



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

26/2015

(της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. ια' του Ν. 4013/2011)

Στην Αθήνα σήμερα την 3η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα πέντε (2015) ημέρα Τρίτη και ώρα 12.00, και επί της οδού Λ.Κηφισίας 7 στους Αμπελοκήπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος :** Χρήστος Δετσαρίδης
- 2. Μέλη:** Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Σταθακόπουλος Δημήτριος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν λόγω δικαιολογημένου κωλύματος.

Γραμματέας: Τσιάβου Στυλιανή

Εισηγητής: Στρογγύλη Ειρήνη, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., Νομικός

Ερώτημα: το υπ. αριθ. Πρωτ. 159/Ε/13-1-2015 έγγραφο ερώτημα της Τεχνικής Υπηρεσίας της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης – Αποχέτευσης Λαμίας, το οποίο παρελήφθη από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων με αριθ. Πρωτ. 88/13-1-2015.

Θέμα: Παροχή συμβουλής της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επί αιτήματος της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης – Αποχέτευσης Λαμίας αναφορικά με την εξέλιξη του έργου: “Κατασκευή Νέου Τροφοδοτικού Αγωγού Ύδρευσης Λαμίας από πηγές Γοργοποτάμου”.

Με το υπ. αριθ. πρωτ. 159/Ε/13-1-2015 έγγραφο της Τεχνικής Υπηρεσίας της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης - Αποχέτευσης (ΔΕΥΑ) Λαμίας, το οποίο παρελήφθη από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημο-

σίων Συμβάσεων στις 13/1/2015 (αριθ. πρωτ. 88), ζητείται η γνωμοδότηση της Αρχής σχετικά με θέματα που αφορούν την “υποκατάσταση” μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας για το έργο “Κατασκευή Νέου Τροφοδοτικού Αγωγού Ύδρευσης Λαμίας από πηγές Γοργοποτάμου”, το οποίο έχει ενταχθεί στο ΕΠΠΕΡΑΑ του Υπουργείου Περιβάλλοντος.

I. Ιστορικό – Πραγματικό πλαίσιο

Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο έγγραφο της ΔΕΥΑ Λαμίας και τα προσκομισθέντα έγγραφα, τα πραγματικά περιστατικά έχουν ως εξής:

Με την υπ’αριθ. πρωτ. 3310/Ε/18-6-2013 σύμβαση που συνήφθη μεταξύ της ΔΕΥΑ Λαμίας και της κοινοπραξίας “ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ - SICAP S.A.”, η τελευταία ανέλαβε την εκτέλεση του προαναφερόμενου έργου. Ακολούθως, η ανάδοχος κοινοπραξία υπέβαλλε στην ΔΕΥΑ Λαμίας το υπ’αριθ. 6091/31-10-2014 έγγραφό της, με το οποίο την ενημέρωσε ότι με απόφαση του Περιφερειάρχη Στερεάς Ελλάδος Π.Ε. Ευβοίας εγκρίθηκε η απόσχιση του κατασκευαστικού κλάδου της εταιρείας “ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ” και η εισφορά αυτού στην ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία “SEC ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΕΣ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ”. Επιπλέον, η κοινοπραξία σημείωσε ότι με απόφαση του αρμοδίου οργάνου «εγκρίθηκε η μεταφορά του ΜΕΕΠ 17940 της εταιρείας ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ στην εταιρεία SEC και ότι η εταιρεία ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ παύει να είναι εγγεγραμμένη στο μητρώο εργοληπτικών επιχειρήσεων και τη θέση της παίρνει η εταιρεία SEC, η οποία θα ασκεί πλέον τη δραστηριότητα «Ανάληψη και Κατασκευή Δημοσίων Έργων» με το ίδιο υπ’αριθ. 17940 ΜΕΕΠ αναλαμβάνοντας την ολοκλήρωση όλων των έργων, όπως αναλυτικά προσδιορίζονται στην σχετική σύμβαση απόσχισης». Κατόπιν αυτών, η ανάδοχος κοινοπραξία με το ως άνω έγγραφο της ζήτησε την υποκατάσταση του μέλους της “ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ” από την εταιρεία “SEC Α.Ε.” και πιο συγκεκριμένα ζήτησε τη σύμφωνη πρόταση της Διευθύνουσας Υπηρεσίας του Έργου και την έγκριση από την Προϊστάμενη Αρχή της υποκατάστασης της αναδόχου κοινοπραξίας “ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ - SICAP S.A.”, από την κοινοπραξία “SEC – SICAP Α.Ε.”, η οποία διαθέτει τα προσόντα που απαιτούνται και η υποκατάσταση έγινε με τη συναίνεση όλων των μελών της κοινοπραξίας.

