



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ
(ΣΥΜ 6 /2021)**

(κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 29^η Ιουλίου του έτους δυο χιλιάδες είκοσι ένα (2021), ημέρα Πέμπτη και ώρα 9:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα, 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:

Προεδρεύων: Μιχαήλ Εκατομμάτης, Αναπλ. Πρόεδρος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Αντιπρόεδρος: Αδάμ Καραγλάνης

Μέλη: Ερωφίλη Χριστοβασίλη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων

Εισηγητές: Ευάγγελος Ιατρού, ΕΕΠ ειδικότητας διπλωματούχων μηχανικών, Αυτοτελές Γραφείο Θεσσαλονίκης και Παναγιώτα Αλεξίου, ΕΕΠ ειδικότητας νομικών, Τμήμα Ελέγχου Αιτημάτων διαπραγμάτευσης της Διεύθυνσης Ελέγχου Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν οι εισηγητές, Ευάγγελος Ιατρού (μέσω τηλεδιάσκεψης) και Παναγιώτα Αλεξίου, η Αν. Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, Μαρία – Χριστίνα Καξιρή (μέσω τηλεδιάσκεψης), καθώς και η Προϊσταμένη Διεύθυνσης Μελετών και Γνωμοδοτήσεων, Μίνα Καλογρίδου (μέσω τηλεδιάσκεψης), οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

ΘΕΜΑ: Παροχή συμβουλής της Αρχής προς το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας σχετικά με ερωτήματά του τα οποία αφορούν στη δημοπράτηση συγχρηματοδοτούμενων από το ΕΣΠΑ 2014-2020 δημοσίων συμβάσεων με αντικείμενο την «Απομάκρυνση, Διαχείριση και Αντικατάσταση Προϊόντων Αμιάντου από Στρατιωτικές Εγκαταστάσεις» του Στρατού Ξηράς, του Πολεμικού Ναυτικού και της Πολεμικής Αεροπορίας, συνολικής εκτιμώμενης αξίας περίπου 10.000.000€ χωρίς ΦΠΑ.

Σχετ.: Το με α.π. Φ.060.310/53/45580/Σ.8024/23.4.2021 (α.π. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 2466/26.4.2021) έγγραφο του Τμήματος Σχεδιασμού και Συντονισμού της Διεύθυνσης Διαχείρισης Ευρωπαϊκών & Αναπτυξιακών Προγραμμάτων του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας

.....

1. Σε απάντηση των ερωτημάτων που τέθηκαν υπόψη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής και Αρχή) από την ερωτώσα αναθέτουσα αρχή με το ως άνω σχετικό έγγραφο της τελευταίας, και έχοντας υπόψη της διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ια' του ν. 4013/2011, βάσει των οποίων προβλέπεται ότι στις αρμοδιότητες της Αρχής περιλαμβάνεται, μεταξύ άλλων, και το ότι η τελευταία «*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*», επισημαίνεται κατά πρώτον ότι η Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 340 παρ. 3 στοιχείο (α) του ν. 4412/2016, μεριμνά για τη δωρεάν ενημέρωση και καθοδήγηση δια γενικών οδηγίων σχετικά με την ερμηνεία και την εφαρμογή της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, προς υποβοήθηση των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων και οικονομικών φορέων, ιδίως των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), για την ορθή εφαρμογή των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων και μέσω της ιστοσελίδας της. Ειδικότερα η Αρχή, λαμβάνοντας υπόψη τα υποβληθέντα προς αυτή έγγραφα ερωτήματα καθώς και τους σχετικούς προβληματισμούς που αναπτύσσονται σε αυτά, προβαίνει στην εξέταση των ζητημάτων που παρουσιάζουν μεγαλύτερη συχνότητα εμφάνισης αλλά και ειδικότερα νομικό ενδιαφέρον και τα οποία χρήζουν σχετικής ερμηνείας.

