

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Αριθμός Γνωμοδότησεως 406/2003

ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Τμήμα Α΄

Συνεδρίαση της 5ης - 11 - 2003

Σύνθεση

Προεδρεύων: Κωνσταντίνος Βολτής, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Νομικοί Σύμβουλοι: Δημήτριος Λάκκας, Ηλίας Παπαδόπουλος, Θεόδωρος Ρεντζεπέρης, Νικόλαος Κατσιμπας, Χαρίκλεια Παλαιοιόγου, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Δημήτριος Παπαδόπουλος, Βασίλειος Σουλιώτης, Χρήστος Παπαδόπουλος.

Εισηγητής: Χρήστος Μητκίδης, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

Αριθμ. Ερωτ: Υπ' αριθ. πρωτ. Δ 15/Οικ/16358/7-10-2003 έγγραφο της Δ/νσης Μητρώων και Τεχνικών Επαγγελμάτων (Δ 15) της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Περιβάλλοντος Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται καταρχάς **α)** αν νόμιμα συμμετείχε σε διαγωνισμό για την ανάληψη δημοσίου έργου, ο οποίος διενεργήθηκε στις 11-6-2003, Κοινοπραξία, αποτελούμενη από δύο ατομικές εργοληπτικές επιχειρήσεις, στη μία εκ των οποίων ο εργολήπτης είχε από τις 2-6-2003 στελεχώσει με το πτυχίο του ετερόρρυθμη εργοληπτική εταιρεία και σε καταφατική περίπτωση, **β)** αν μπορεί να υποκατασταθεί στη θέση της ατομικής επιχείρησης, μέλους της αρχικής κοινοπραξίας, η ετερόρρυθμη αυτή εταιρεία προκειμένου η κοινοπραξία, με τη νέα της πλέον σύνθεση, να αναλάβει την εκτέλεση του έργου, δεδομένου μάλιστα ότι η ετερόρρυθμη εταιρεία είναι εγγεγραμμένη στην ίδια τάξη και στην ίδια κατηγορία με την υποκαθιστάμενη ατομική επιχείρηση.

Επί του ερωτήματος αυτού το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους γνωμοδότησε τα ακόλουθα:

Α. Στις διατάξεις των παρ. 1 και 4 του άρθρου 15 του Ν. 1418/84 ορίζεται ότι «1.Την κατασκευή δημόσιων έργων επιτρέπεται να αναλαμβάνουν ημεδαπές

επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο εργοληπτικών επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) και στην αντίστοιχη με το έργο κατηγορία και τάξη εγγραφής...

Οι επιχειρήσεις αυτές μπορεί να είναι ατομικές ή εταιρείες οποιασδήποτε νομικής μορφής ή συνεταιρισμοί, όπως ειδικότερα ορίζεται στην παρ. 8 του άρθρου 16 του παρόντος...

4. Με την επιφύλαξη των διατάξεων των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου αυτού, η εγγραφή στο ΜΕΕΠ μιας επιχείρησης και η διατήρηση σε ισχύ της εγγραφής αυτής με την αναθεώρησή της, όπως προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 16, αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την ανάληψη από την επιχείρηση αυτή της κατασκευής δημόσιου έργου, κατά τις διατάξεις του νόμου αυτού.»

Β. Στις κρίσιμες για το θέμα διατάξεις των παρ. 1, 3, 18, 20 και 28 του άρθρου 16 του Ν. 1418/84 (όπως ισχύει μετά την ολοσχερή του αντικατάσταση με το άρθρο 4 του ν. 2940/2001) ορίζονται τα εξής:

«1. Η εγγραφή και κατάταξη των εργοληπτικών επιχειρήσεων στο ΜΕΕΠ, καθώς και τακτική και έκτακτη αναθεώρηση της εγγραφής τους, ικανοποιούνται στο άρθρο αυτό, γίνεται με αίτησή τους. Για την εγγραφή, κατάταξη και αναθεώρηση των εργ/κών επιχειρήσεων στο ΜΕΕΠ εφαρμόζονται οι παράγραφοι 2 έως και 38 του παρόντος άρθρου...

