

Δικηγορικό Γραφείο Σταμάτη Σταμόπουλου
Χέυδεν 12, (3^{ος} όροφος), Αθήνα 104-34.
Τηλ.: 210 823 2502, 210 825 0521
Fax: 210 884 7869, 210 823 2302
E-mail: stamstam@hol.gr

Αθήνα, 10.4.2003

Εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ ερωτά, αν μέλη του Δ.Σ. στις θέσεις του Προέδρου του Αντιπροέδρου και του Διευθύνοντος Συμβούλου και βασικοί μέτοχοι μιας ανώνυμης εταιρείας (όχι όμως στελέχη της), οι οποίοι διατηρούν παραλλήλως και ατομικές εργοληπτικές επιχειρήσεις, δύνανται να συμμετέχουν με τις ατομικές τους επιχειρήσεις σε διαγωνισμό δημοσίου έργου στον οποίο συμμετέχει και η ανώνυμη εταιρεία και αν υπάρχει κίνδυνος ο διαγωνισμός αυτός να καταστεί διαβλητός.

Η απάντησή μου επί του ανωτέρω ερωτήματος έχει ως ακολούθως:

Α) Όσον αφορά το πρώτο σκέλος του ερωτήματος, η παράγραφος 7 του άρθρου 7 του π.δ. 472/1985 προέβλεπε τα ακόλουθα: *«Τα στελέχη της επιχείρησης των παρ. 1 και 2 έχουν συνεχή απασχόληση σε αυτή, μετέχουν ενεργά στο έργο της επιχείρησης, είναι ασφαλισμένα από την εργοληπτική επιχείρηση στον οικείο ασφαλιστικό φορέα και δεν μπορεί να απασχολούνται σε άλλη εργοληπτική επιχείρηση. Η συνεχής απασχόληση και η ενεργός συμμετοχή τους, αποδεικνύεται από την ιδιότητα του μέλους του διοικητικού συμβουλίου της ανώνυμης εταιρίας ή του εταίρου της προσωπικής εταιρίας ή της εταιρίας ή του εταίρου της προσωπικής εταιρίας ή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης ανάλογα με τη μορφή της εργοληπτικής επιχείρησης»*. Από την ερμηνεία της προπαρατιθέμενης παραγράφου συνάγεται ότι, **σε περίπτωση που αυτή θεωρείτο ισχύουσα και εφαρμοστέα**, στελέχη μιας εργοληπτικής επιχείρησης δεν θα ηδύναντο να συμμετέχουν στο διοικητικό συμβούλιο άλλης εργοληπτικής επιχείρησης σε θέσεις διευθύνοντος συμβούλου, εντεταλμένου συμβούλου ή εν γένει συμβούλου με εξουσίες διαχείρισης και εκπροσώπησης, διότι μια τέτοια συμμετοχή θα λογιζόταν ως απασχόληση σε άλλη εργοληπτική επιχείρηση, πράγμα που απαγορευόταν ρητώς από την προπαρατεθείσα διάταξη. Κατά συνέπεια, το εν προκειμένω εξεταστέο ζήτημα εντοπίζεται στο κατά πόσο το προπαρατεθέν εδάφιο της παραγράφου 7 του άρθρου 7 του π.δ. 472/1985 εξακολουθεί να ισχύει μετά τη θέση σε ισχύ του ν. 2940/2001.

Σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 9 του ν. 2940/2001, *«από την έναρξη της ισχύος του νόμου αυτού καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη, η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν»*. Η εν λόγω διάταξη δεν συνιστά γενική καταργητική διάταξη κάθε προϋσχύουσας ρύθμισης, αλλά πρέπει να διακριβώνεται σε κάθε εξεταζόμενη περίπτωση κατά πόσο η προγενέστερη ρύθμιση αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από το ν. 2940/2001.¹ Αναφορικά με το υπό εξέταση θέμα, ο ν. 2940/2001 περιέχει ειδική ρύθμιση: τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 4 (νυν παρ. 3 του νέου άρθρου 16 του ν. 1418/1984), η οποία αναφέρει τα ακόλουθα:

«3. Η στελέχωση της εργοληπτικής επιχείρησης, με στελέχη που είναι εγγεγραμμένα στο Μ.Ε.Κ. παρακολουθείται από την υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ., ώστε τα στελέχη αυτά να συμμετέχουν ενεργά στο έργο της

¹ Γν/ΝΣΚ 314/2002, σελ. 4 *in fine*.

επιχείρησης. Η υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ. 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 Μ.Ε.ΕΠ., η οποία εγκρίνει τη μεταβολή αυτή εξετάζοντας τους προβαλλόμενους λόγους μεταβολής».

