

Σ.Α.Τ.Ε.

ΓΝΩΜΟΛΟΓΗΣΗ

Η εταιρεία - μέλος του Σ.Α.Τ.Ε. «ΘΕΜΕΛΙΟΔΟΜΗ Α.Ε.» υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

Επιτρέπεται ο «εγκεκριμένος» υπεργολάβος να είναι κοινοπραξία επιχειρήσεων του ΜΕΕΠ είτε προαιρετική είτε υποχρεωτική (αναβάθμιση), σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 8 του Ν. 1418/1984, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2940/2001;

Η απάντησή μου επί του ανωτέρω ερωτήματος έχει ως ακολούθως:

1. Η παράγραφος 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2940/2001, έχει ως ακολούθως:

«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:

Σ.Α.Τ.Ε.

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 προπαρατεθείσα παράγραφος συνιστά τη βασική νομοθετική διάταξη περί υπεργολαβιών δημοσίων έργων. Οι μόνες σχετικές με το υπό εξέταση ζήτημα ερμηνευτικές ενδείξεις που ενυπάρχουν στην ανωτέρω διάταξη είναι, αφενός η χρήση του όρου «εργοληπτική επιχείρηση», με περαιτέρω παραπομπή στη διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 15 του Ν. 1418/1984, και αφετέρου η αναγκαία προϋπόθεση να πληροί ο υπεργολάβος 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. Η χρήση του όρου «εργοληπτική επιχείρηση» δεν συνιστά κατ' ανάγκη ερμηνευτική ένδειξη της βούλησης του νομοθέτη να αποκλείσει τις κοινοπραξίες από την υπεργολαβική ανάληψη έργων, δοθέντος ότι ο όρος αυτός χρησιμοποιείται συχνά στη νομοθεσία δημοσίων έργων με ευρύτερο των αυστηρών ορολογικών του ορίων εννοιολογικό περιεχόμενο, στο οποίο περιλαμβάνεται και η έννοια της κοινοπραξίας. Επίσης, η διάταξη περί υποχρέωσης του υπεργολάβου να έχει τα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα ανάληψης του έργου είναι πλήρως εφαρμόσιμη και στις κοινοπραξίες. Κατά συνέπεια, από μόνη την ανωτέρω διάταξη δεν δύναται να συναχθεί με ασφάλεια συμπέρασμα υπέρ ή κατά του επιτρεπτού να είναι ο υπεργολάβος κοινοπραξία, γεγονός που καθιστά αναγκαία την αναδρομή και στις λοιπές σχετικές περί κοινοπραξιών και ανάληψης της κατασκευής δημοσίων έργων διατάξεις της νομοθεσίας.

Ανατρέχοντας στις λοιπές διατάξεις της ειδικής νομοθεσίας για τα δημόσια έργα που ρυθμίζουν τη δυνατότητα ανάληψης έργων από κοινοπραξία, δύναται να εξαχθούν τα ακόλουθα συμπεράσματα:

α. Η παράγραφος 1 του άρθρου 15 του Ν. 1418/1984 αναφέρεται σε εργοληπτικές επιχειρήσεις, με την επεξήγηση ότι οι επιχειρήσεις αυτές μπορεί να είναι ατομικές ή εταιρείες οποιασδήποτε νομικής μορφής ή συνεταιρισμοί. Το γεγονός ότι δεν γίνεται ειδική μνεία για κοινοπραξίες δεν σημαίνει ότι οι

κοινοπραξίες αποκλείονται της δυνατότητας να αναλάβουν την κατασκευή δημοσίων έργων, δοθέντος ότι η δυνατότητα αυτή προβλέπεται ρητώς σε άλλες διατάξεις της νομοθεσίας περί δημοσίων έργων. Επομένως, με τη χρήση του όρου «εργοληπτικές επιχειρήσεις» δεν πρέπει να υπολαμβάνεται πρόθεση του νομοθέτη να αποκλείσει τις κοινοπραξίες από την ανάληψη της κατασκευής δημοσίων έργων.

