

Αθήνα, 3.12.2011

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Συνέπειες από τον υποβιβασμό τάξης στο Μ.Ε.ΕΠ. εργ. επ/σης μέλους κ/ξίας κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου.

Ανώνυμη εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Στην περίπτωση που η μία από τις δύο εργοληπτικές επιχειρήσεις που έχουν συστήσει κοινοπραξία υποβιβαστεί τάξη στο ΜΕΕΠ είναι υποχρεωτική η αποβολή της από την κοινοπραξία και η υποκατάστασή της από άλλη εταιρεία;

Εάν όχι, είναι δυνατή υποκατάστασή της από άλλη εταιρείας και υπό ποιες προϋποθέσεις;»

Η απάντησή μου στα ανωτέρω ερωτήματα έχει ως ακολούθως:

1. Αναφορικά με το πρώτο ερώτημα υπάρχουν διστάμενες απόψεις:

1.1. Τα άρθρα 15 και 16 του Ν. 1418/1984 καθορίζουν τις προϋποθέσεις ανάληψης της κατασκευής δημοσίων έργων από εργοληπτικές επιχειρήσεις. Για τις ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις κύρια και απαραίτητα προϋπόθεση για την ανάληψη της κατασκευής δημοσίου έργου είναι η εγγραφή τους στις αντίστοιχες με το εκτελούμενο έργο τάξεις και κατηγορίες έργων του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. (Μ.Ε.ΕΠ.).

Από τη γραμματική αλλά και την τελολογική ερμηνεία των εν προκειμένω εφαρμοστέων διατάξεων συνάγεται ότι η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ., ως απαραίτητα προϋπόθεση ανάληψης της κατασκευής δημοσίου έργου, πρέπει να ισχύει καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου μέχρι και την αποπεράτωσή του. Το συμπέρασμα αυτό υποστηρίζεται όχι απλώς από τη γλωσσική διατύπωση των σχετικών διατάξεων, όπου γίνεται επανειλημμένως χρήση της λέξης «κατασκευή», αλλά και από τον σκοπό που εξυπηρετούν οι περί Μ.Ε.ΕΠ. διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. Η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. αποτελεί μεν μία τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς και την ανάληψη της κατασκευής δημοσίων έργων, ο σκοπός όμως που επιδιώκεται μέσω του πλέγματος των διατάξεων περί Μ.Ε.ΕΠ. είναι

προεχόντως ουσιαστικός: Να διασφαλιστεί ότι τα δημόσια έργα θα αναλαμβάνουν και θα κατασκευάζουν εργοληπτικές επιχειρήσεις που έχουν πιστοποιηθεί μέσω θεσμοθετημένων διαδικασιών ότι διαθέτουν την τεχνική καταλληλότητα, την οικονομική επάρκεια, την απαιτούμενη στελέχωση με εξειδικευμένο τεχνικό προσωπικό, τον αναγκαίο μηχανολογικό εξοπλισμό καθώς και την εμπειρία και τεχνογνωσία, ώστε να είναι σε θέση να ολοκληρώσουν την κατασκευή άρτιων τεχνικών έργων, που κύρια λειτουργία έχουν την εξυπηρέτηση του ευρύτερου κοινωνικού συνόλου. Η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ., δηλ. το εργοληπτικό πτυχίο, αποτελεί το προϊόν της διαδικασίας αξιολόγησης μιας εργοληπτικής επιχείρησης ως προς τη συνδρομή των αναγκαίων ουσιαστικών προϋποθέσεων για την ανάληψη της κατασκευής δημοσίων έργων και οριοθετεί τη δυνατότητα ανάληψης και εκτέλεσης δημοσίων έργων και ως προς το ύψος του προϋπολογισμού τους αλλά και ως προς το τεχνικό τους αντικείμενο. Ως εκ τούτου, η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. και μάλιστα στις καλούμενες τάξεις και κατηγορίες του έργου αποτελεί κατ' αρχήν θεμελιώδη προϋπόθεση της νομιμότητας κατασκευής δημοσίου έργου από εργοληπτική επιχείρηση· η εγγραφή δε αυτή πρέπει να ισχύει καθ' όλη τη διάρκεια της κατασκευής του έργου, όχι μόνο κατά τον χρόνο της ανάθεσής του.

