

Αθήνα, 10.2.2012

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Θεσμός υποχρεωτικής υπεργολαβίας – επιτρεπτό ιδιοκτησιακής συνάφειας μεταξύ διαγωνιζόμενου και υπεργολάβου – δυνατότητα ορισμού άλλου διαγωνιζόμενου ως υπεργολάβου.

Ανώνυμες εταιρείες – μέλη του ΣΑΤΕ υπέβαλαν δύο διαφορετικά ερωτήματα, τα οποία όμως αναφέρονται αμφότερα στον θεσμό της υποχρεωτικής υπεργολαβίας. Για τον λόγο αυτό θεωρώ ότι πρέπει να αντιμετωπισθούν ενιαία.

Ειδικότερα, τα ερωτήματα έχουν ως εξής:

1^ο ερώτημα:

«Μπορεί μια διαγωνιζόμενη εταιρεία να δηλώσει ως υπεργολάβο θυγατρική της εταιρεία, στην οποία οι μέτοχοι είναι ίδιοι με τη μητρική;»

2^ο ερώτημα:

«Εάν σε διαγωνισμό δημοσίου έργου, όπου συμμετέχουν ανεξάρτητα δύο εταιρείες, είναι νόμιμο να ορίζει η μία εταιρεία την άλλη ως υπεργολάβο και το αντίστροφο (άρθρο 25 των διακηρύξεων τύπου Α'), ή κάθε εταιρεία υποχρεούται στον ορισμό υπεργολάβου εκτός των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό;»

Οι απαντήσεις μου στα ανωτέρω ερωτήματα έχουν ως ακολούθως:

1^ο Ερώτημα

1.1 Το σχετικό με την υποχρεωτική υπεργολαβία εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 68 του Κ.Δ.Ε. έχει ως εξής:

«.....Στα έργα με προϋπολογιζόμενη δαπάνη μεγαλύτερη του ορίου εφαρμογής της εκάστοτε ισχύουσας σχετικής Οδηγίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να υποχρεώσει με τη διακήρυξη τους διαγωνιζόμενους, στην περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, να αναθέσουν σε τρίτους υπεργολάβους συμβάσεις που

αντιπροσωπεύουν κατά μέγιστο όριο το 30% της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή η διακήρυξη αναφέρει τα 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 μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο και αίτηση του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο, ή άλλον που διαθέτει τα αναγκαία κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος. Η διευθύνουσα υπηρεσία υποχρεούται να κινήσει τη διαδικασία έκπτωσης του αναδόχου, εφόσον δεν συνάψει εν τέλει την υπεργολαβική σύμβαση.»

Η διάταξη αυτή εφαρμόζεται αποκλειστικά στους διαγωνισμούς που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και τούτο, διότι θεσπίσθηκε κατ' εφαρμογή, υποτίθεται, της διάταξης του άρθρου 25 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, σύμφωνα με την οποία, «στη συγγραφή υποχρεώσεων, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί ή μπορεί να υποχρεώνεται από ένα κράτος μέλος να ζητήσει 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».

Ωστόσο, όπως μπορεί να διαπιστώσει κανείς από την ανάγνωση του άρθρου 25 της κοινοτικής Οδηγίας, δεν θεσπίζεται με αυτό δυνατότητα να υποχρεωθεί ο ανάδοχος να αναθέσει υπεργολαβικώς τμήμα της δημοπρατούμενης σύμβασης σε άλλη εργοληπτική επιχείρηση, απλώς μόνο υποχρέωση γνωστοποίησης με την προσφορά του του υπεργολάβου, σε περίπτωση που αποφασίσει ο ανάδοχος να αναθέσει την εκτέλεση τμήματος του έργου σε υπεργολάβο ή επιλογή, όμως, της υπεργολαβικής ανάθεσης τμήματος του έργου ανήκει αποκλειστικά στον ανάδοχο και δεν δύναται να υποχρεωθεί προς τούτο με τη διακήρυξη. Στην ελληνική, όμως, νομοθεσία το δικαίωμα επιλογής του αναδόχου να αναθέσει ή μη την εκτέλεση τμήματος του έργου υπεργολαβικά, μετατράπηκε σε δυνατότητα εξαναγκασμού του μέσω της διακήρυξης να προβεί στην υποχρεωτική υπεργολαβική ανάθεση τμήματος αυτού. Κατά την άποψή μου, η ρύθμιση αυτή, όπως έχει αποτυπωθεί στο άρθρο 68 παρ. 1 του Κ.Δ.Ε., έχει σοβαρά προβλήματα συμβατότητας με το κοινοτικό δίκαιο, τα οποία δεν είναι του παρόντος να αναπτυχθούν.

Σε εκτέλεση της ανωτέρω διάταξης του Κ.Δ.Ε., με τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων Τύπου Α' (ήτοι, αυτά που αφορούν έργα που εμπíπτουν στο

πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου) παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να επιβάλει στις διαγωνιζόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις τη σύναψη υποχρεωτικής υπεργολαβίας, εισάγοντας στη διακήρυξη τους κάτωθι όρους:

25.1 Οι διαγωνιζόμενοι είναι υποχρεωμένοι να αναθέσουν, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι, τμήμα του έργου που αντιστοιχεί σε ποσοστό εργασιών της συνολικής αξίας των εργασιών του έργου, σε εργοληπτική επιχείρηση, με σύμβαση υπεργολαβίας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3669/08 .