β. Το πεδίο εφαρμογής της παραγράφου 42 του νέου άρθρου 16 του Ν. 1418/1984 δεν δύναται να περιορισθεί, με βάση και μόνο τη γλωσσική της διατύπωση, στις συμμετέχουσες σε διαγωνισμό κοινοπραξίες. Επομένως, ούτε από την εν λόγω διάταξη δύναται να εξαχθεί αδιαμφισβήτητο ερμηνευτικό επιχείρημα υπέρ της απαγόρευσης υπεργολαβικής ανάθεσης τμήματος έργου σε κοινοπραξία.

γ. Αντιθέτως, οι διατάξεις του άρθρου 2 του Π.Δ. 609/1985, οι οποίες αποτελούν τα κύρια νομικά ερείσματα για τη συμμετοχή κοινοπραξιών σε διαγωνισμούς και την ανάληψη παρ' αυτών της κατασκευής δημοσίων έργων και οι οποίες (διατάξεις) εξακολουθούν να ισχύουν και μετά τη θέση σε ισχύ του Ν. 2940/2001 και ιδίως της παραγράφου 42 του νέου άρθρου 16 του Ν. 1418/1984,¹ περιέχουν γλωσσική διατύπωση τέτοια που φαίνεται να περιορίζει το πεδίο εφαρμογής τους στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων και μόνο. Συγκεκριμένα, η παράγραφος 3 του άρθρου 2 του Π.Δ. 609/1985 ορίζει ότι *«αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών που καμιάς το ποσοστό δεν ξεπερνά το όριο της προηγούμενης παραγράφου, στις δημοπρασίες καλούνται επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες για όλες τις κατηγορίες του έργου, ή κοινοπραξίες επιχειρήσεων που να καλύπτουν τις καλούμενες κατηγορίες»*. η δε παράγραφος 7 του αυτού άρθρου αναφέρει ότι *«οι εργοληπτικές επιχειρήσεις γίνονται δεκτές στις δημοπρασίες και σε κοινοπραξία αν δεν το αποκλείει η διακήρυξη. Οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που κοινοπρακτούν πρέπει να είναι της αυτής κατηγορίας και να ανήκουν όλες στην ίδια με την καλούμενη στη δημοπρασία τάξη ή και στην αμέσως ανώτερη τάξη. Η κάθε μία από τις επιχειρήσεις που κοινοπρακτούν, συμμετέχει στην κοινοπραξία με ποσοστό όχι μικρότερο του 25% του προϋπολογισμού της Υπηρεσίας του δημοπρατούμενου έργου»*. Επομένως, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι οι εν λόγω διατάξεις είναι αποκλειστικά εφαρμοστέες σε κοινοπραξίες που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, πράγμα που θα σήμαινε ότι οι υπεργολαβικές κοινοπραξίες δεν είναι κατ' αρχήν επιτρεπτές, δοθέντος ότι δεν υφίσταται άλλη νομοθετική ή κανονιστική διάταξη – πέραν της παρ. 42 του άρθρου 16 του Ν. 1418/1984 περί κοινοπραξιών αναβάθμισης ορίων και των διατάξεων περί κατασκευαστικών κοινοπραξιών, οι οποίες αφορούν ειδικότερες περιπτώσεις – που να προβλέπει τη δυνατότητα κατασκευής δημοσίου έργου από κοινοπραξία.

Παρά ταύτα, η εξαγωγή αδιαμφισβήτητου συμπεράσματος περί του μη επιτρεπτού των υπεργολαβικών κοινοπραξιών επί τη βάσει της γλωσσικής και μόνο διατύπωσης των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 2 του Π.Δ. 609/1985 είναι

¹ Βλ. σχετικά ΓνΝΣΚ 63/2003.

ιδιαίτερα επισφαλής, δεδομένου ότι η προκείμενη διάταξη είναι προγενέστερη και κατώτερης ιεραρχικής ισχύος των διατάξεων του Ν. 2940/2001, δύσκολα δε θα μπορούσε να εκληφθεί ως ειδικότερη διάταξη έναντι των διατάξεων του Ν. 2940/2001 περί υπεργολαβιών.