Σχετικά με το αίτημα της κοινοπραξίας, η ΔΕΥΑ Λαμίας απευθύνθηκε στην Ενδιάμεση Διαχειριστική Αρχή της Περιφέρειας Στερεάς Ελλάδας, με το υπ’αριθ. πρωτ. 6171/4-11-2014 έγγραφό της, με το οποίο την ενημέρωσε για το αίτημα της κοινοπραξίας για “την αποδοχή της μεταφοράς του ΜΕΕΠ 17940 του μέλους της Κ/Ξ ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ στην εταιρεία SEC” και ζήτησε τη σχετική προέγκριση. Ακολούθως, η ΕΔΑ Π. Στερεάς Ελλάδας, υπέβαλε στις 17/11/2014 ερώτημα στην Ειδική Υπηρεσία Θεσμικής Υποστήριξης (Ε.Υ.Θ.Υ.), με το οποίο ζήτησε διευκρινίσεις εάν μπορεί να τύχει έγκρισης η τροποποίηση της σύμβασης ως προς την αντικατάσταση μέλους της κοινοπραξίας από άλλη εταιρεία και σε ποιές ενέργειες θα πρέπει να προβεί ο κύριος του έργου λαμβάνοντας υπόψη ότι το έργο εκτελείται από το νέο σχήμα, συνεπεία της απόσχισης και της μεταφοράς του πτυχίου, χωρίς την προηγούμενη έγκρισή του.

Με την από 15-12-2014 απάντησή της η ΕΥΘΥ εξέτασε το ζήτημα της υποκατάστασης αναδόχου του άρθρου 65 του ν. 3669/2008 σε σχέση με την προβληματική της ουσιώδους τροποποίησης των όρων της σύμβασης και τις προβλεπόμενες σχετικές ρυθμίσεις της νέας Οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ. Στην απάντησή της, η ΕΥΘΥ αναφέρει ότι σε περιπτώσεις υποκατάστασης έχουμε απευθείας ανάθεση, για την οποία απαιτείται προηγούμενη γνωμοδότηση της ΕΑΑΔΗΣΥ, και, μεταξύ άλλων, σημειώνει ότι “2. ... δεδομένου ότι η απόσχιση κλάδου οδηγεί σε υποκατάσταση της εταιρείας που εισφέρει από την εταιρεία που απορροφά, συνιστά ουσιώδη μεταβολή των όρων της σύμβασης που με βάση την κρατούσα ενωσιακή νομολογία και θεωρία δεν είναι συμβατή με το κοινοτικό

δίκαιο” αναφερόμενη παράλληλα και στις διατάξεις του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπου προβλέπεται περίπτωση αποδεκτής συμβατικής μεταβολής του προσώπου του αναδόχου.

Κατόπιν αυτών, η ΔΕΥΑ Λαμίας στο απευθυνόμενο προς την ΕΑΑΔΗΣΥ έγγραφό της, επισημαίνει ότι κατά την άποψή της «δεν πρόκειται για «απευθείας ανάθεση» ούτε για «ανάθεση με διαπραγμάτευση» λαμβανομένου δε υπόψη ότι η εκτέλεση του έργου συνεχίζεται κανονικά από τους ίδιους κατασκευαστές, η Υπηρεσία θεωρεί ότι θα πρέπει να γίνει αποδεκτή η αίτηση της Κ/Ξ. Σημειώνεται ότι πρόκειται για την ίδια εργοληπτική Επιχείρηση (κατασκευαστικά συνεργεία) με διαφορετική ονομασία, αλλά ίδιο εργοληπτικό πτυχίο» και ζητά από την ΕΑΑΔΗΣΥ να απαντήσει στα ερωτήματα α) αν είναι υποχρεωτική η προηγούμενη γνωμοδότηση της ΕΑΑΔΗΣΥ πριν ληφθεί απόφαση επί του από 4-11-2014 αιτήματος “υποκατάστασης” και β) σε περίπτωση θετικής απάντησης στο πρώτο ερώτημα ζητά την γνωμοδότηση της ΕΑΑΔΗΣΥ σχετικά με το αίτημα της Κ/Ξ “ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ -SICAP SA”.