3. Η στελέχωση της εργ/κής επιχείρησης, με στελέχη που είναι εγγεγραμμένα στο Μ.Ε.Κ., παρακολουθείται από την υπηρεσία τήρησης του ΜΕΕΠ, ώστε τα στελέχη αυτά να συμμετέχουν ενεργά στο έργο της επιχείρησης. Η υπηρεσία τήρησης του ΜΕΕΠ μπορεί να παραπέμπει τα ανωτέρω στελέχη, των οποίων η συμμετοχή κρίνεται εικονική ή ανεπαρκής, στο αρμόδιο πειθαρχικό όργανο.

Η ελάχιστη στελέχωση της επιχείρησης πρέπει να είναι συνεχής καθ' όλη τη διάρκεια της λειτουργίας της και να αποδεικνύεται με βεβαίωση ασφάλισης του προσωπικού από τον οικείο ασφαλιστικό φορέα. Οποιαδήποτε μεταβολή στελεχών της επιχείρησης που είναι εγγεγραμμένα στο Μ.Ε.Κ. γίνεται ύστερα από αίτηση της επιχείρησης ή του στελέχους προς την Επιτροπή του ΜΕΕΠ, η οποία εγκρίνει τη μεταβολή αυτή εξετάζοντας τους προβαλλόμενους λόγους μεταβολής.

18. Οι τάξεις του ΜΕΕΠ ορίζονται σε επτά και επιπλέον αυτών ορίζονται και δύο ειδικές τάξεις οι Α1, Α2 για μικρές επιχειρήσεις. Η κατάταξη στο ΜΕΕΠ των εργ/κών επιχειρήσεων γίνεται σε μία ή περισσότερες από τις εξής βασικές κατηγορίες έργων: οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών και ενεργειακών. Κάθε επιχείρηση κατατάσσεται σε μία μόνο τάξη για κάθε κατηγορία... »



20. Στις ειδικές τάξεις Α1 και Α2 του ΜΕΕΠ κατατάσσονται εργοληπτικές επιχειρήσεις με μόνο κριτήριο τη στελέχωσή τους από τεχνικούς εγγεγραμμένους στο Μ.Ε.Κ., χωρίς την εφαρμογή του τύπου κατάταξης, ως εξής:

α. στην Α1, εργ/κή επιχείρηση η οποία περιλαμβάνει στη βασική της στελέχωση τουλάχιστον έναν τεχνικό ΜΕΚ Α' βαθμίδας...

28. Για κατάταξη στις ειδικές τάξεις Α1, Α2, στην πρώτη και δεύτερη τάξη του ΜΕΕΠ δεν απαιτείται νομική μορφή εταιρικού σχήματος. Για κατάταξη στις τάξεις τρίτη έως και έβδομη του ΜΕΕΠ απαιτείται νομική μορφή ανώνυμης εταιρείας.»

Γ. Στις διατάξεις του άρθρου 9 του ν. 2940/01 (με τίτλο «καταργούμενες διατάξεις»), ορίζεται ότι:

«1. Από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη, η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν.

2. Όπου από την κείμενη νομοθεσία γίνεται παραπομπή σε διατάξεις που καταργούνται, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο, η παραπομπή θεωρείται ότι γίνεται στις αντίστοιχες διατάξεις του νόμου αυτού.» .

Από την ως άνω διάταξη της παρ. 1 προκύπτει ότι δεν καταργούνται γενικά όλες οι παλαιότερες διατάξεις που ρυθμίζουν τα θέματα της οργάνωσης του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ), αλλά η κατάργηση διατάξεων εξαρτάται αποκλειστικά από την προηγούμενη διαπίστωση αν αυτές αναφέρονται (ή όχι) σε θέματα που καλύπτει και ρυθμίζει ο ν. 2940/01.

Συναφώς προς τα ανωτέρω, στο προτελευταίο εδάφιο της παρ. 6 του άρθρου 7 π.δ. 472/1985 (που εκδόθηκε προς εκτέλεση των διατάξεων των άρθρων 15, 16 και 17 του ν. 1418/84) ορίζεται ότι «Οι τεχνικοί υπάλληλοι που περιλαμβάνονται στα όρια στελέχωσης προσωπικού δεν μπορεί να στελεχώνουν ή να είναι υπάλληλοι σε άλλη επιχείρηση ΜΕΕΠ». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι τεχνικοί, εγγεγραμμένοι σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 17 του ν. 1418/84, στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (ΜΕΚ) που «στελεχώνουν» μια εργοληπτική επιχείρηση, δηλαδή διαθέτουν το πτυχίο που εκδίδει η υπηρεσία τήρησης του ΜΕΚ (για την πιστοποίηση της εγγραφής τους στο Μητρώο), για την κάλυψη της βασικής της στελέχωσης, δεν μπορούν παράλληλα να «στελεχώνουν», δηλαδή να διαθέτουν το ίδιο αυτό πτυχίο και σε άλλη εργοληπτική επιχείρηση, επιπλέον δε δεν μπορούν καν να είναι υπάλληλοι (χωρίς δηλαδή να περιλαμβάνονται στη βασική στελέχωση) άλλης εργοληπτικής επιχείρησης. Θεμελιώνεται λοιπόν με τη διάταξη αυτή σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 3 του ν. 1418/84 (όπως ισχύει), η υποχρέωση, τα «στελέχη» των

