

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

Η εταιρεία μέλος του ΣΑΤΕ «ΘΕΜΕΛΙΟΔΟΜΗ Α.Ε.» υπέβαλε τα ακόλουθα ερωτήματα:

- 1) Είναι δυνατή η έγκριση υπεργολαβίας που συνάπτεται μεταξύ του υπεργολάβου και κατασκευαστικής κοινοπραξίας, η οποία εγκρίθηκε σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984 όπως συμπληρώθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 2940/2001;
- 2) Ισχύουν τα κατώτερα όρια της τάξης του πτυχίου του υπεργολάβου;
- 3) Είναι δυνατή η έγκριση υπεργολαβίας όταν ο υπεργολάβος είναι μέλος της αναδόχου κοινοπραξίας;

Θα απαντήσω στα ανωτέρω ερωτήματα κατά σειρά:

1. Η έννοια του πρώτου ερωτήματος είναι, κατά την άποψή μου, η εξής: Δύναται μία κατασκευαστική κοινοπραξία να συνάψει σύμβαση εγκεκριμένης υπεργολαβίας, κατά την έννοια των διατάξεων της παρ. 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984 όπως η εν λόγω παράγραφος προστέθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2940/2001, με εργοληπτική επιχείρηση;

Τα ζητήματα των εγκεκριμένων υπεργολαβιών και των κατασκευαστικών κοινοπραξιών ρυθμίζονται από τις διατάξεις των παραγράφων 7 και 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984, καθώς και από την υπουργική απόφαση του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. ΥΑ Δ17α/01/13/ΦΝ 430/2002 (ΦΕΚ/Β/267) «Όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας και υπεργολαβίας».¹ Από τη διατύπωση των εν λόγω

¹ Οι παράγραφοι 7 & 8 του Ν. 1418/1984 έχουν ως εξής: «7. Επιτρέπεται η σύσταση κοινοπραξίας μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 15, όπως κάθε φορά ισχύει, για την κατασκευή 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 Επιχειρήσεων (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, με απόφαση που λαμβάνεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία ενός μηνός από την ανωτέρω γνωστοποίηση. Μέχρι την έγκριση ή μέχρι την παρέλευση της προθεσμίας αυτής δεν επιτρέπεται η σύμπραξη της κοινοπραξίας στην κατασκευή του έργου. Ο αριθμός των μελών της κατασκευαστικής κοινοπραξίας δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τρία, αν το έργο ανατέθηκε σε μία επιχείρηση, ή το διπλάσιο του

διατάξεων δεν προκύπτει ρητή απαγόρευση της υπεργολαβικής ανάθεσης της κατασκευής τμήματος του έργου από κατασκευαστική κοινοπραξία. Επομένως, για να διακριβωθεί το αληθές νόημα των σχετικών διατάξεων, θα πρέπει να γίνει συστηματική και τελεολογική ερμηνεία τους.

αρχικού αριθμού των εργοληπτικών επιχειρήσεων, αν το έργο ανατέθηκε σε κοινοπραξία εργοληπτικών επιχειρήσεων. Ο ανάδοχος πρέπει να έχει συνολικό ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία τουλάχιστον πενήντα τοις εκατό (50%). Κάθε άλλη εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει στην κατασκευαστική κοινοπραξία πρέπει να έχει ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής δεκαπέντε τοις εκατό (15%). Αν ο ανάδοχος είναι κοινοπραξία, πρέπει να διατηρεί συνολικό ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία τουλάχιστον πενήντα τοις εκατό (50%). Κάθε άλλη εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει στην κοινοπραξία πρέπει να έχει ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής δεκαπέντε τοις εκατό (15%). Τα επιπλέον μέλη της κοινοπραξίας δεν επιτρέπεται να είναι κοινοπραξίες. Τα μέλη της κοινοπραξίας ευθύνονται εις ολόκληρον έναντι του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής, για το σύνολο του έργου. Στον υπολογισμό της εμπειρίας και του ορίου ανεκτέλεστου μέρους εργολαβιών δημοσίων έργων κάθε εργοληπτικής επιχείρησης, όπως το όριο αυτό προσδιορίζεται στην παράγραφο 45 του άρθρου 16, λαμβάνονται υπόψη και τα έργα που εκτελέστηκαν από κατασκευαστικές κοινοπραξίες στις οποίες συμμετείχε, καθεμία από αυτές τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, κατά το ποσοστό συμμετοχής της. Με απόφαση που εκδίδεται από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων καθορίζονται οι ελάχιστοι όροι που πρέπει να περιλαμβάνονται στο συμφωνητικό, οι λόγοι για τους οποίους μπορεί ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής να μην εγκρίνουν τη σύσταση της κοινοπραξίας, η διαδικασία έγκρισής της και κάθε σχετικό θέμα.

