Η ΥΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ

1. ΟΡΙΣΜΟΣ

Με τους όρους 'υποκατάσταση του αναδόχου' ή 'εκχώρηση του έργου' νοείται η μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του εργολάβου από την εργολαβική σύμβαση σε τρίτο, όσον αφορά το σύνολο ή μέρος του αναληφθέντος έργου, κατά τρόπο ώστε να υπεισέρχεται ο τρίτος στη μεταξύ του φορέα του έργου και του εργολάβου σχέση. Στο σημείο αυτό θα ήθελα να επισημάνω ότι θεωρείται ατυχής η ταύτιση της έννοιας της υποκατάστασης με αυτή της εκχώρησης στις σχετικές διατάξεις, δεδομένου ότι εκχώρηση χωρεί μόνο επί απαιτήσεων και όχι επί υποχρεώσεων, ενώ ο όρος υποκατάσταση που χρησιμοποιεί ο νομοθέτης, αναφερόμενος στη μεταβίβαση τόσο των δικαιωμάτων όσο και των υποχρεώσεων του έργου, είναι ορθός και επαρκής.

2. ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΠΡΟΒΛΕΨΗ

Η υποκατάσταση του αναδόχου, αποτελεί θεσμό του εθνικού δικαίου που αναγνωρίζεται από τα ελληνικά δικαστήρια και ρυθμίζεται στις διατάξεις του άρθρου 65 του Ν. 3669/2008, με το οποίο κωδικοποιήθηκαν οι διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 6 του Ν. 1418/1984 και του άρθρου 51 του Π.Δ/τος 609/1985.

3. ΠΡΟΥΠΟΘΕΣΕΙΣ

Κατά κανόνα, το σχήμα (εταιρία ή κοινοπραξία) που έχει αναλάβει ως ανάδοχος την εκτέλεση ενός δημόσιου έργου μετά τη διενέργεια διαγωνισμού οφείλει το ίδιο να ολοκληρώσει αυτοδύναμα το έργο αυτό, διότι σε διαφορετική περίπτωση, ελλοχεύει ο κίνδυνος καταστρατήγησης των διατάξεων περί δημοσίων διαγωνισμών. Ωστόσο, ο νομοθέτης προέβλεψε ότι σε ορισμένες εξαιρετικές περιπτώσεις η υποκατάσταση του αναδόχου επιβάλλεται από το δημόσιο συμφέρον, που συνίσταται στην ταχεία ολοκλήρωση του δημοσίου έργου που έχει αρχίσει να κατασκευάζεται. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 65 του Νόμου 3669/2008 η υποκατάσταση αναδόχου δημοσίου έργου (από άλλον ανάδοχο), επιτρέπεται κατ΄ εξαίρεση και υπό ορισμένες προϋποθέσεις, **με πρωτοβουλία του αρχικού αναδόχου** για λόγους που σχετίζονται με την αδυναμία του να εκτελέσει τη σύμβαση, όπως αρχικά συμφώνησε με την αναθέτουσα αρχή.

Κατά την πιο πάνω διάταξη, όπως αυτή έχει ερμηνευθεί νομολογιακά, η υποκατάσταση του αναδόχου προβλέπεται **μόνο κατά το στάδιο της εκτέλεσης του έργου**, δηλαδή κατά το στάδιο που ακολουθεί την υπογραφή της σύμβασης μεταξύ αναδόχου και κυρίου του έργου (ΟλΣτΕ 971/1998, ΣτΕ 3562/2010, 2073/2012 και 1339/2014, ΑΠ 2146/2014, 119/2013, 570/2007, Γνωμ. ΝΣΚ 346/2001, 406/2003 και 315/2016). Επιτρέπεται δε **κατ' εξαίρεση** και υπό προϋποθέσεις, όταν συντρέχουν λόγοι που επιβάλλουν την ταχεία εκτέλεση του έργου και προκειμένου να αποφευχθεί η χρονοβόρα διαδικασία της εκκαθάρισης της εργολαβίας και επαναδημοπράτησης του έργου, το οποίο δεν έχει ακόμα εκτελεσθεί. **Συνεπώς, η υποκατάσταση απαγορεύεται κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης.**