Συνεπώς, στον ν. 2940/2001 περιλαμβάνεται ρύθμιση που αναφέρεται στο ρυθμιζόμενο από το προδιαληφθέν εδάφιο της παραγράφου 7 του άρθρου 7 του π.δ. 472/85 θέμα. Επιπροσθέτως, η ως άνω παράγραφος 7 του άρθρου 7 του π.δ. 472/1985 έχει εκδοθεί δυνάμει ειδικής νομοθετικής εξουσιοδότησης, που περιεχόταν στην παράγραφο 1 του παλαιού άρθρου 16 του ν. 1418/1984. Ήδη, ολόκληρο το άρθρο 16 του ν. 1418/1984 αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 2940/2001* επομένως, η εν λόγω εξουσιοδοτική διάταξη καταργήθηκε ρητώς. Για τους δύο προαναφερθέντες λόγους **το προδιαληφθέν εδάφιο της παραγράφου 7 του άρθρου 7 του π.δ. 472/1985 πρέπει πλέον να θεωρείται καταργημένο.**

Επομένως, συννομίζοντας τα ανωτέρω, η μόνη διάταξη που ρυθμίζει πλέον το υπό κρίση θέμα είναι η παράγραφος 3 του νέου άρθρου 16 του ν. 1418/1984, όπως το άρθρο αυτό αντικαταστάθηκε ολοσχερώς με το άρθρο 4 του ν. 2940/2001. Από την ανάγνωση της επίμαχης διάταξης **δεν συνάγεται ρητή απαγόρευση συμμετοχής στελέχους εργοληπτικής επιχείρησης στο διοικητικό συμβούλιο άλλης εργοληπτικής επιχείρησης.** Παρά ταύτα, η απαίτηση του νόμου, αφενός τα στελέχη της εργοληπτικής επιχείρησης να συμμετέχουν ενεργά στο έργο της επιχείρησης, αφετέρου η ελάχιστη στελέχωση να είναι συνεχής, **ενδέχεται να εκληφθεί ως έμμεση απαγόρευση ενεργού συμμετοχής** τους στις δραστηριότητες άλλης εργοληπτικής επιχείρησης. Τέτοια δε ενεργός συμμετοχή είναι, κατά την κοινή αντίληψη, η ανάληψη θέσης συμβούλου με εξουσίες εκπροσώπησης (π.χ. διευθύνων σύμβουλος, πρόεδρος του δ.σ. με δικαίωμα εκπροσώπησης κλπ.) στο διοικητικό συμβούλιο άλλης εργοληπτικής ανώνυμης εταιρείας. Σε περίπτωση που η παραπάνω διάταξη ερμηνευθεί κατά τον πιο πάνω τρόπο, καθίσταται προφανές ότι συντρέχει παράβαση των σχετικών αναγκαστικού δικαίου διατάξεων περί στελέχωσης των εργοληπτικών επιχειρήσεων. Η παράβαση δε αυτή, εφόσον διαπιστωθεί και τεκμηριωθεί, **ενδέχεται βασίμως να συνιστά λόγο αποκλεισμού** των εμπλεκόμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων από διαγωνισμούς στους οποίους συμμετέχουν.

Περαιτέρω, από την έρευνα των λοιπών διατάξεων της νομοθεσίας περί δημοσίων έργων δεν διαπιστώθηκε η ύπαρξη διάταξης που να απαγορεύει ρητώς την ανεξάρτητη συμμετοχή εργοληπτικών επιχειρήσεων, όπως οι παραπάνω, στον ίδιο διαγωνισμό. Πρέπει να αναφερθεί στο σημείο αυτό, ότι οι διατάξεις του άρθρου 15 παρ. 3 του ν. 2328/1995, του π.δ. 82/96 και του ν. 3021/2002 αφορούν διαφορετικές περιπτώσεις και δεν ασκούν επίδραση επί της υπό κρίση περίπτωσης. Ειδικότερα, ο μ.ν. 2328/1995 και το π.δ. 82/96 αφορούν στην ονομαστικοποίηση των μετοχών μέχρι φυσικού προσώπου των ανωνύμων εταιρειών που μετέχουν σε διαγωνισμούς για την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, ο δε ν. 3021/2002 θεσπίζει περιορισμούς στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με πρόσωπα που δραστηριοποιούνται ή συμμετέχουν σε επιχειρήσεις μέσω ενημέρωσης.

Επομένως, η απάντησή μου επί του πρώτου σκέλους του υποβληθέντος ερωτήματος είναι η εξής: Η ύπαρξη στελεχιακών συνδυασμών μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων, όπως οι αναφερόμενοι στο παραπάνω ερώτημα, ενδέχεται βασίμως να συνιστά παράβαση των σχετικών περί στελέχωσης των εργοληπτικών επιχειρήσεων αναγκαστικού δικαίου διατάξεων της νομοθεσίας περί δημοσίων έργων. Το γεγονός αυτό ευλόγως δύναται να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού από διαγωνισμούς δημοσίων έργων όσων εργοληπτικών επιχειρήσεων κριθούν ότι παραβιάζουν τις σχετικές διατάξεις. Περαιτέρω, καμία άλλη ρητή απαγόρευση ανεξάρτητης συμμετοχής εργοληπτικών επιχειρήσεων όπως οι παραπάνω στον ίδιο διαγωνισμό δημοσίου έργου δεν φαίνεται να περιέχεται στην ειδική περί δημοσίων έργων νομοθεσία.