II. Αρμοδιότητα της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων για την εξέταση του ερωτήματος.

Σχετικά με τις αρμοδιότητες της ΕΑΑΔΗΣΥ σημειώνεται ότι στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπ. δδ’ του ν. 4013/2011 προβλέπεται ότι:

«2. Η Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: [...]

δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) «εργασίμων» ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. [...]”

Από την προπαρατιθέμενη διάταξη συνάγεται ότι η αρμοδιότητα της ΕΑΑΔΗΣΥ για την έκδοση σύμφωνης γνώμης αφορά τις περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης στις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις των άρθρων 24 και 25 π.δ/τος 60/2007 ή του άρθρου 25 παρ. 3 π.δ/τος 59/2007, εφόσον οι προς ανάθεση συμβάσεις εμπíπτουν, λόγω ποσού, στο πεδίο εφαρμογής των ως άνω Προεδρικών Διαταγμάτων. Λεπτομέρειες για τη διαδικασία έκδοσης σύμφωνης γνώμης στο πλαίσιο της προαναφερόμενης αρμοδιότητας της ΕΑΑΔΗΣΥ περιγράφεται διεξοδικά στην Κατευθυντήρια Οδηγία 1/2013.

Από την εξέταση των υποβληθέντων εγγράφων και στοιχείων, εν προκειμένω, προκύπτει κατ’αρχήν ότι τα πραγματικά περιστατικά του συγκεκριμένου ερωτήματος δεν μπορούν να ενταχθούν σε μία από τις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης των άρθρων 24 και 25 του π.δ/τος 60/2007 ή του άρθρου 25 παρ. 3 π.δ/τος 59/2007. Ως εκ τούτου, η ΕΑΑΔΗΣΥ απέχει από την έκδοση σύμφωνης γνώμης στο πλαίσιο της αρμοδιότητας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπ. δδ’ του ν. 4013/2011.

Ωστόσο στο ίδιο ως άνω άρθρο 2 του ν. 4013/2011, παρ. 2 περ. ια’ προβλέπεται επίσης ότι η ΕΑΑΔΗΣΥ έχει αρμοδιότητα να «ια) Παρέχει συμβουλές στις αναθέτουσες αρχές με δική της πρωτοβουλία ή ύστερα από αιτήματα των τελευταίων, ιδίως κατά το στάδιο εκδίκασης ή εξέτασης

προδικαστικών προσφυγών, σχετικά με τη νόμιμη διεξαγωγή των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και την ομοιόμορφη εφαρμογή της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων». Συνεπώς, η παρούσα απόφαση εκδίδεται στο πλαίσιο της ως άνω αρμοδιότητας της ΕΑΑΔΗΣΥ για παροχή συμβουλών προς τις αναθέτουσες αρχές.

III. Νομικό πλαίσιο

A. Στον ν. 2166/1993 «Κεφαλαιαγορά – Επιχειρήσεις – φορολογία – δημόσια κτήματα κλπ», με τον οποίο θεσπίσθηκαν φορολογικές απαλλαγές και άλλες διευκολύνσεις για τις συγχωνευόμενες ή μετασχηματιζόμενες εν γένει εταιρείες, προβλέπεται μεταξύ άλλων η απόσχιση κλάδου από λειτουργούσα επιχείρηση και η εισφορά του σε λειτουργούσα ανώνυμη εταιρεία. Συγκεκριμένα τα άρθρα 1 παρ. 1 περ. ε' και 4 του ν. 2166/1993 προβλέπουν τα ακόλουθα:

«Άρθρο 1: Μετασχηματισμοί επιχειρήσεων - Περιεχόμενο και πεδίο εφαρμογής

1. Οι διατάξεις των άρθρων 1 έως και 5 του παρόντος εφαρμόζονται στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α. Μετατροπής ή συγχώνευσης επιχειρήσεων εγκατεστημένων στην Ελλάδα οιασδήποτε μορφής, σε ημεδαπή ανώνυμη εταιρία ή εταιρία περιορισμένης ευθύνης.