Σ.Α.Τ.Ε.

εργοληπτικών επιχειρήσεων να συμμετέχουν σε μία εργοληπτική επιχείρηση και μάλιστα ενεργά και όχι εικονικά στο έργο αυτής.

Το συγκεκριμένο ζήτημα (της αδυναμίας παράλληλης στελέχωσης δύο εργοληπτικών επιχειρήσεων από το ίδιο πρόσωπο – πτυχιούχο του ΜΕΚ) δεν ρυθμίζεται από τις διατάξεις του άρθρου 16 του ν. 1418/84, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 4 του ν. 2940/01 και για το λόγο αυτό διατηρείται σε ισχύ η προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 7 παρ. 6 του π.δ. 472/85.

Δ. Σύμφωνα με την **παρ. 5 του άρθρου 4 του ν. 1418/84**, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 5 παρ. 1 του ν. 2940/01, η διαδικασία του δημόσιου διαγωνισμού για την ανάθεση των δημοσίων έργων οργανώνεται σε δύο διακεκριμένα μεταξύ τους στάδια, στο πρώτο εκ των οποίων ελέγχονται από την Επιτροπή Διαγωνισμού τα τυπικά δικαιολογητικά των συμμετεχόντων δηλαδή οι τυπικές προϋποθέσεις παραδεκτής συμμετοχής και στο δεύτερο, μετά τον αποκλεισμό των μη κατάλληλων, αποσφραγίζονται οι οικονομικές προσφορές και επιλέγεται από την Επιτροπή Εισήγησης για Ανάθεση, κατά το ν. 2576/98, ο προσωρινός μειοδότης.

Η διαδικασία του διαγωνισμού είναι αυστηρά τυπική και κατά την πάγια νομολογία του ΣΤΕ (ενδεικτικά βλ. την υπ' αριθ. 381/2003 ΕΑ ΣΤΕ) δεν επιτρέπεται σύγχυση των σταδίων, οι δε αντιρρήσεις και η αμφισβήτηση των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει να ασκούνται «επικαιρώς», δεδομένης της ιδιαιτερότητας του τρόπου ανάδειξης με την εφαρμογή του μαθηματικού τύπου και της στρέβλωσης της διαδικασίας, αν επιτραπεί η επιστροφή, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, στο στάδιο ελέγχου των τυπικών δικαιολογητικών, προκειμένου να διαπιστωθεί η νόμιμη ή μη συμμετοχή των διαγωνιζομένων στο δεύτερο στάδιο.

Εν τέλει, κατά την σύνταξη της πρότασής της προς την Προϊσταμένη Αρχή για την ανάδειξη του προσωρινού μειοδότη, η Ε.Ε.Α. απευθύνεται υποχρεωτικά στην υπηρεσία τήρησης του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, προκειμένου να αντλήσει πληροφορίες για τον μειοδότη, σχετικά με την ικανότητα και αξιοπιστία της επιχείρησης για την έγκαιρη και καλή κατασκευή του έργου (άρθρο **1 εδ. 7 του ν. 2576/98**).

