διατάξεις του εθνικού δικαίου που σας προανέφερα, οι οποίες ρυθμίζουν το θέμα της υποκατάστασης του αναδόχου, θα πρέπει να επανεξεταστούν υπό το φως της νομολογίας του Δικαστηρίου και των νέων διατάξεων που υιοθέτησαν στην ουσία την νομολογία αυτή και να θεσπισθούν ρυθμίσεις στο θέμα αυτό, που θα είναι συμβατές και κυρίως θα προάγουν τις βασικές αρχές του κοινοτικού δικαίου.

Απαιτείται σαφώς η αυστηροποίηση των προϋποθέσεων στην υποκατάσταση του αναδόχου, εφόσον η αλλαγή στο πρόσωπο του αναδόχου συνιστά ουσιώδη τροποποίηση στην σύμβαση, η οποία θα οδηγούσε στην εκκίνηση της νέας διαδικασίας για τη σύναψη της σύμβασης, όμως από την άλλη μεριά, θα πρέπει να εφευρεθούν εκείνες οι ασφαλιστικές δικλείδες ώστε να βρεθεί το κατάλληλο πρόσωπο, το οποίο θα είναι ικανό να συνεχίσει την ημιτελή σύμβαση, χωρίς να μεσολαβήσει η εκκαθάριση της ημιτελούς και η επαναδημοπράτηση των εργασιών που υπολείπονται από την αρχική σύμβαση.