Στη συνέχεια, από την επεξεργασία και κατηγοριοποίηση των ζητημάτων αυτών, προκρίνεται από την Αρχή ο προσφορότερος, ανά περίπτωση, και, βάσει των οριζόμενων στο άρθρο 2 του ν. 4013/2011 αρμοδιοτήτων της, τρόπος ενημέρωσης των αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων αλλά και οικονομικών φορέων, προς τον σκοπό αρωγής του έργου τους. Οι κυριότεροι από τους τρόπους αυτούς είναι οι ακόλουθοι:

- Έκδοση Κατευθυντηρίων Οδηγιών
- Διαρκής ενημέρωση σχετικά με τον ν. 4412/2016 (έκδοση δευτερογενούς νομοθεσίας) και τις τροποποιήσεις του
- Έκδοση και διαρκής επικαιροποίηση Προτύπων Τευχών και Υποδειγμάτων Διακηρύξεων
- Ανάρτηση στον ιστότοπο της Αρχής των συχνότερων Ερωτήσεων – Απαντήσεων (FAQs), διεύθυνση <http://eaadhsy.gr/index.php/m-foreis/m-syxnes-ervthseis-apanthseis-faq-gia-to-n-4412-2016>
- Υποβολή προτάσεων προς τα αρμόδια και έχοντα τη νομοθετική πρωτοβουλία Υπουργεία, προς τον σκοπό βελτίωσης των ρυθμίσεων που αφορούν στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

2. Ως προς τα ειδικότερα ερωτήματα του ως άνω σχετικού εγγράφου, τα οποία είχαν τεθεί υπόψη της Αρχής σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παράγραφο 5 του με α.π. Φ.060.310/91/78893/Σ.23529/23.11.2020 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 6596/23.11.2020) εγγράφου της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

2.1 Όσον αφορά στο **ερώτημα της περίπτωσης (α) της παραγράφου 5 του με α.π. Φ.060.310/91/78893/Σ.23529/23.11.2020 εγγράφου της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής**, το οποίο αφορά στο εάν οι αναφερόμενες στην παράγραφο 1 του εγγράφου αυτού συγχρηματοδοτούμενες Πράξεις της εν λόγω αναθέτουσας αρχής, οι οποίες σκοπεύεται να υλοποιηθούν διά των δημοσίων συμβάσεων του θέματος, «*δύνανται να δημοπρατηθούν ως τεχνικά έργα ή υπηρεσίες, σύμφωνα με το Ν. 4412/2016 ή με τις διαδικασίες του άρθρου 4, ήτοι ως Μικτή Σύμβαση Τεχνικού Έργου – Υπηρεσίας ή Υπηρεσίας – Τεχνικού Έργου, από την στιγμή που η σύμβαση θα περιλαμβάνει αφενός μεν εργασίες Δημοσίου έργου, που μπορεί να ανατεθούν σε Εργολήπτες Δημοσίων Έργων, κατόχους ΜΕΕΠ, αφετέρου δε εργασίες διαχείρισης έργων αμιάντου, από Εξειδικευμένες Εταιρείες, που πρέπει να πληρούν τις προϋποθέσεις και τις λοιπές απαιτούμενες διαπιστεύσεις [Επιχειρήσεις Αφαίρεσης Κατεδάφισης (ΕΑΚ)], σύμφωνα με το άρθρο 14 του π.δ. 212/2006, χωρίς να είναι κάτοχοι ΜΕΕΠ*», επισημαίνονται τα εξής:

Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παράγραφο 2 του ανωτέρω εγγράφου, η ερωτώσα αναθέτουσα αρχή βεβαιώνει ότι αντικείμενο των Πράξεων, τις οποίες αφορά το υπόψη ερώτημα, συνεπώς δε και των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί «*η αποξήλωση, απομάκρυνση και ασφαλής διαχείριση αμιαντούχων υλικών*

από εγκαταστάσεις, κτιριακά συγκροτήματα – Διευθύνσεις του Στρατού Ξηράς, του Πολεμικού Ναυτικού και της Πολεμικής Αεροπορίας, καθώς και η αντικατάστασή τους από άλλα αβλαβή υλικά. Επίσης περιλαμβάνεται η αποξήλωση και αντικατάσταση δομικών στοιχείων που δεν περιέχουν αμιάντο, αλλά είναι απαραίτητο να αποξηλωθούν, προκειμένου να αφαιρεθούν τα υλικά αμιάντου. [...]».