Ε. Ενώ κατά το στάδιο της εκτέλεσης του έργου υφίσταται κατά το νόμο η δυνατότητα (κατόπιν εγκρίσεως του κυρίου του έργου), να υποκαταστήσει τον αρχικό ανάδοχο άλλο πρόσωπο που έχει τα νόμιμα προσόντα για την εκτέλεση του έργου (βλέπετε σχετικά τις διατάξεις των παρ. 6 και 7 του άρθρου 5 ν. 1418/84 και το άρθρο 51 του π.δ. 609/85), απεναντίας, κατά το στάδιο της ανάθεσης δεν υφίσταται η δυνατότητα υποκατάστασης του διαγωνιζόμενου από άλλο πρόσωπο (ad hoc Ολομ ΣΤΕ

971/1998). Δικαιολογητικό λόγο της διάκρισης αυτής συνιστούν οι κατά τα ανωτέρω ιδιαιτερότητες της διαδικασίας ανάθεσης (διεξαγωγή σε διακεκριμένα στάδια, έλεγχος των τυπικών δικαιολογητικών στο πρώτο εξ αυτών κ.λ.π.) Στην υποθετική λοιπόν περίπτωση, κατά την οποία επιτρεπόταν η υποκατάσταση του αρχικού διαγωνιζομένου, θα έπρεπε να διαπιστωθεί, σε στάδιο μεταγενέστερο του πρώτου, η ικανότητα του υπεισερχόμενου για πρώτη φορά στο διαγωνισμό να συμμετάσχει στη θέση του αποχωρούντος, με αναπόφευκτο αποτέλεσμα την παραβίαση των αρχών της τυπικότητας και διαφάνειας του διαγωνισμού, αλλά και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

ΣΤ. 1. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από το έγγραφο του ερωτήματος και τη συνημμένη (από 1-8-2003) αίτηση του ενδιαφερομένου, ο Αντώνιος Καραμπίνης εγγεγραμμένος στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (Μ.Ε.Κ.), διατηρούσε ατομική εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ), στελεχώνοντάς την με το πτυχίο του. Η εγγραφή της ατομικής επιχείρησης στο ΜΕΕΠ ισχύει μέχρι το έτος 2005.

Ήδη όμως, στις 21-3-2003 συστήθηκε ετερόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Αντώνιος Καραμπίνης και ΣΙΑ Ε.Ε.». Στην εταιρεία αυτή ο ανωτέρω συμμετέχει ως ομόρρυθμος εταίρος και επιπλέον την στελεχώνει (διαθέτει δηλαδή το επ' ονόματί του πτυχίο ΜΕΚ για την βασική της στελέχωση). Η εταιρεία υπέβαλε αίτηση στην υπηρεσία τήρησης του ΜΕΕΠ για την εγγραφή της στο Μητρώο, η οποία έγινε δεκτή και η εταιρεία εγγράφηκε στο ΜΕΕΠ στις 2-6-2003.

Ζ. Στις 11-6-2003, η ατομική επιχείρηση του Αντωνίου Καραμπίνη έλαβε μέρος, ως μέλος της Κοινοπραξίας «Α.Παπανίκας – Α.Καραμπίνης», σε διαγωνισμό για την ανάθεση έργου, που προκήρυξε η Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης και Αποχέτευσης Λάρισας (ΔΕΥΑΛ), μετά δε τον έλεγχο των τυπικών της δικαιολογητικών ανοίχθηκαν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότηρια. Παρόλα αυτά όμως η ΕΕΑ του έργου απέκλεισε την μειοδότηρια Κοινοπραξία από το διαγωνισμό, με το αιτιολογικό ότι, κατά το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού ο ατομικός εργολήπτης Αντ.Καραμπίνης, μέλος της Κοινοπραξίας, στελέχωνε ήδη την ετερόρρυθμη εταιρεία «Αντ.Καραμπίνης και ΣΙΑ Ε.Ε.». Πρέπει να σημειωθεί εν προκειμένω ότι το πτυχίο της ετερόρρυθμης εταιρείας ανήκει στην ίδια τάξη και κατηγορία με την ατομική επιχείρηση του Αντωνίου Καραμπίνη.

Ζ. Από το προαναφερθέν ιστορικό, κρίνομένου με βάση τις προδιαληφθείσες κρίσιμες διατάξεις, προκύπτουν τα ακόλουθα ζητήματα:

1. Αν ήταν νόμιμη η συμμετοχή στο διαγωνισμό της ατομικής εργοληπτικής επιχείρησης, ενώ ήδη ο ατομικός εργολήπτης διέθεσε το πτυχίο του στην ετερόρρυθμη εταιρεία.

Για την απάντηση στο ερώτημα αυτό κρίσιμη είναι η σημασία της ισχύος ή μη της εγγραφής της ατομικής επιχείρησης (κατ' αρχήν όπως προαναφέρθηκε η εγγραφή αυτή είχε λήξη ισχύος το έτος 2005) στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, κατά το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού.