δ. Η σημαντικότερη ερμηνευτική ένδειξη εμπεριέχεται στην παράγραφο 7 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984 περί κατασκευαστικών κοινοπραξιών, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2940/2001. Σύμφωνα με εδάφιο αυτής, τα επιπλέον μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας δεν επιτρέπεται να είναι κοινοπραξίες. Αντίστοιχη απαγορευτική διάταξη δεν υπάρχει στην αμέσως επόμενη παράγραφο 8 του ιδίου άρθρου, που αναφέρεται στις υπεργολαβίες. Ένεκα της συγκεκριμένης ουσιώδους διαφοράς μεταξύ των δύο παραγράφων βασίμως μπορεί να συναχθεί κατ' αντιδιαστολή το συμπέρασμα ότι ο νομοθέτης θέλησε να επιτρέψει την ανάθεση υπεργολαβίας σε κοινοπραξία, δοθέντος ότι όπου ήθελε να απαγορεύσει τη συμμετοχή κοινοπραξίας στην κατασκευή του έργου το όρισε ρητώς.

ε. Τέλος, η παράγραφος 2 του άρθρου 1 της ΥΑ Δ17α/01/13/ΦΝ 430/2002 (ΦΕΚ/Β/267) «Όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας και υπεργολαβίας», από την οποία ενδεχομένως θα μπορούσε να συναχθεί κατ' αντιδιαστολή συμπέρασμα περί μη επιτρεπτού των υπεργολαβικών κοινοπραξιών, δεν συγκαταλέγεται ανάμεσα στις αναλόγως εφαρμοστέες και για τις υπεργολαβίες διατάξεις του άρθρου 1 της υπουργικής αυτής απόφασης, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 2 αυτής.

2. Συνοψίζοντας, από τα προρρηθέντα συνάγονται τα ακόλουθα συμπεράσματα:

Επί τη βάσει της στενής γλωσσικής διατύπωσης των προδιαληφθεισών αμέσως και εμμέσως εφαρμοστέων διατάξεων και επιχειρώντας μια *stricto juris* ερμηνευτική προσέγγιση, θα μπορούσε να συναχθεί κατ' αντιδιαστολή ερμηνευτικό επιχείρημα υπέρ της απαγόρευσης σύναψης υπεργολαβικής σύμβασης με κοινοπραξία. Πάντως, τα περιθώρια βασιμότητας αυτής της υπερβολικά αυστηρής ερμηνευτικής εκδοχής είναι ιδιαιτέρως στενά, για τους λόγους που εκτίθενται αναλυτικώς ανωτέρω.

Αντιθέτως, από τη συστηματική ερμηνεία των σχετικών διατάξεων, σε συνδυασμό με τις επιταγές που απορρέουν από τις αρχές της οικονομικής ελευθερίας και της ελευθερίας των συμβάσεων, δύναται να συναχθεί με ασφάλεια το συμπέρασμα ότι μία κοινοπραξία νομίμως συνάπτει ως υπεργολάβος σύμβαση υπεργολαβίας σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 8 του Ν. 1418/1984.

Κατά συνέπεια, η απάντησή μου επί του τεθέντος ερωτήματος είναι η εξής: Νομίμως μπορεί να συναφθεί σύμβαση υπεργολαβίας με κοινοπραξία ως υπεργολάβο, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984, όπως η παράγραφος αυτή προστέθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2940/2001. Στην περίπτωση αυτή οι υπεργολάβοι κοινοπραξίες πρέπει να πληρούν τις ουσιαστικές και

τυπικές προϋποθέσεις ανάληψης του υπεργολαβικώς εκτελούμενου τμήματος έργου, οι δε διατάξεις των παραγράφων 3 και 7 του άρθρου 2 του Π.Δ. 609/1985 και της παραγράφου 42 του νέου άρθρου 16 του Ν. 1418/1984 καθίστανται αναλόγως εφαρμοστέες και εν προκειμένω.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος

Σ.Α.Τ.Ε.