Κατ' αρχάς, για την υποκατάσταση του αναδόχου απαιτείται **έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου**. Προτείνεται από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία κατόπιν υποβολής αίτησης από τον ανάδοχο και εγκρίνεται από την Προϊσταμένη Αρχή. Ειδικά, ως προς την περίπτωση αναδόχου κοινοπραξίας, όταν την υποκατάσταση ζητεί μέλος της, απαιτείται η συναίνεση όλων των μελών της. Για να εγκριθεί η υποκατάσταση πρέπει η εργοληπτική επιχείρηση που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο να έχει τα ίδια προσόντα (κατηγορίες και τάξεις πτυχίου) που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον ανάδοχο και να παρέχει τα απαραίτητα εχέγγυα για την κατασκευή του έργου κατά την κρίση της Προϊσταμένης Αρχής, η οποία οφείλει να λάβει υπόψη της και τα σχετικά στοιχεία του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Γνωμ. ΝΣΚ 465/2000).

Αν με οποιοδήποτε τρόπο διαπιστωθεί ότι έχει λάβει χώρα άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση δίχως την έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου, συντρέχει λόγος έκπτωσης του αναδόχου, αφού ληφθεί υπόψη η γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων (Γνωμ. ΝΣΚ 313/1996). Με τη διάταξη αυτή επιδιώκεται ο αποκλεισμός των υποκρυπτόμενων υποκαταστάσεων, που είτε δεν έχουν εγκριθεί από τον κύριο του έργου, είτε οδηγούν στην εκτέλεση των έργων από τρίτους που δεν έχουν τα απαραίτητα προσόντα να αναλάβουν την κατασκευή τους.

Η έννοια της υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου από τρίτο, δεν πρέπει να συγχέεται με την έννοια της υπεργολαβίας, δηλαδή της σύμβασης,

με την οποία ο εργολάβος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (κύριο του έργου ή φορέα κατασκευής του). Στην περίπτωση της υπεργολαβίας ο εργολάβος παραμένει μόνος υπεύθυνος έναντι του εργοδότη και για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες (ΑΠ 1468/2000, ΑΠ 570/2007, ΑΠ 2146/2014).

4. ΜΟΡΦΕΣ ΥΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ

Υπάρχουν δύο μορφές υποκατάστασης:

α. χωρίς απαλλαγή του αρχικού αναδόχου από την ευθύνη του και

β. με απαλλαγή από την ευθύνη του.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 65 παρ. 2 του Ν. 3669/2008 η υποκατάσταση συντελείται **κατ' αρχήν χωρίς απαλλαγή του αρχικού αναδόχου** από την ευθύνη του, **συνεχίζει δε αυτός και μετά την υποκατάσταση να ευθύνεται μαζί με τον υποκατάστατο «εις ολόκληρον» προς τον κύριο του έργου, το προσωπικό του έργου και οποιονδήποτε τρίτο.**

Κατ' εξαίρεση μπορεί να εγκριθεί η υποκατάσταση με απαλλαγή του αναδόχου από την ευθύνη του, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του έργου και ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περατώσει το έργο. Στην περίπτωση αυτή οι σχετικές διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 65 του Ν. 3669/2008 θεσπίζουν μία συγκεκριμένη διαδικασία, σύμφωνα με την οποία επιτρέπεται η υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου με απαλλαγή του από την ευθύνη. Συγκεκριμένα, ο ανάδοχος πρέπει να υποβάλει αίτηση, στην οποία να προσδιορίζεται το τμήμα της εργολαβίας, για το οποίο ζητείται η υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη, καθώς και η πιστοποίηση, μετά την πληρωμή της οποίας, όλες οι πληρωμές θα διενεργούνται από τον υποκατάστατο. Μαζί με την αίτηση πρέπει να υποβληθεί και δήλωση του νέου αναδόχου ότι αποδέχεται το περιεχόμενο της αίτησης του προς αρχικού αναδόχου.

Εφόσον η υποκατάσταση με απαλλαγή εγκριθεί, με την απόφαση της έγκρισής της διαπιστώνεται κατ'αρχάς ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις υποκατάστασης με απαλλαγή και καθορίζονται:

- το τμήμα της εργολαβίας, για το οποίο ισχύει η υποκατάσταση, σε περίπτωση που η υποκατάσταση δεν γίνεται για το σύνολο του έργου,
- η πιστοποίηση, μετά την οποία οι πληρωμές θα διενεργούνται από τον νέο ανάδοχο,
- οι εγγυήσεις του νέου αναδόχου και
- κάθε αναγκαία λεπτομέρεια ώστε να οργανωθεί αποτελεσματικά η νέα κατάσταση.