Κατ' αντιδιαστολή συνάγεται, ότι μία εργοληπτική επιχείρηση που διαγράφεται από το Μ.Ε.ΕΠ. όχι μόνο παύει να πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις, αλλά επιπροσθέτως τεκμαίρεται ότι έχει απολέσει και τις ουσιαστικές προϋποθέσεις ανάληψης και κατασκευής δημοσίων έργων και, ως εκ τούτου, όχι μόνο δεν δικαιούται – μετά τη διαγραφή της από το Μ.Ε.ΕΠ. – να μετέχει σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων με σκοπό την ανάληψη νέων έργων, αλλά στερείται πλέον της κατά νόμο δυνατότητας να εξακολουθεί να εκτελεί και τα ήδη αναληφθέντα από αυτή δημόσια έργα, τα οποία ευρίσκονταν σε εξέλιξη κατά τον χρόνο που η επιχείρηση απώλεσε το εργοληπτικό πτυχίο της. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου το αυτό ισχύει και για την περίπτωση υποβιβασμού εργοληπτικής επιχείρησης σε μη καλούμενη, για το έργο που εκτελεί, τάξη του Μ.Ε.ΕΠ.

1.2. Βεβαίως, ως προς το προκείμενο ζήτημα έχει εκδοθεί η υπ' αριθ. 270/2001 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, η οποία αποφάνθηκε ότι από τη διαγραφή μιας επιχείρησης από το Μ.Ε.ΕΠ. δεν επηρεάζονται οι εκκρεμείς εργολαβίες της επιχείρησης. Το Νομικό Συμβούλιο, ωστόσο, κατέληξε στην ανωτέρω κρίση του στηριζόμενο στη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 5 της απόφασης του Υπουργού ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. με αριθμό Δ17α/03/74/Φ.Ν.312/16-12-94, η οποία όριζε επί λέξει τα εξής: «*Εκκρεμείς σχέσεις των επιχειρήσεων δεν θίγονται από την τυχόν διαγραφή τους αλλά*

διέπονται από τις ειδικές σχετικές κατά περίπτωση διατάξεις». Επί τη βάση της ανωτέρω διάταξης το ΝΣΚ έκρινε ότι «ο νομοθέτης, κατ' εξουσιοδότηση του οποίου εκδόθηκε η απόφαση, δεν επιθυμεί να επηρεάζονται εκκρεμείς εργολαβίες από την διαγραφή επιχείρησης από το Μ.Ε.ΕΠ., αλλά να συνεχίζονται κατά τις περί τούτων διατάξεις».

Όμως, η ανωτέρω υπουργική απόφαση έχει πλέον καταργηθεί στο σύνολό της με το άρθρο 9 του Ν. 2940/2001 και έχει αντικατασταθεί από την Υ.Α. Δ15/ΟΙΚ/1056/31.1.2006, όπως ισχύει σήμερα «*Διαδικασία τήρησης Μ.Ε.Ε.Π. & Νομαρχ/κών Μητρώων-Συγκρότηση & λειτουργία Επιτροπής Μ.Ε.Ε.Π.*» (ΦΕΚ Β' 102/2006). Η εν λόγω υπουργική απόφαση δεν περιέχει διάταξη αντίστοιχη με την προαναφερθείσα, επί της οποίας στηρίχτηκε η ΓνΝΣΚ 270/2001. Αντιθέτως, περιέχει διάταξη (άρθρ. 5 παρ. 2) σύμφωνα με την οποία, για τις ανάγκες ανάθεσης και εκτέλεσης των έργων ο υποβιβασμός της εργ. επιχείρησης στο Μ.Ε.ΕΠ. κατόπιν έκτακτης αναθεώρησης του πτυχίου της με πρωτοβουλία της υπηρεσίας ανατρέχει στον χρόνο επέλευσης της κρίσιμης μεταβολής, που αποτέλεσε τον λόγο του υποβιβασμού της. Η ανωτέρω διάταξη έχει κωδικοποιηθεί στο άρθρο 98 παρ. 2 του Κώδικα Δημοσίων Έργων (Κ.Δ.Ε. – Ν. 3669/2008), που έχει ως ακολούθως:

«2. Αν με υπαιτιότητα της επιχείρησης οι μεταβολές δεν γνωστοποιηθούν και δεν αναπληρωθούν οι ελλείψεις εμπρόθεσμα, επέρχονται οι ακόλουθες συνέπειες, όταν με οποιονδήποτε τρόπο ο μεταβολές περιέλθουν σε γνώση της υπηρεσίας : α) η επιχείρηση χάνει το δικαίωμα να αναπληρώσει τις ελλείψεις και κινείται η διαδικασία έκτακτης αναθεώρησης της κατάταξής της στο ΜΕΕΠ, β) για τις ανάγκες ανάθεσης και εκτέλεσης των έργων η αναθεώρηση του πτυχίου της επιχείρησης ανατρέχει στο χρόνο επέλευσης της κρίσιμης μεταβολής.»