Β) Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του ερωτήματος, πρέπει να επισημανθεί ότι, βάσει της περ. (γ) παρ. 2 του άρθρου 24 του Π.Δ. 609/1985, το αποτέλεσμα της δημοπρασίας μπορεί να ακυρωθεί, αν κατά την κρίση της Προϊσταμένης Αρχής ο συναγωνισμός υπήρξε ανεπαρκής, ή αν υπάρχουν σοβαρές ενδείξεις ότι έγινε συνεννόηση των συναγωνιζόμενων προς αποφυγή πραγματικού συναγωνισμού. Το πότε συντρέχει μία τέτοια περίπτωση είναι ζήτημα που εναπόκειται στην κρίση της Προϊσταμένης Αρχής, η οποία πάντως οφείλει να την αιτιολογήσει επαρκώς και ειδικώς.² Ενδεχομένως, στην εξεταζόμενη περίπτωση θα μπορούσαν οι επίμαχες ιδιοκτησιακές σχέσεις μεταξύ των ως άνω επιχειρήσεων να εκληφθούν, υπό προϋποθέσεις, ως ένδειξη συνεννόησης μεταξύ των διαγωνιζόμενων. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, θα ήταν απαραίτητη η διαπίστωση της συνδρομής και άλλων ουσιωδών στοιχείων (όπως, π.χ. ο αριθμός των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, το ύψος των προσφερομένων εκπτώσεων, ο συσχετισμός αυτών κλπ.)³ μόνο του το στοιχείο των προαναφερθεισών ιδιοκτησιακών σχέσεων δεν θα επαρκούσε ώστε να αχθεί συννόμως η Προϊσταμένη Αρχή σε απόφαση ακύρωσης του διαγωνισμού, είτε λόγω έλλειψης συναγωνισμού είτε λόγω ενδείξεων περί συνεννόησης των διαγωνιζόμενων.

Για την ταυτότητα των πραγματικών λόγων, θα ηδύνατο, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις και με την απαραίτητη συνδρομή πρόσθετων ενδείξεων και στοιχείων, η εξεταζόμενη ιδιοκτησιακή διαπλοκή να συνεκτιμηθεί ως ενδεικτικό στοιχείο συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής που περιορίζει τον ανταγωνισμό στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Πάντως, και σ' αυτή την περίπτωση, κατά τη γνώμη μου, μόνο του το στοιχείο της κατά τα άνω ιδιοκτησιακής διαπλοκής δεν αρκεί για τη στοιχειοθέτηση οιασδήποτε παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού.

Επομένως, η απάντησή μου επί του δεύτερου σκέλους του ως άνω ερωτήματος είναι, ότι οι περιγραφόμενες ιδιοκτησιακές ή στελεχιακές σχέσεις μεταξύ περισσότερων εργοληπτικών επιχειρήσεων δεν συνιστούν αφ' εαυτών λόγο ακύρωσης διαγωνισμού στον οποίο συμμετέχουν οι επιχειρήσεις αυτές⁴ δεν αποκλείεται, όμως, οι εν λόγω ιδιοκτησιακές ή στελεχιακές σχέσεις, εφόσον συντρέχουν και άλλα κατά νόμο απαραίτητα και ουσιώδη στοιχεία, να συνεκτιμηθούν ως ενδείξεις ενδεχόμενης συνεννόησης των διαγωνιζόμενων προς αποφυγή πραγματικού συναγωνισμού.

Εν κατακλείδι, οφείλω να επαναλάβω, ότι οι περιγραφόμενες ιδιοκτησιακές ή στελεχιακές σχέσεις μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων μπορεί να μη συνιστούν

² Βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», 10η έκδοση, παρ. 516 & 517, σελ. 529 επ., με παραπομπές σε πλούσια νομολογία του ΣτΕ. Επίσης, βλ. Απ. Χ. Γέροντα «Δίκαιο Δημοσίων Έργων», εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2000, σελ. 268 –269.

Σ.Α.Τ.Ε.

κατ' ανάγκη λόγο ακύρωσης ενός διαγωνισμού δημοσίου έργου στο σύνολό του, ενδέχεται όμως, με αυξημένη μάλιστα πιθανότητα, να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού των επιχειρήσεων αυτών από τον διαγωνισμό.

Με εκτίμηση,

Σ.Α.Τ.Ε.

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.