Όταν ολοκληρωθεί η διαδικασία υποκατάστασης με απαλλαγή του αρχικού αναδόχου, ο υποκατάστατος επέχει στο εξής θέση αναδόχου και αναλαμβάνει όλες τις ευθύνες για το σύνολο του έργου ή για τα τμήματα του έργου που προσδιορίζονται με την απόφαση έγκρισης της υποκατάστασης (ΑΠ 570/2007). Στην ειδική περίπτωση λοιπόν της υποκατάστασης σε μέρος του έργου με απαλλαγή του αρχικού αναδόχου επέρχεται μία οιονεί διάσπαση του ενιαίου αρχικά έργου και κάθε εργοληπτική επιχείρηση αναλαμβάνει την ευθύνη για το τμήμα του έργου, του οποίου ανέλαβε την κατασκευή (ΓνωμΝΣΚ 157/2001 και 72/2003). Ο νέος ανάδοχος δεν ευθύνεται για τις αξιώσεις τρίτων κατά του αρχικού αναδόχου (Γνωμ. ΝΣΚ 468/2006). Τυχόν εκχώρηση απαιτήσεων του αρχικού αναδόχου ισχύει μέχρι τον λογαριασμό που αναφέρεται στην απόφαση έγκρισης της υποκατάστασης με απαλλαγή. Κατ’εξαίρεση, ο υποκατάστατος ανάδοχος αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις του αρχικού αναδόχου προς το προσωπικό που εργάσθηκε στο έργο τους τελευταίους τρεις (3) μήνες πριν την υποκατάσταση. Η επέκταση αυτή της ευθύνης του νέου αναδόχου δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος που συνίστανται αφενός στην επίτευξη της ταχείας ολοκλήρωσης του συγκεκριμένου δημοσίου έργου και αφετέρου στην προστασία της οικονομικά ασθενούς τάξης των εργαζομένων.

Τέλος, οι εγγυήσεις επ' ονόματι του αρχικού αναδόχου ή το μέρος τους που ορίζεται με την εγκριτική απόφαση, αποδίδονται αφού προηγουμένως κατατεθούν νέες ισόποσες εγγυήσεις από τον νέο ανάδοχο. Μόνο μετά την κατάθεση αυτή απαλλάσσεται ο αρχικός ανάδοχος από την ευθύνη του. Η άποψη αυτή, η οποία υιοθετήθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας με την

απόφασή του με αριθμό 1809/2017, είναι σύμφωνη με τον σκοπό της θέσπισης από το νομοθέτη της υποχρέωσης του αναδόχου να καταθέσει, πριν από την υπογραφή της σύμβασης, εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης του έργου, ο οποίος συνίσταται στην ανάγκη να μην παραμείνει το έργο σε καμία χρονική στιγμή ακάλυπτο από επαρκή εγγύηση της καλής εκτέλεσής του.

Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι η υποκατάσταση του αναδόχου είναι θεσμός του εθνικού δικαίου και η συμβατότητά του με το ενωσιακό δίκαιο και τις αρχές του ενωσιακού δικαίου που διέπουν τη διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως την αρχή της μη νόθευσης του ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων και της απαγόρευσης των δυσμενών διακρίσεων, έχει αμφισβητηθεί, καθότι μία επιχείρηση που δεν έλαβε μέρος στη διαδικασία ανάθεσης και της οποίας η προσφορά δεν συγκρίθηκε προς τις άλλες, αναλαμβάνει εν όλω ή εν μέρει την εκτέλεση και άρα και τα οφέλη της σύμβασης. Ήδη με τις νέες διατάξεις του άρθρου 164 του νόμου 4412/2016 γίνεται προσπάθεια εναρμόνισης της εθνικής νομοθεσίας με το ενωσιακό δίκαιο. Αν και ταυτόσημη ως προς τη διαδικασία και τις συνέπειες της υποκατάστασης με το προϊσχύον δίκαιο, θέτει αυστηρότερες προϋποθέσεις επιτρεπτής υποκατάστασης, ενσωματώνοντας κατ΄ αυτόν τον τρόπο στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 72 παρ. 1 α’ της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις δημοσίων έργων με εκτιμώμενη αξία (εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας) ίση ή ανώτερη των 5.225.000 ευρώ.