Η διατύπωση της προπαρατεθείσας διάταξης είναι αρκούντως σαφής ώστε να μην επιδέχεται διαφορετική ανάγνωση. Ο υποβιβασμός της εργοληπτικής επιχείρησης όχι μόνο ασκεί επίδραση στις εκκρεμείς εργολαβίες της, αλλά επιπροσθέτως έχει αναδρομική ισχύ για τις ανάγκες ανάθεσης και εκτέλεσης των έργων. Άρα, αντιθέτως με το προϊσχύσαν νομικό καθεστώς – υπό το πρίσμα του οποίου είχε εκδοθεί η ΓνΝΣΚ 270/2001 –, με βάση το σήμερα ισχύον θεσμικό πλαίσιο μία εργοληπτική επιχείρηση που διαγράφεται από το Μ.Ε.ΕΠ. ή υποβιβάζεται σε τάξη, με αποτέλεσμα να μην ανήκει πλέον στις καλούμενες τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. για την εκτέλεση δημοσίου έργου του οποίου είναι ανάδοχος, κωλύεται να συνεχίσει την εκτέλεση του έργου και αποβάλλεται υποχρεωτικώς από αυτό, με τον ειδικότερο τρόπο που εκτίθεται στην αμέσως επόμενη παράγραφο.

2.1. Όσον αφορά το δεύτερο ερώτημα, σχετικά με την τύχη της εργολαβίας της οποίας ο ανάδοχος ή το μέλος της αναδόχου κοινοπραξίας χάνει το εργοληπτικό του πτυχίο ή υποβιβάζεται σε μη καλούμενη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. με συνέπεια να μη διαθέτει πλέον τη νομική ικανότητα να συνεχίσει την εκτέλεση του έργου, δεν υφίσταται στο ισχύον δίκαιο ρητή ρύθμιση του θέματος και ως εκ τούτου η όποια λύση κατ' ανάγκη θα προκύψει ερμηνευτικά.

Κατά τη γνώμη μου, η ορθότερη λύση είναι να εφαρμοσθούν αναλογικά οι διατάξεις του άρθρου 70 του Κ.Δ.Ε. περί πτώχευσης ή θανάτου του αναδόχου. Από απόψεως εννόμων συνεπειών ως προς την ικανότητα του αναδόχου να συνεχίσει την εκτέλεση του δημοσίου έργου, η πτώχευση ή ο θάνατος του αναδόχου αποτελούν γεγονότα ισοδύναμα με τη διαγραφή του από το Μ.Ε.ΕΠ. ή τον υποβιβασμό του σε τάξη που του στερεί τη δυνατότητα να εκτελέσει το έργο. Και τούτο, διότι όλα αυτά τα γεγονότα έχουν ως άμεση έννομη συνέπεια τη νομική αδυναμία του αναδόχου να συνεχίσει να εκτελεί το δημόσιο έργο επ' ονόματί του. Στην περίπτωση πτώχευσης ή θανάτου οι προαναφερθείσες διατάξεις ορίζουν ότι η εργολαβία διαλύεται αυτοδίκαια. Επομένως, ελλείψει ρητής νομοθετικής ρύθμισης, η ίδια λύση (αυτοδίκαιη διάλυση της εργολαβίας) θα πρέπει να δοθεί και στην περίπτωση της διαγραφής της εργοληπτικής επιχείρησης από το Μ.Ε.ΕΠ. ή του υποβιβασμού της σε μη καλούμενη για το συγκεκριμένο έργο τάξη.

Εάν η υποβιβασθείσα εργοληπτική επιχείρηση είναι μέλος κοινοπραξίας, τότε εφαρμόζονται αναλογικώς οι διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 70 του Κ.Δ.Ε.. Εν προκειμένω, εφόσον τα μέλη της κοινοπραξίας είναι δύο και υποβιβασθεί σε μη καλούμενη τάξη το ένα από αυτά, κατ' ανάλογο εφαρμογή των προβλέψεων της παρ. 2 του άρθρου 70 του Κ.Δ.Ε., η κοινοπραξία πρέπει να θεωρείται διαλυμένη ως προς τον κύριο του έργου και η εργολαβία συνεχίζεται υποχρεωτικά για το σύνολο του έργου από το άλλο μέλος μόνο.