β. Απορροφήσεως επιχειρήσεων οιασδήποτε μορφής από υφιστάμενη ημεδαπή ανώνυμη εταιρία ή εταιρία περιορισμένης ευθύνης.

γ. Συγχωνεύσεως ανωνύμων εταιριών κατά την έννοια των άρθρων 68 παρ.1 και 79 του κ.ν. 2190/1920.

δ. Διάσπασης ανωνύμων εταιριών κατά την έννοια του άρθρου 81 παράγραφος 1 του κ.ν. 2190/1920 (ΦΕΚ 144 Α'), με την προϋπόθεση ότι οι διασπώμενες απορροφούνται από υφιστάμενες ανώνυμες εταιρίες.

ε. Εισφοράς από λειτουργούσα επιχείρηση ενός ή περισσότερων κλάδων ή τμημάτων της σε λειτουργούσα ανώνυμη εταιρία. Για τους σκοπούς του παρόντος κεφαλαίου η εταιρία που προκύπτει από το μετασχηματισμό θα αναφέρεται κατωτέρω ως νέα εταιρία.

στ. Συγχώνευσης αστικών συνεταιρισμών του ν.1667/1986 με σκοπό την ίδρυση νέου αστικού συνεταιρισμού του νόμου αυτού."

[...]

«Άρθρο 4 - Εισφορά ενός ή περισσότερων κλάδων ή τμημάτων λειτουργούσας επιχείρησης

1. Σε περίπτωση εισφοράς, από λειτουργούσα ανώνυμη εταιρία ή εταιρία περιορισμένης ευθύνης ενός ή περισσότερων κλάδων αυτής σε λειτουργούσα ανώνυμη εταιρία, το μετοχικό κεφάλαιο μετά την εισφορά της εταιρίας που απορροφά τον κλάδο δεν μπορεί να είναι μικρότερο μετά την εισφορά από το προβλεπόμενο από την παράγραφο 5 του άρθρου 2 του παρόντος και το κεφάλαιο της εισφέρουσας τον κλάδο επιχείρησης δεν μπορεί να είναι μικρότερα μετά την εισφορά από το ελάχιστο όριο κεφαλαίου, που ορίζεται από τις διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 8 του κ.ν.2190/1920, προκειμένου για ανώνυμες εταιρίες και της παραγράφου 1 του άρθρου 4 του ν.3190/1955,για εταιρίες περιορισμένης ευθύνης.

2. Οι διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου εφαρμόζονται και σε περίπτωση εισφοράς ενός ή περισσότερων τμημάτων ανώνυμης εταιρίας σε άλλη λειτουργούσα (ή συνιστώμενη) ανώνυμη εταιρία.

3. Η πράξη με την οποία μία ανώνυμη εταιρεία χωρίς να λυθεί εισφέρει το σύνολο ή έναν ή περισσότερους κλάδους της δραστηριότητάς της σε μίαν άλλη ανώνυμη εταιρεία έναν μετοχών της λήπτριας εταιρείας δεν αποτελεί διάσπαση ανώνυμης εταιρείας και δεν διέπεται από τα άρθρα 81 έως 89 του κ.ν. 2190/1920».

B. Περαιτέρω, στο άρθρο 65 του κ.ν. 3669/2008 («Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων»), το οποίο κωδικοποιεί τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 6 του Ν. 1418/1984 και του άρθρου 51 παρ. 1-4 του Π.Δ. 609/1985 ορίζονται τα ακόλουθα:

«Άρθρο 65 - Υποκατάσταση

1. Η Υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτο στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου) απαγορεύεται χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου. Η έγκριση της Υποκατάστασης γίνεται από την προϊσταμένη αρχή, μετά από πρόταση της διευθύνουσας υπηρεσίας, εφόσον η εργοληπτική επιχείρηση, που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο, έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον ανάδοχο και παρέχει τα απαραίτητα εγγύγια για την κατασκευή του έργου, κατά την κρίση της προϊσταμένης αρχής που λαμβάνει υπόψη της και τα σχετικά στοιχεία του Μ.Ε.ΕΠ. Αν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση Υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο, μετά γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου.

2. Σε κάθε περίπτωση Υποκατάστασης ο ανάδοχος 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 προς τον κύριο του έργου, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του έργου και ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περατώσει το έργο.