Για την πράξη της εγγραφής στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων δεν προβλέπεται στο νόμο διαδικασία δημοσίευσης ή κοινοποίησής της στον ενδιαφερόμενο. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τις, γενικώς ισχύουσες, διατάξεις των άρθρων 18 και 19 του ν. 2690/99 (περί Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας) η πράξη αυτή τελειούται και αποκτά ισχύ από την υπογραφή και χρονολόγησή της (18 παρ. 1). Περαιτέρω υφίσταται μεν υποχρέωση κοινοποίησης της πράξης στον ενδιαφερόμενο (19 παρ. 1), αλλά η μη κοινοποίησή της δεν ειληρεάζει το υποστατό ή την εκτελεσιότητά της, παρά έχει ως έννομο αποτέλεσμα την μη εκκίνηση της προθεσμίας προσβολής της με αίτηση ακύρωσης (ΣΤΕ 3034/72, 4782/84 ΝοΒ 1986, 1333 κ.λ.π.). Συνεπώς η εγγραφή της ετερόρρυθμης εταιρείας στο ΜΕΕΠ ισχύει από την ημέρα έγκρισης της εγγραφής (2-6-2003).

Επειδή όμως, όπως προαναφέρθηκε, υφίσταται εκ του νόμου ασυμβίβαστο παράλληλης στελέχωσης δύο εργοληπτικών επιχειρήσεων από το ίδιο πρόσωπο - κάτοχο πτυχίου ΜΕΚ, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι μετά τις 2-6-2003 ίσχυαν παράλληλα και τα δύο πτυχία (της ατομικής επιχείρησης και της ετερόρρυθμης εταιρείας) με δεδομένο μάλιστα ότι το πρόσωπο στο οποίο συντρέχει το ασυμβίβαστο ήταν το μοναδικό στέλεχος (εγγεγραμμένο στο ΜΕΚ) και των δύο επιχειρήσεων. Συνεπώς αφού κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού ο ατομικός εργολήπτης είχε πλέον διαθέσει το πτυχίο του στην ετερόρρυθμη εταιρεία, είχε σιωπηρά παραπτηθεί από το πτυχίο της ατομικής ε.ε., η οποία στηρίζει την νόμιμη (κατά το δίκαιο των δημοσίων έργων) υπόστασή της αποκλειστικά στη στελέχωσή της από τον ατομικό εργολήπτη - κάτοχο του πτυχίου ΜΕΚ.

Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την πλειοψηφήσασα στο Τμήμα γνώμη (η οποία απαρτίσθηκε από τους Νομικούς Συμβούλους Ηλία Παπαδόπουλο, Νικόλαο Κατσιμπα, Χαρίκλεια Παλαιολόγου, Δημήτριο Παπαδόπουλο, Βασίλειο Σουλιώτη και Χρήστο Παπαδόπουλο, μετά των οποίων συντάχθηκε -χωρίς ψήφο- και ο εισηγητής Πάρεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Χρήστος Μητκίδης), η ατομική εργοληπτική

επιχείρηση του Αντωνίου Καραμπίνη δεν ήταν πλέον νομίμως εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ κατά την ημέρα του διαγωνισμού (11-6-2003) και για το λόγο τούτο συντρέχει λόγος αποκλεισμού της κοινοπραξίας με μέλος τον ανωτέρω εργολήπτη, νομίμως δε ο αποκλεισμός έλαβε χώρα στο στάδιο της ανακήρυξης του μειοδότη, με βάση τη διάταξη του **άρθρου 24 παρ. 3 του π.δ. 609/85**, κατά την οποία *«εάν διαπιστωθούν λάθη ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας μπορεί να ακυρωθεί μερικώς ή διαδικασία της δημοπρασίας και ή να αναμορφωθεί ανάλογα το αποτέλεσμα της δημοπρασίας απ' την αρμόδια για την έγκριση Αρχή ή να διαταχθεί η επανάληψη της δημοπρασίας από το σημείο που έγινε το λάθος ή η παράλειψη»*.