Ειδικά όπως, ως προς την περίπτωση της υποκατάστασης με απαλλαγή του αρχικού αναδόχου, έχουν διατυπωθεί αντιρρήσεις ως προς τη συμβατότητά της προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της απαγόρευσης δυσμενών διακρίσεων, δεδομένου ότι παρέχει αδικαιολόγητο πλεονέκτημα στον αρχικό ανάδοχο, ο οποίος δεν επωμίζεται την ευθύνη για την αδυναμία του να ανταποκριθεί στις δεσμεύσεις που ανέλαβε με την προσφορά του, καθώς δεν καταπίπτουν σε βάρος του οι ποινές έκπτωσης ή άλλες ρήτρες ευθύνης.

Υπό την έννοια αυτή, η εξαιρετική περίπτωση της υποκατάστασης με απαλλαγή του αρχικού αναδόχου καλό είναι να αποφεύγεται στα δημόσια έργα των συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων, δεδομένου ότι ελλοχεύει ο κίνδυνος οι σχετικές δαπάνες να κριθούν μη επιλέξιμες και να επιβληθεί δημοσιονομική διόρθωση λόγω αντίθεσης στο ενωσιακό δίκαιο.

ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ

Τέλος, περίπτωση υποκατάστασης αποτελεί η προβλεπόμενη στα άρθρα 66 και 67 του Ν. 3669/2008 δυνατότητα σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας, η οποία συνιστά διεύρυνση με τη μορφή αυτή του αρχικού αναδόχου με άλλες μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις (όχι κοινοπραξίες), κατά την εκτέλεση του έργου. Στην ουσία, στην περίπτωση αυτή υπάρχει αλλαγή της σύνθεσης του αναδόχου.

Σκοπός της θέσπισης του θεσμού της κατασκευαστικής κοινοπραξίας είναι η επιτάχυνση των ρυθμών εκτέλεσης των έργων και η δημιουργία μόνιμων συνεργασιών μεταξύ των επιχειρήσεων.

Κι εδώ απαραίτητη προϋπόθεση είναι η έγκριση από τον φορέα κατασκευής του έργου.

Προϋποθέσεις αποδοχής της αίτησης είναι να βρίσκεται το έργο σε στάδιο εκτέλεσης, να ανήκουν οι εισερχόμενες επιχειρήσεις στις καλούμενες από τη διακήρυξη τάξεις και κατηγορίες του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων και ο ή οι αρχικοί ανάδοχοι να διατηρούν τα αναφερόμενα στο άρθρο 66 του Ν. 3669/2008 ποσοστά συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία.

Ιδιαιτερότητα ως προς την υποκατάσταση του άρθρου 65 αποτελεί η τεκμαιρόμενη αποδοχή του αιτήματος περί συγκρότησης κατασκευαστικής κοινοπραξίας αν η Υπηρεσία δεν απαντήσει αρνητικά εντός μηνός στο σχετικό αίτημα, υπό την προϋπόθεση ότι αυτό έχει υποβληθεί νόμιμα.

Η ευθύνη των κοινοπρακτούντων είναι, όπως σε κάθε περίπτωση κοινοπραξίας εις ολόκληρον και για το σύνολο του έργου, ανεξαρτήτως της

φάσης, στην οποία βρίσκεται το υπό εκτέλεση έργο κατά τον χρόνο σύστασης της κοινοπραξίας.

Ιδιαίτερη αναφορά στο σημείο αυτό γίνεται και πάλι στην απόφαση του Συμβούλιου της Επικρατείας με αριθμό 1809/2017, με την οποία κρίθηκε ότι σε περίπτωση, κατά την οποία δεν ζητήθηκε από τη νέα ανάδοχο κοινοπραξία η αντικατάσταση των εγγυήσεων υπέρ του αρχικού αναδόχου και δεν παραδόθηκαν στον κύριο του έργου οι νέες εγγυήσεις υπέρ όλων των μελών της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, **οι αρχικές εγγυήσεις εξακολουθούν να ισχύουν στο ακέραιο και καλύπτουν την εκτέλεση του έργου στο σύνολό του, αφού γι αυτήν εξακολουθεί να ευθύνεται εις ολόκληρον ο αρχικός ανάδοχος και ήδη μέλος της κοινοπραξίας.**

Μαριλένα Λάλωση – Κατακουζηνού
Δικαστική Πληρεξούσια Α' Ν.Σ.Κ.