3. Για να εγκριθεί η Υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου, στην αίτηση του αναδόχου προσδιορίζεται το τμήμα της εργολαβίας, για το οποίο ζητείται η Υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη και η πιστοποίηση μετά την οποία όλες οι πληρωμές θα διενεργούνται απευθείας στον νέο ανάδοχο. Μαζί με την αίτηση υποβάλλεται και δήλωση του νέου αναδόχου ότι αποδέχεται το περιεχόμενο της αίτησης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου αυτού. Με την απόφαση έγκρισης της Υποκατάστασης με απαλλαγή καθορίζεται το τμήμα της εργολαβίας για το οποίο ισχύει η Υποκατάσταση, αν η Υποκατάσταση δεν γίνεται για το σύνολο του έργου, η πιστοποίηση μετά την οποία οι πληρωμές θα διενεργούνται στον νέο ανάδοχο, οι εγγυήσεις του νέου αναδόχου και κάθε αναγκαία λεπτομέρεια. Στις περιπτώσεις της παραγράφου αυτής ο υποκατάστατος του αναδόχου 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 με απαλλαγή της ευθύνης του αρχικού αναδόχου. Επίσης αναλαμβάνει και τις υποχρεώσεις του αρχικού αναδόχου προς το προσωπικό που εργάσθηκε στο έργο τους τελευταίους τρεις (3) μήνες πριν από την Υποκατάσταση. 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 επέρχεται η απαλλαγή του αρχικού αναδόχου από την ευθύνη του.

4. Σε περίπτωση αναδόχου κοινοπραξίας που την Υποκατάσταση ζητεί μέλος της, απαιτείται η συναίνεση όλων των μελών της κοινοπραξίας και κατά τα λοιπά εφαρμόζονται ανάλογα οι προηγούμενες παράγραφοι.

5. Σε κάθε περίπτωση Υποκατάστασης γίνεται ανακοίνωση στο Μ.Ε.ΕΠ. για να ληφθεί υπόψη κατά την κρίση της εκχωρούσας επιχείρησης σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις».

IV. Νομική εκτίμηση

Κρίσιμα εν προκειμένω ζητήματα είναι η υποκατάσταση αναδόχου ή μέλους κοινοπραξίας δημοσίου έργου συνεπεία απόσχισης του κατασκευαστικού του κλάδου. Επί αυτών σημειώνονται τα ακόλουθα:

1) Με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του ν. 2166/1993 ρυθμίζεται η απόσχιση κλάδου από

λειτουργούσα επιχείρηση και η εισφορά του σε λειτουργούσα ή συνιστώμενη ανώνυμη εταιρεία. Ως κλάδος νοείται το μέρος της επιχείρησης, το οποίο αποτελεί ανεξάρτητο λειτουργικά και οργανωτικά, και ενδεχομένως οικονομικά, σύνολο μέσα στο πλαίσιο της επιχείρησης χωρίς αυτό να καλύπτει ολόκληρη τη δραστηριότητά της. Η απόσχιση κλάδου επομένως αποτελεί την πράξη με την οποία μια επιχείρηση χωρίς να λυθεί, εισφέρει το σύνολο ή έναν ή περισσότερους κλάδους της δραστηριότητάς της σε άλλη ανώνυμη εταιρεία («λήπτρια») έναντι μετοχών της (αρθ. 4 παρ. 3). Στην απόσχιση κλάδου η εταιρεία από την οποία αποσπάται ο μεταβιβαζόμενος κλάδος δεν λύεται, αλλά εξακολουθεί να υπάρχει, η δε μεταβίβαση του κλάδου γίνεται σύμφωνα με τους κοινούς κανόνες της ειδικής διαδοχής. Η ειδική διαδοχή επιβάλλεται από το γεγονός ότι στην απόσχιση κλάδου δεν συντελείται μεταβίβαση περιουσίας ως σύνολο (ενεργητικό και παθητικό) αλλά μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού και μόνο (βλ. Χ. Χρυσάνθη, σε Ε. Περάκη, *Το Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρείας*, τ. 8^{ος} Μετασηματισμοί Εταιριών, σ. 34, σημ. 14, Β. Αντωνόπουλο *Δίκαιο Α.Ε. & Ε.Π.Ε.*, σ. 128, Ν. Ρόκας *Εμπορικές Εταιρίες*, 6^η έκδοση, σ. 472). Συνεπώς, στην περίπτωση απόσχισης κλάδου μιας επιχείρησης δεν επέρχεται αυτοδικαίως καθολική διαδοχή αυτής στα δικαιώματα και της υποχρεώσεις της από τη λήπτρια εταιρεία (Ε.Α. ΣτΕ 622/2010, ΕφΑθ 6020/2011, ΕΛΣυν 361/2010).

2) Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία κατασκευής δημοσίων έργων (αρθ. 65 του ν. 3669/2008), η υποκατάσταση του μη δυνάμενου να διεκπεραιώσει το αναληφθέν δημόσιο έργο αναδόχου είναι δυνατή υπό ειδικές προϋποθέσεις. Η υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτο στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου απαγορεύεται χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου¹. Η υποκατάσταση άλλης εργοληπτικής επιχείρησης στην κατασκευή του έργου προτείνεται από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία και εγκρίνεται από την Προϊσταμένη Αρχή. Για την έγκριση της υποκατάστασης πρέπει να διασφαλιστεί ότι η εργοληπτική επιχείρηση που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο διαθέτει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον αρχικό ανάδοχο και επιπλέον ο υποκατάστατος ανάδοχος παρέχει τα απαραίτητα εγγύα για την κατασκευή του έργου. Σε κάθε περίπτωση υποκατάστασης ο ανάδοχος ευθύνεται μαζί με τον υποκατάστατο εις ολόκληρον προς τον κύριο του έργου, το προσωπικό του έργου και οποιονδήποτε τρίτο και μόνον κατ' εξαίρεση μπορεί να εγκριθεί η υποκατάσταση με απαλλαγή του αναδόχου από την ευθύνη του προς τον κύριο του έργου, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του έργου και ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περατώσει του έργο. Ως προς την υποκατάσταση μέλος κοινοπραξίας, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 65 του κ.ν. 3669/2008 αυτή είναι δυνατή, πάντα ύστερα από έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου και εφόσον συναινούν εγγράφως τα υπόλοιπα μέλη της κοινοπραξίας. Με τις διατάξεις περί υποκατάστασης ο νομοθέτης ουσιαστικά επιδιώκει να εξασφαλίσει τις προϋποθέσεις για την έγκαιρη και άρτια εκτέλεση του έργου, δεδομένου ότι πιθανή αδυναμία του αναδόχου ή ενός μέλους της κοινοπραξίας είναι δυνατόν να προκαλέσει ανυπέρβλητα εμπόδια στην ομαλή πορεία του έργου (βλ. Γνμ. Ολ. ΝΣΚ 21/1998, ΝΣΚ 346/2001, 218/2007).

Κατά την έννοια της προαναφερόμενης διάταξης, η υποκατάσταση επιφέρει τη μεταβολή στο πρόσωπο του αναδόχου, καθώς με τον τρόπο αυτό μεταβιβάζεται, μερικώς ή στο σύνολό της, η ενοχική σχέση και υπεισέρχεται στο συμβατικό σχήμα τρίτο πρόσωπο, το οποίο δεν συνδέεται με

¹ Αν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο, μετά από γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου δημοσίων έργων. 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 του (βλ. ενδεικτικά, Α. Γέροντας, *Δίκαιο Δημοσίων Έργων* 2009, σ. 691 επ., Κ. Ρούσος-Δ. Σκαρίπας, *Υποκατάσταση αναδόχου και οι συνέπειές της* (γνwm) σε ΕφΑΔ 2010, σ. 1051)

νομικό δεσμό με τον φορέα του έργου. Εξ αυτού ακριβώς του λόγου, η υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτο επιτρέπεται μόνο κατ'εξαίρεση και ενεργείται αποκλειστικά με τις αναφερόμενες στο νόμο προϋποθέσεις. Ως «τρίτος» κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων νοείται η επιχείρηση η οποία αν και δεν μετείχε στο διαγωνισμό στον οποίο αναδείχθηκε ο ανάδοχος του έργου εντούτοις, εκχωρήθηκε σε αυτήν το έργο από τον ανάδοχο σύμφωνα με τους κανόνες της ειδικής διαδοχής του αστικού και εμπορικού δικαίου². Ως τρίτος επομένως νοείται και η ανώνυμη εταιρεία, στην οποία μετά την κατακύρωση εισφέρθηκε έναντι μετοχών της ο κατασκευαστικός κλάδος της αναδόχου ανώνυμης εταιρείας αφού και στην περίπτωση αυτή η απόσχιση κλάδου και η εισφορά του σε άλλη εταιρεία χωρίς να λυθεί η δότρια εταιρεία διέπεται από τους κανόνες της ειδικής διαδοχής (ΕΛΣυν, Κλ.Ε, 361/2010).