2.2. Η υιοθέτηση της προαναφερθείσας ερμηνευτικής εκδοχής δεν αφήνει περιθώριο για την υποκατάσταση του υποβιβασθέντος μέλους της κοινοπραξίας. Και τούτο, διότι η υποκατάσταση είναι θεσμός στον οποίο συμμετέχει η εν ενεργεία ανάδοχος εργοληπτική επιχείρηση· μάλιστα, σχεδόν πάντα η διαδικασία υποκατάστασης κινείται με πρωτοβουλία της. Δεν νοείται υποκατάσταση αναδόχου μετά την καθ' οιονδήποτε τρόπο διάλυση της εργολαβίας. Επομένως, εφόσον γίνει δεκτή η ερμηνευτική εκδοχή σύμφωνα με την οποία εφαρμόζονται αναλογικώς οι διατάξεις περί πτώχευσης ή θανάτου του αναδόχου και επέρχεται αυτοδίκαιη διάλυση της εργολαβίας, υποκατάσταση δεν είναι δυνατή.

Βεβαίως, εάν υιοθετηθεί η ερμηνευτική εκδοχή που υποστηρίζεται από τη ΓνΝΣΚ 270/2001, η εργολαβία δεν διαλύεται και, συνεπώς, δύναται να λάβει χώρα υποκατάσταση του μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας, εφόσον υπάρξει προς τούτο έγκριση του κυρίου του έργου. Ωστόσο, όπως τονίσθηκε και προηγουμένως, η εν λόγω γνωμοδότηση έχει εκδοθεί υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, που προέβλεπε ότι δεν θίγονται οι εκκρεμείς σχέσεις της εργοληπτικής επιχείρησης από τη διαγραφή ή υποβιβασμό της στο Μ.Ε.ΕΠ.. Πλέον τέτοια ρύθμιση δεν υφίσταται· αντιθέτως, υφίσταται ρύθμιση που προβλέπει ότι οι εκκρεμείς σχέσεις της εργοληπτικής επιχείρησης κατά την ανάθεση και εκτέλεση των έργων θίγονται και μάλιστα αναδρομικώς. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι η ανωτέρω γνωμοδότηση δεν έχει πλέον εφαρμογή υπό το σήμερα ισχύον καθεστώς και ότι υποκατάσταση μέλους κοινοπραξίας δεν είναι δυνατή στη συγκεκριμένη περίπτωση.

3.1. Συνοψίζοντας τα προαναφερθέντα, η απάντησή μου στο υποβληθέν ερώτημα έχει ως εξής:

Σε περίπτωση υποβιβασμού εργοληπτικής επιχείρησης – μέλους αναδόχου κοινοπραξίας σε τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. που δεν της επιτρέπει την ανάληψη και εκτέλεση του έργου, η κοινοπραξία διαλύεται αυτοδικαίως και το έργο συνεχίζεται από το άλλο μέλος μόνο, υπό την προϋπόθεση ότι και αυτό πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου για την αυτοτελή εκτέλεση του έργου. Υποκατάσταση δεν είναι δυνατή σ' αυτή την περίπτωση.

3.2. Για την πληρότητα της απάντησης, πάντως, πρέπει να αναφέρω, ότι η πρακτική που συνήθως ακολουθείται από τις υπηρεσίες κατά την εκτέλεση των δημοσίων έργων δεν είναι πάντα τόσο αυστηρή. Αρκετά συχνά, σε περιπτώσεις απώλειας του εργοληπτικού πτυχίου της επιχείρησης ή υποβιβασμού της σε μη καλούμενη για το έργο τάξη οι υπηρεσίες «κάνουν τα στραβά μάτια» και επιτρέπουν τη συνέχιση της εκτέλεσης του έργου από τον παλαιό ανάδοχο. Αυτή η τακτική μπορεί να εξυπηρετεί την ταχύτητα της εκτέλεσης του έργου και να αποτρέπει χρονοβόρες εμπλοκές, ωστόσο δεν είναι σύνηθες, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.