2. Επιπλέον όμως, κατά τη γνώμη της ίδιας ως άνω πλειοψηφίας, και αν ακόμα υποθεθεί ότι ήταν νόμιμη η συμμετοχή της κοινοπραξίας με μέλος την ατομική ε.ε. στον υπόψη διαγωνισμό, δεν είναι πάντως νόμιμη η υποκατάσταση, κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού, της ατομικής επιχείρησης από την ετερόρρυθμη εταιρεία και η αναπόφευκτη εκ τούτου αλλαγή της σύνθεσης της κοινοπραξίας, εφόσον δε προέκυψε τέτοια υποκατάσταση, νομίμως επιβλήθηκε (και για την επικουρική αυτή και επάλληλη αιτία) ως κύρωση ο αποκλεισμός από το διαγωνισμό.

Ειδικότερα, η υποκατάσταση διαγωνιζομένου, τρεχούσης της διαδικασίας της ανάθεσης δημοσίου έργου και πριν την σύναψη της συμβάσεως δεν προβλέπεται από τις διατάξεις των δημοσίων έργων, σε αντίθεση με το στάδιο της εκτέλεσης όπου η δυνατότητα αυτή προβλέπεται και ρυθμίζεται εξαντλητικά. Εξ αντιδιαστολής συνάγεται ως εκ τούτου επιχείρημα ότι ο νομοθέτης απέκλεισε την δυνατότητα αυτή. Πλέον τούτου η υποκατάσταση εμφανίζεται εντελώς ασύμβατη με την διαδικασία της διεξαγωγής του διαγωνισμού κατά στάδια, απολύτως (κατά το δυνατό) διακεκριμένα μεταξύ τους, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η διαφάνεια και ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, με την εξέταση στο ίδιο στάδιο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των συμμετεχόντων. Συνεπώς εφόσον συντρέχει κατά το νόμο αιτία αποκλεισμού διαγωνιζομένου, δεν είναι δυνατή η υποκατάστασή του από άλλο πρόσωπο, έστω κι αν αυτό είχε εξ αρχής τα νόμιμα προσόντα για συμμετοχή στο διαγωνισμό, διότι ο νεοεισερχόμενος δεν έχει ελεγχθεί ως προς την επαγγελματική, οικονομική και τεχνική του καταλληλότητα και τούτο δεν είναι δυνατό κατά νόμο να γίνει παρά μόνο στο οικείο στάδιο του διαγωνισμού, κατόπιν εμπροθέσμου και νομοτύπου υποβολής προσφοράς.

Κατά τη γνώμη της μειοψηφίας, που απαρτίσθηκε από τον Πρόεδρο του Τμήματος Κ. Βολπή, Αντιπρόεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους και τους

Νομικούς Συμβούλους Δ. Λάκκα, Θ. Ρεντζεπέρη και Δ. Αναστασόπουλο, η συμμετοχή της Κοινοπραξίας «Α.Παπανίκας-Α.Καραμπίνης» στο διαγωνισμό ορθά κρίθηκε νόμιμη στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών. Την Κοινοπραξία αποτέλεσαν δύο ατομικές επιχειρήσεις και κατά συνέπεια ο έλεγχος αφορούσε ατομικά την κάθε μία. Και ναι μεν πριν από το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού (11.6.2003) εκκρεμούσε αίτηση και εκδόθηκε απόφαση εγγραφής στο ΜΕΕΠ της ετερόρρυθμης εταιρείας «Αντώνιος Καραμπίνης & Σία» (2.6.2003), αλλά ο ενδιάμεσος χρόνος σε συνδυασμό με την ανάγκη εκδόσεως νέου πτυχίου και παραλαβής αυτού, ενδεχομένως δεν ήταν επαρκής για τη σύσταση νέας μορφής κοινοπραξίας και για την υποβολή νέων δικαιολογητικών. Σημειώνεται, ότι η απόφαση για την κατάταξη στο ΜΕΕΠ εκδίδεται μέσα σε προθεσμία τριών μηνών από την υποβολή της αίτησης και το εύλογο ενδιαφέρον του αιτούντος (η αίτηση υποβλήθηκε μετά την 21.3.2003) για την παραλαβή της εργοληπτικής βεβαίωσης (παραλήφθηκε στις 19.6.2003) εν προκειμένω εκδηλώθηκε επίκαιρα, ενώ εξ άλλου δεν προκύπτει ότι η υπηρεσία τήρησης του ΜΕΕΠ ανεξάρτητα από το γεγονός της εγγραφής εξέδωσε και σχετικά του εγγώρισε την έκδοση νέας εργοληπτικής βεβαίωσης ενωρίτερον. Κατά συνέπεια δεν επηρεάζεται η νομιμότητα της συμμετοχής της κοινοπραξίας στο διαγωνισμό από άποψη νομιμοποίησης της ατομικής εργοληπτικής επιχείρησης του Α.Καραμπίνη. Περαιτέρω νόμιμα διεξήχθη ο διαγωνισμός και μετά ταύτα είναι ερευνήτεο, αν μετά την ανάδειξη της κοινοπραξίας ως μειοδότη και τη μεταβολή στο πρόσωπο του ενός κοινοπρακτούντος μέρους, επηρεάζεται η νομιμότητα της υπογραφής της σύμβασης, δεδομένου ότι το πρόσωπο του προσφέροντος είναι διάφορο του προσώπου του αναδόχου εργολήπτη.