Παράλληλα, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ, που ασχολήθηκε με το θέμα των αλλοιώσεων των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους (βλ. Αποφάσεις C-496/1999 "CAS *Succhi di Frutta SpA*" και C-454/06 "Presstext"), δεν επιτρέπονται ουσιώδεις τροποποιήσεις των όρων του διαγωνισμού, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας, διότι άλλως παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και η αρχή της διαφάνειας. Ο προβληματισμός των δικαστηρίων της ΕΕ στις περιπτώσεις μεταβολής του προσώπου του αναδόχου συνίσταται στην εισδοχή ενός οικονομικού φορέα στην εκτέλεση μιας σύμβασης, παρότι δεν έλαβε μέρος στη διαδικασία ανάθεσης.

3) Στην προκειμένη περίπτωση από την εξέταση των υποβληθέντων εγγράφων και στοιχείων που τέθηκαν υπόψη μας, προκύπτουν τα ακόλουθα:

Με την υπ' αριθ. 6336/4-6-2014 συμβολαιογραφική πράξη της συμβολαιογράφου Χαλκίδας Χρ. Καραμιχαήλ, η εταιρεία "ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ" και "SEC ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΕΣ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΣΕ ΑΒΕΕ" συνήψαν σύμβαση απόσχισης του κατασκευαστικού κλάδου της πρώτης και εισφοράς του στη δεύτερη με αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της απορροφώσας τον κλάδο ανώνυμης εταιρείας. Στην εν λόγω συμβολαιογραφική πράξη περιγράφονται λεπτομερώς τα στοιχεία που απαρτίζουν τον κατασκευαστικό κλάδο της εισφέρουσας εταιρείας, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που απορρέουν από τη συμμετοχή της στην κοινοπραξία του υπό εξέταση έργου.

Ο ως άνω εταιρικός μετασχηματισμός που επήλθε με την απόσχιση του κατασκευαστικού κλάδου, ολοκληρώθηκε με την καταχώρηση της σχετικής εγκριτικής απόφασης της Αρμόδιας Εποπτεύουσας Αρχής στο ΓΕΜΗ. Συγκεκριμένα, την 4-7-2014 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ (Τεύχος ΑΕ-ΕΠΕ-ΓΕΜΗ 6916) η απόφαση του Περιφερειάρχη Στερεάς Ελλάδος ΠΕ Ευβοίας με την οποία α) εγκρίνεται η απόσχιση του κατασκευαστικού κλάδου της ΑΕ με την επωνυμία "ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ" και η εισφορά του στην ΑΕ με την επωνυμία "SEC ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΕΣ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΣΕ ΑΒΕΕ" σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2166/1993 και του κ.ν. 2190/1920 και την με αριθμό 6336/4-6-2012 συμβολαιογραφική πράξη και β) τροποποιείται το άρθρο 5 του καταστατικού της ΑΕ με την επωνυμία "SEC ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΕΣ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΣΕ ΑΒΕΕ", σύμφωνα με τη σχετική απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της 14-4-2014, ως εξής "Με την από 14-4-2014 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας αυξήθηκε κατά το συνολικό ποσό των 789.750 Ευρώ με την έκδοση 52.650 νέων ονομαστικών μετοχών ονομαστικής αξίας 15 Ευρώ εκάστης. Από το προαναφερόμενο ποσό της αύξησης: 1) το ποσό των 789.740,83 Ευρώ θα καλυφθεί από την καθαρή λογιστική περιουσία (ενεργητικό μείον παθητικό) του εισφερθέντος και απορροφηθέντος κατασκευαστικού κλάδου της εταιρείας ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ και 2) το ποσό των 9,17

² Βλ. Α. Γέροντα, Υποκατάσταση σε τμήμα δημοσίου έργου (μερική υποκατάσταση) κατ'άρθρο 65 ν. 3669/23008 και οι συνέπειές της (γνωμ.) σε ΕφΑΔ 2010, σ. 1047.