8. Όταν συνάπτεται σύμβαση μίσθωσης έργου μεταξύ του αναδόχου δημοσίου έργου και εργοληπτικής επιχείρησης του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 15 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. Ο υπεργολάβος έχει τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνει και ανήκει σε τάξη και κατηγορία έργου, αντίστοιχη με το ποσό της σύμβασης υπεργολαβίας, και

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 του έργου πρέπει να διατηρεί ποσοστό τουλάχιστον τριάντα τοις εκατό (30%) του ποσού της σύμβασης του με τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής, αφού ληφθούν υπόψη όλες οι συμβάσεις υπεργολαβιών που έχουν εγκριθεί. Ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής μπορούν με απόφασή τους, που εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δεκαπέντε ημερών από την ανωτέρω γνωστοποίηση, να μην εγκρίνουν την υπεργολαβία αυτή. Στις διακηρύξεις η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλει στον ανάδοχο της σύμβασης να αναθέσει σε τρίτες εργοληπτικές επιχειρήσεις, εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., συμβάσεις που αντιπροσωπεύουν τουλάχιστον το 30% της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης.

Η έγκριση της υπεργολαβίας έχει τις εξής συνέπειες:

α. Το ποσό της σύμβασης της υπεργολαβίας, όπως αυτό προκύπτει ιδίως από τα τιμολόγια που εκδίδονται από τον υπεργολάβο προς τον ανάδοχο, λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό της εμπειρίας και του ορίου του ανεκτέλεστου μέρους εργολαβιών δημοσίων έργων του υπεργολάβου.

β. Το ποσό της σύμβασης της υπεργολαβίας, όπως αυτό προκύπτει ιδίως από τα τιμολόγια που εκδίδονται από τον υπεργολάβο προς τον ανάδοχο αφαιρείται από το ανεκτέλεστο του αναδόχου, ο οποίος δικαιούται πιστοποιητικό εμπειρίας για το σύνολο του έργου.

Με απόφαση που εκδίδεται από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων καθορίζονται οι ελάχιστοι όροι που πρέπει να περιλαμβάνονται στο υπεργολαβικό συμφωνητικό, οι λόγοι για τους οποίους μπορεί ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής να μην εγκρίνει την υπεργολαβία, η διαδικασία έγκρισής της και κάθε σχετικό θέμα.

Η παράγραφος 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984 προσδιορίζει την εγκεκριμένη υπεργολαβία ως τη σύμβαση μεταξύ του αναδόχου και εργοληπτικής επιχείρησης της παρ. 1 του άρθρου 15 του Ν. 1418/1984 για την κατασκευή μέρους του έργου που έχει αναληφθεί από τον ανάδοχο και η οποία έχει τύχει της έγκρισης του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής. Το κρίσιμο ζήτημα είναι αν με τον όρο «ανάδοχος» ο νομοθέτης ήθελε να υποδηλώσει μόνο τον αρχικό ανάδοχο ή χρησιμοποίησε τον όρο ευρύτερα, υπάγοντας σ' αυτόν και τους καθ' υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου μεταγενέστερους κατασκευαστές του έργου. Η παράγραφος 9 του άρθρου 1 της παραπάνω υπουργικής απόφασης ορίζει τα εξής: *«Μετά από τη ρητή ή αυτοδίκαιη έγκριση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, ο ανάδοχος υποκαθίσταται από αυτήν στην κατασκευή του έργου. Με αίτηση της εγκεκριμένης κατασκευαστικής κοινοπραξίας αντικαθίστανται οι εγγυήσεις εκτέλεσης του έργου που είχε χορηγήσει ο αρχικός ανάδοχος, εφαρμοζομένων αναλόγως των σχετικών διατάξεων, όπως των άρθρων 27 και 35 § 2 του Π.Δ. 609/1985»*. Από την παρατεθείσα διάταξη προκύπτει ότι η σύσταση κατασκευαστικής κοινοπραξίας συνιστά μία μορφή ολικής υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου. Κατά την υποκατάσταση αναδόχου ο υποκατάστατος υπεισέρχεται σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του αρχικού αναδόχου από την εργολαβική σύμβαση, καθίσταται δηλαδή τύποις και ουσία ανάδοχος του έργου. Υπό την έννοια αυτή θα ήταν δύσκολο να τεκμηριωθεί οιοσδήποτε γενικός λόγος στέρησης από τον υποκατάστατο ανάδοχο του δικαιώματος να συνάπτει συμβάσεις εγκεκριμένης υπεργολαβίας με εργοληπτικές επιχειρήσεις. Κατά συνέπεια, στο πρώτο ερώτημα κατ' αρχήν προσήκει καταφατική απάντηση, με δύο σοβαρές επιφυλάξεις:

α) Οι σχετικές περί κατασκευαστικής κοινοπραξίας και εγκεκριμένης υπεργολαβίας διατάξεις ορίζουν ότι ο αρχικός ανάδοχος πρέπει να συμμετέχει τουλάχιστον κατά 50% στην κατασκευαστική κοινοπραξία και ότι ο ανάδοχος δεν δύναται να αναθέσει υπεργολαβικώς πέραν του 70% του έργου. Από το συνδυασμό των εν λόγω διατάξεων θα μπορούσε να συναχθεί το συμπέρασμα ότι πρόθεση του νομοθέτη ήταν να εκτελεί άμεσα ο αρχικός ανάδοχος τουλάχιστον το 30% του έργου. Υπό την έννοια αυτή η υποτιθέμενη αυτή βούληση του νομοθέτη θα καταστρατηγείτο αν μία κατασκευαστική κοινοπραξία, στην οποία θα συμμετείχε ο αρχικός ανάδοχος με ποσοστό 50%, ανέθετε υπεργολαβικώς το 70% του έργου· διότι σ' αυτή την περίπτωση ο αρχικός ανάδοχος θα περιοριζόταν στην κατασκευή του 15% του έργου. Εφόσον πράγματι αυτή ήταν η πρόθεση του νομοθέτη, τότε κατά την ανάθεση εγκεκριμένης υπεργολαβίας από πλευράς κατασκευαστικής κοινοπραξίας θα πρέπει να λαμβάνεται πρόνοια ώστε ο αρχικός ανάδοχος – μέλος της κατασκευαστικής κοινοπραξίας να διατηρεί τουλάχιστον το 30% του έργου υπό την άμεση εποπτεία και κατασκευή του. Επαναλαμβάνω, πάντως, ότι δεν είναι σαφής η πρόθεση του νομοθέτη ως προς το προκείμενο ζήτημα και η παραπάνω ερμηνευτική προσέγγιση δεν είναι και η μόνη υποστηρίξιμη. Εξίσου υποστηρίξιμη είναι και η άποψη ότι η

ρύθμιση της εγκεκριμένης υπεργολαβίας είναι απολύτως ανεξάρτητη αυτής της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και υπό τον όρο «ανάδοχος» της παρ. 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984 νοείται όχι μόνο ο αρχικός ανάδοχος αλλά και οιοσδήποτε καθ' υποκατάσταση αυτού μεταγενέστερος, ήτοι και η κατασκευαστική κοινοπραξία.

β) Σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984, ο ανάδοχος που έχει αναθέσει υπεργολαβικώς την εκτέλεση μέρους του έργου δικαιούται πιστοποιητικό εμπειρίας για το σύνολο του έργου, ενώ αντιστοίχως ο υπεργολάβος δικαιούται πιστοποιητικό εμπειρίας για το τμήμα του έργου που εκτέλεσε υπεργολαβικώς. Με τη διάταξη αυτή, δηλαδή, η εμπειρία από την εκτέλεση του υπεργολαβικώς ανατεθειμένου τμήματος του έργου καταλογίζεται ολόκληρη υπέρ αμφοτέρων, αναδόχου και υπεργολάβου. Τούτο έγινε, προφανώς, για να μη λειτουργεί η ενδεχόμενη απώλεια της εμπειρίας για το υπεργολαβικώς ανατιθέμενο τμήμα του έργου ως αντικίνητρο στην πρόθεση του αναδόχου να αναθέσει την εκτέλεση μέρους του έργου σε υπεργολάβους. Στις περιπτώσεις των κοινοπραξιών, όμως, (και μάλιστα όχι μόνο των κατασκευαστικών κοινοπραξιών αλλά και των αναδόχων κοινοπραξιών) αν ο υπεργολάβος μετέχει και ως μέλος στην ανάδοχο ή κατασκευαστική κοινοπραξία, θα πιστώνεται την εμπειρία από την υπεργολαβική εκτέλεση του ίδιου τμήματος του έργου δύο φορές: μία ως υπεργολάβος και μία ως μέλος της κοινοπραξίας. Ασφαλώς, τέτοιος διπλός καταλογισμός της εμπειρίας για το ίδιο τμήμα του έργου υπέρ της ίδιας εργοληπτικής επιχείρησης δεν μπορεί να συμπεριλαμβανόταν ανάμεσα στις προθέσεις του νομοθέτη. Επομένως, από την εν λόγω διαπίστωση εμμέσως δύναται να συναχθεί είτε, πρώτον, σιωπηρή βούληση του νομοθέτη να απαγορεύσει την υπεργολαβική ανάθεση του έργου σε εργοληπτικές επιχειρήσεις που αποτελούν μέλη της αναδόχου ή κατασκευαστικής κοινοπραξίας, είτε, δεύτερον, μη εφαρμογή του κανόνα περί διπλού υπολογισμού της εμπειρίας αναδόχου και υπεργολάβου στις περιπτώσεις τέτοιων υπεργολαβικών αναθέσεων. Το ζήτημα, πάντως, χρήζει διευκρινίσεων και περαιτέρω ερμηνευτικής ανάλυσης.

Συνοψίζοντας τα προπαρατεθέντα, η απάντησή μου στο πρώτο ερώτημα έχει ως εξής: Η ανάθεση με εγκεκριμένη υπεργολαβία, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 8 του Ν. 1418/1984, τμήματος του έργου από κατασκευαστική κοινοπραξία είναι κατ' αρχήν σύλληψη, ληπτέων πάντως υπόψη των δύο σοβαρών επιφυλάξεων που παρατίθενται ανωτέρω.

2. Στην παράγραφο 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984 ορίζεται ότι ο υπεργολάβος πρέπει να έχει τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνει και να ανήκει σε τάξη και κατηγορία έργου αντίστοιχη με το ποσό της σύμβασης υπεργολαβίας. Τούτο σημαίνει ότι η σύμβαση υπεργολαβίας αντιμετωπίζεται αυτοτελώς και ως προς το ποσό

και ως προς την κατηγορία των εργασιών και ο υπεργολάβος πρέπει να ανήκει στην αντίστοιχη τάξη και κατηγορία ωσάν να μετείχε σε δημοπρασία με αντικείμενο την ανάθεση της υπεργολαβικής σύμβασης και μόνο. Επομένως, κατά την άποψή μου, ισχύουν όλες οι κατά νόμο προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό και αναληψιμότητας του συγκεκριμένου έργου, ήτοι και τα κατώτερα όρια της τάξης του πτυχίου του υπεργολάβου. Διαφορετική ερμηνεία, σύμφωνα με την οποία δεν θα ίσχυαν για την υπεργολαβική ανάθεση έργου τα κατώτερα όρια προϋπολογισμού, πέραν της αντίθεσής της προς το γράμμα του νόμου, θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των αναγκαστικού δικαίου διατάξεων περί ορίων προϋπολογισμού, αφού ένα έργο προϋπολογισμού π.χ. 4^{ης} τάξης θα μπορούσε κατά 70% να ανατεθεί, μέσω υπεργολαβικής σύμβασης, σε εταιρείες μεγαλύτερων τάξεων (ακόμη και σε εταιρείες 7^{ης} τάξης), δηλαδή εργοληπτικές επιχειρήσεις που θα στερούνταν του δικαιώματος συμμετοχής στη δημοπρασία για την ανάθεσή του.