Η ανωτέρω μεταβολή συνίσταται στο νομικό γεγονός ότι αντί της ατομικής επιχείρησης στην κοινοπραξία θα μετάσχει εργοληπτική επιχείρηση εταιρικής μορφής (ετερόρρυθμη εταιρεία) με μόνο ομόρρυθμο εταίρο τον Α. Καραμπίνη. Πρόκειται πράγματι για διαφορετικό πρόσωπο αναδόχου του έργου και δεν προβλέπεται στο νόμο υποκατάσταση κατά την ανάθεση της εκτέλεσης του έργου από πρόσωπο διάφορο του διαγωνιζομένου. Η απαγόρευση αυτή δεν ορίζεται ρητά, αλλά προκύπτει από τις ρυθμίσεις του νόμου που αφορούν στη διαδικασία του διαγωνισμού. Δεν αποκλείεται, λοιπόν, σε συγκεκριμένη περίπτωση να κρίνεται κατ' ουσιαστική εκτίμηση, αν πράγματι παραβιάζονται οι κανόνες του διαγωνισμού. Ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της περίπτωσης εν προκειμένω είναι, ότι ο προσφέρων, που αναδείχθηκε μειοδότης (κοινοπραξία) προσέρχεται να συμβληθεί ως ανάδοχος και δεν τίθεται θέμα εγγυήσεων. Ότι το νέο πρόσωπο στην κοινοπραξία έχει κριθεί με τα ίδια ουσιαστικά κριτήρια για την εγγραφή



Σ.Α.Τ.Ε.

στο ΜΕΕΠ και τα εργοληπτικά πτυχία ταυτίζονται. Επίσης ότι τυχόν περιπτώσεις αποκλεισμού συμμετοχής του νέου προσώπου στο διαγωνισμό συνάπτονται απολύτως ή κυρίως με το πρόσωπο του ομόρρυθμου εταίρου και έχουν ήδη κριθεί στο πρόσωπο αυτού, όπως έχει κριθεί και η οικονομική ικανότητά του. Τέλος, θα ήταν αντίθετο στις αρχές της χρηστής διοικήσεως μεταβολή στο πρόσωπο ενός των κοινοπρακτούντων, η οποία μάλιστα δεν υποκρύπτει καταστρατήγηση των διατάξεων για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, να οδηγήσει σε ανεπιεική αποτελέσματα τόσον ως προς τον έτερο των κοινοπρακτούντων, όσο και τον ίδιο, αφού σε κανένα δεν μπορεί να καταλογιστεί συμπεριφορά αντίθετη στο νόμο και μάλιστα χωρίς να εξυπηρετείται το συμφέρον του κυρίου του έργου, που εκδηλώνεται με την ανακήρυξη της κοινοπραξίας ως μειοδότη και την υπογραφή της σύμβασης ή να πλήττονται βασίμως ουσιώδη συμφέροντα άλλων διαγωνιζομένων. Κατά ταύτα από το διδόμενο ιστορικό του ερωτήματος η απάντηση στα ερωτήματα πρέπει να είναι καταφατική.

Συμπερασματικά προς τα ανωτέρω, στα υποβληθέντα ερωτήματα προσηύκει η ανωτέρω αναλυτική απάντηση.

Αθήνα 10 - 11 - 2003
ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΕΔΡΕΥΩΝ
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΒΟΛΤΗΣ
ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ Ν.Σ.Κ.

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΜΗΤΚΙΔΗΣ
ΠΑΡΕΔΡΟΣ ΝΣΚ

Σ.Α.Τ.Ε.