ευρώ θα καταβληθεί σε μετρητά για λόγους στρογγυλοποίησης. Δικαιούχος όλων των νέων μετοχών θα είναι η εισφέρουσα εταιρεία ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ. Κατά συνέπεια μετά τη γενόμενη αύξηση το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας ανέρχεται σε 849.750 Ευρώ διαιρούμενο σε 56.650 ονομαστικές μετοχές ονομαστικής αξίας 15 Ευρώ εκάστης”.

Σε συνέχεια της απόσχισης του κατασκευαστικού κλάδου της “ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ” και εισφοράς του στην “SEC ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΕΣ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΣΕ ΑΒΕΕ” και της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου της τελευταίας, κατά τα ανωτέρω, η εταιρεία ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ – αρχικό μέλος της αναδόχου κοινοπραξίας – συμμετέχει κατά πλειοψηφία στο μετοχικό κεφάλαιο της απορροφώσας εταιρείας αναλαμβάνοντας 52.650 μετοχές εκ των συνολικά 56.650 ονομαστικών μετοχών. Ως εκ τούτου η εταιρεία ΑΝΩΔΟΜΗ ΑΤΕΒΕ καθίσταται συνδεδεμένη επιχείρηση με την νέα ‘υποκατάστατη’ εταιρεία, κατά τα οριζόμενα στο άρθρου 42 ε του ν. 2190/1920, δεδομένου ότι έχει την πλειοψηφία του κεφαλαίου της νέας εταιρείας και επομένως υπάρχει σχέση μητρικής προς θυγατρική.

Επιπροσθέτως αναφέρεται ότι όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη βεβαίωση της Διεύθυνσης Δ15, η εταιρεία SEC είναι πλέον εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.Ε.Π. με αριθμό 17940, στον οποίο ήταν προ της αποσχίσεως εγγεγραμμένη η εταιρεία ΑΝΩΔΟΜΗ και το εν λόγω εργοληπτικό πτυχίο αποτελείσε μέρος του εισφερόμενου από αυτή κλάδου.

Κατόπιν των ανωτέρω, και βάσει των στοιχείων που ετέθησαν υπόψη της ΕΑΑΔΗΣΥ, συνάγεται ότι εν προκειμένω με την απόσχιση του κατασκευαστικού κλάδου και την εταιρική αναδιάρθρωση του αρχικού αναδόχου-μέλους της κοινοπραξίας επήλθε ειδική διαδοχή αυτού, ο οποίος πλέον συμμετέχει κατά πλειοψηφία στο μετοχικό κεφάλαιο της νέας εταιρείας. Ως εκ τούτου, η μεταβολή στο πρόσωπο του μέλους αρχικού αναδόχου κρίνεται επιτρεπτή.

Σημειώνεται ωστόσο ότι η ως άνω μεταβολή του προσώπου του μέλους της κοινοπραξίας, εντασσόμενη στο πλαίσιο της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων, δεν μπορεί να επέλθει αυτόματα, αλλά απαιτείται η τήρηση των ειδικών προϋποθέσεων του άρθρου 65 του ν. 3669/2008 (π.χ. εξακρίβωση των προσόντων καταλληλότητας της νέας εταιρείας και η παροχή εγγυήσεων για την εκτέλεση του έργου, δηλώσεις για τον προσδιορισμό της ευθύνης εκάστης εκ των εμπλεκόμενων εταιρειών, αντικατάσταση των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης στο όνομα της νέας εταιρείας, τροποποίηση κοινοπρακτικού) και η έγκριση της αναθέτουσας αρχής.

Επισημαίνεται τέλος ότι η συνδρομή των προϋποθέσεων που καθιστούν επιτρεπτή την αντικατάσταση του αρχικού αναδόχου (“υποκατάσταση”) θα πρέπει να ελέγχεται κατά περίπτωση λαμβάνοντας υπόψη κάθε φορά τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά.

ΑΘΗΝΑ, 03 ΦΕΒΡΟΥΑΡΙΟΥ 2015

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