Στα προεκτεθέντα πλαίσια εφαρμόζεται, κατά τη γνώμη μου, αναλογικώς και το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 40 του άρθρου 16 του Ν. 1418/1984, όπως το εδάφιο αυτό προστέθηκε με την παράγραφο 6 του άρθρου 15 του Ν. 3212/2003, το οποίο ορίζει τα εξής: *«Σε δημοπρασία δημόσιου έργου, που περιλαμβάνει περισσότερες από μία κατηγορίες και η εργοληπτική επιχείρηση καλύπτει την καλούμενη τάξη της κύριας κατηγορίας, δεν ισχύουν τα κατώτατα όρια για τις άλλες κατηγορίες του έργου, εφόσον η επιχείρηση είναι εγγεγραμμένη σε αυτές τις κατηγορίες στην ίδια ή ανώτερη τάξη από την καλούμενη στη δημοπρασία. Ως κύρια θεωρείται η μεγαλύτερη σε προϋπολογισμό κατηγορία»*. Έτσι, αν το υπεργολαβικώς ανατιθέμενο τμήμα του έργου περιλαμβάνει περισσότερες κατηγορίες εργασιών και ο υπεργολάβος καλύπτει την τάξη της κύριας κατηγορίας (για το υπεργολαβικώς ανατιθέμενο τμήμα του έργου πάντα), δεν ισχύουν τα κατώτερα όρια για τις λοιπές κατηγορίες. Είναι αυτονόητο ότι η κύρια κατηγορία στο υπεργολαβικώς ανατιθέμενο τμήμα του έργου δεν θα ταυτίζεται αναγκαίως με την κύρια κατηγορία του όλου έργου, εφόσον η υπεργολαβία λογίζεται, για τον καθορισμό των τάξεων και των κατηγοριών εργοληπτικών πτυχίων που δύνανται να την αναλάβουν, ως αυτοτελής εργολαβία.

Πρέπει να επισημανθεί, πάντως, ότι έχει διατυπωθεί και άλλη ερμηνευτική εκδοχή, σύμφωνα με την οποία κατά την ανάθεση των υπεργολαβικών συμβάσεων δεν πρέπει να ισχύσουν τα κατώτερα όρια ανά τάξη πτυχίου, διότι το κρίσιμο κριτήριο για την επιλογή του υπεργολάβου δεν είναι τα τυπικά προσόντα συμμετοχής στις δημοπρασίες, και μάλιστα υπό την πλέον αυστηρά τυπική τους εκδοχή που εκφράζουν τα κατώτερα όρια ανά τάξη πτυχίου, αλλά η ουσιαστική τεχνική ικανότητα του υπεργολάβου να εκτελέσει το υπεργολαβικώς ανατιθέμενο τμήμα του έργου. Αν και η ανωτέρω άποψη ενδεχομένως να προσεγγίζει περισσότερο τις πραγματικές επιδιώξεις του νομοθέτη, θεωρώ ότι δεν συνάδει με τη ρητή και σαφή διατύπωση της επίμαχης διάταξης και, υπ' αυτή την έννοια, κατά τη γνώμη μου πάντα, συνιστά *contra legem* ερμηνεία.

3. Το τρίτο ερώτημα έχει ήδη απαντηθεί μαζί με το πρώτο. Για λόγους πληρότητας της απάντησης, επαναλαμβάνω τα εξής: Κατ' αρχήν ο νόμος δεν απαγορεύει την υπεργολαβική ανάθεση έργου με σύμβαση εγκεκριμένης υπεργολαβίας από την ανάδοχο (ή και την κατασκευαστική) κοινοπραξία σε εργοληπτική επιχείρηση μέλος της. Παρόλα αυτά, από τη συστηματική ερμηνεία των σχετικών διατάξεων ενδέχεται να συνάγεται έμμεση απαγόρευση σύμβασης αυτής της μορφής. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, δεν είναι επιτρεπτός ο εις διπλούν υπολογισμός της αποκομιζόμενης εμπειρίας από την εκτέλεση του υπεργολαβικώς ανατεθειμένου τμήματος του έργου στο πρόσωπο της αυτής εργοληπτικής επιχείρησης: δηλαδή, μια φορά υπό την ιδιότητά της ως υπεργολάβου και άλλη μία φορά υπό την ιδιότητά της ως μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.

Σ.Α.Τ.Ε.