25.2 Για την έγκυρη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να υποδείξουν τον υπεργολάβο στον οποίο θα αναθέσουν την υπεργολαβική σύμβαση προσκομίζοντας υπεύθυνη δήλωση του υπεργολάβου με την οποία αποδέχεται τη σύναψη της υπεργολαβίας, αν και εφόσον αναδειχθεί ο διαγωνιζόμενος ανάδοχος του έργου. Ο υποδεικνυόμενος υπεργολάβος πρέπει να έχει τα κατά νόμο προσόντα σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 68 και 69 του ν. 3669/08 .

Εάν, δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει να υποχρεώσει τους διαγωνιζόμενους να αναθέσουν υπεργολαβικώς τμήμα του έργου, οι σχετικές ρυθμιστικές διατάξεις της διακήρυξης πρέπει να έχουν υποχρεωτικώς την ανωτέρω μορφή.

Μετά, λοιπόν, την αναγκαία αυτή εισαγωγή και με βάση το περιεχόμενο των προπαρατεθέντων όρων της διακήρυξης, θα απαντήσω στο σχετικό ερώτημα.

1.2 Όπως τονίσθηκε ανωτέρω, ο θεσμός της υποχρεωτικής υπεργολαβίας αποτελεί μία διαστρεβλωμένη και εσφαλμένη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο του θεσμού της «ονοματισμένης» υπεργολαβίας των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, υπό την έννοια ότι, ενώ στο κοινοτικό δίκαιο η απόφαση για τη σύναψη υπεργολαβίας ανήκει αποκλειστικά στον ανάδοχο, στο εθνικό δίκαιο έχει καταλήξει να αποτελεί επιλογή της αναθέτουσας αρχής και όχι του αναδόχου. Για τον λόγο αυτό και ενόψει των ποικίλων θεμάτων νομιμότητας που γεννά η ρύθμιση αυτή του εθνικού δικαίου, οι σχετικές διατάξεις θα πρέπει να ερμηνεύονται στενά, ώστε να αποτρέπεται αποκλεισμός διαγωνιζόμενης εργοληπτικής επιχείρησης για παράβαση των επιταγών της διακήρυξης, με εξαίρεση μόνο εκείνες τις περιπτώσεις όπου υπάρχει ευθεία και σαφής παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης.

Εν προκειμένω, η διακήρυξη δεν απαγορεύει η οριζόμενη ως υπεργολάβος εργοληπτική επιχείρηση να έχει οιασδήποτε μορφής ιδιοκτησιακό δεσμό με τη διαγωνιζόμενη· ούτε, άλλωστε, θα μπορούσε να θεσπίσει τέτοια απαγόρευση, αφού δεν υφίσταται απολύτως κανένας θεμιτός

και αναγνωρισμένος από το δίκαιο λόγος, ώστε να απαγορευθεί στην ανάδοχο εργοληπτική επιχείρηση να επιλέξει ως υπεργολάβο υποχρεωτικής υπεργολαβίας θυγατρική της εταιρεία. Κατά συνέπεια, η απάντηση στο πρώτο ερώτημα είναι ότι μια διαγωνιζόμενη εταιρεία δικαιούται να δηλώσει ως υπεργολάβο θυγατρική της εταιρεία, στην οποία οι μέτοχοι είναι ίδιοι με τη μητρική.

2^ο Ερώτημα

Βασική αρχή που διέπει του δημόσιους διαγωνισμούς είναι η προστασία του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού. Εκδήλωση αυτής της αρχής είναι και η απαγόρευση οιασδήποτε μορφής συνεννόησης μεταξύ των διαγωνιζομένων, η οποία αμέσως ή εμμέσως αποβλέπει στη νόθευση του πραγματικού ανταγωνισμού.

Είναι προφανές, ότι ο αμοιβαίος ορισμός διαγωνιζομένων εργοληπτικών επιχειρήσεων ως υπεργολάβων σε περίπτωση που είτε η μία είτε η άλλη ανακηρυχθεί ανάδοχος και αναλάβει την εκτέλεση του έργου, υποκρύπτει κάποιας μορφής συνεννόηση, η οποία, μάλιστα, δεν είναι δυνατόν να διαπιστωθεί σε όλη της έκταση. Π.χ., μπορεί πίσω από αυτόν τον χιαστί αλληλοορισμό να υποκρύπτεται εκ των προτέρων συνεννόηση ως προς το ύψος των οικονομικών προσφορών, ως προς την τακτική που θα ακολουθήσουν κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού κ.λπ.. Είναι βέβαιο, όμως, ότι οι επιχειρήσεις αυτές δεν μετέχουν στον διαγωνισμό απολύτως ανταγωνιστικά, αλλά υπό κάποια μορφή συνεργασίας, που σε κάθε περίπτωση δεν είναι κατ' αρχήν συμβατή με την αρχή του πραγματικού ανταγωνισμού. Για τον λόγο αυτό θεωρώ ότι ο αμοιβαίος ορισμός δύο ανεξάρτητα διαγωνιζομένων εργοληπτικών επιχειρήσεων ως υπεργολάβων δεν είναι νόμιμος. Σπεύδω, πάντως, να διευκρινίσω, ότι η παρανομία εν προκειμένω δεν έγκειται στην παράβαση κάποιας διάταξης του θεσμού της υποχρεωτικής υπεργολαβίας – η συμβατότητα του οποίου με το κοινοτικό δίκαιο είναι ιδιαίτερος προβληματική, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν –, αλλά στη νόθευση του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.