Εν προκειμένω, με βάση τα ανωτέρω και ελλείψει άλλων στοιχείων του φακέλου, διαφαίνεται ότι οι εν θέματι συμβάσεις αποτελούν μεικτές δημόσιες συμβάσεις κατά την έννοια των διατάξεων του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι φαίνεται να έχουν ως αντικείμενο δύο διαφορετικά είδη συμβάσεων το σύνολο των οποίων εμπίπτει στις διατάξεις του Βιβλίου Ι (άρθρα 2, 3 – 221) του ν. 4412/2016, ειδικότερα δε καθώς στο αντικείμενό τους περιλαμβάνονται τόσο στοιχεία δημόσιας σύμβασης έργου (πχ. αποξηλώσεις/αφαιρέσεις (αμιαντούχων και μη) δομικών στοιχείων κτιριακών εγκαταστάσεων και αποκαταστάσεις των συγκεκριμένων δομικών στοιχείων με την τοποθέτηση νέων και την εκτέλεση των απαραίτητων επισκευών, ήτοι οικοδομικές εργασίες οι οποίες δύνανται να ενταχθούν στην έννοια του όρου «κατασκευές» του κωδικού CPV 45000000 του Παραρτήματος ΙΙ του Προσαρτήματος Ι ν. 4412/2016, πρβλ. ενδεικτικά τους ειδικότερους κωδικούς CPV: 45262660-5: «Εργασίες αφαίρεσης αμιάντου», 45430000 «Επενδύσεις δαπέδων και τοίχων», 45261000 «Κατασκευή στεγών και δομικών σκελετών κτιρίων», στον οποίο υπάγονται οι εργασίες κατασκευής και στεγανοποίησης των στεγών από τις οποίες σκοπεύεται να αποξηλωθούν τα αμιαντούχα υλικά, και τοποθέτησης επικαλύψεων επί των εν λόγω στεγών, και 45400000 «Αποπεράτωση κτιρίων») όσο και στοιχεία δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών (πχ. υπηρεσίες απομάκρυνσης και διαχείρισης αμιαντούχων υλικών μετά την αφαίρεσή τους από πιστοποιημένους οικονομικούς φορείς, πρβλ. και κωδικό CPV 90650000 «Υπηρεσίες απομάκρυνσης αμιάντου») κατά την έννοια των οικείων διατάξεων του άρθρου 2 ν. 4412/2016 ως ισχύει.

Περαιτέρω, και ενόψει του ότι, όπως διαφαίνεται από το υπόψη ερώτημα, η ερωτώσα αναθέτουσα αρχή σκοπεύει στην ανάθεση των επιμέρους μερών καθεμίας εκ των ανωτέρω μεικτών δημοσίων συμβάσεων με ενιαία σύμβαση, σημειώνεται ότι αποκλειστικά υπεύθυνος για τον καθορισμό του νομικού πλαισίου της ανάθεσης των συγκεκριμένων δημοσίων συμβάσεων είναι η ίδια, ως αναθέτουσα αρχή των συμβάσεων αυτών, λαμβανομένων υπόψη των διατάξεων του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 2 του άρθρου 4 του ν. 4412/2016, βάσει των οποίων το εν λόγω νομικό πλαίσιο καθορίζεται «σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης», το δε κύριο αντικείμενο των μεικτών αυτών συμβάσεων καθορίζεται επίσης από την ερωτώσα αναθέτουσα αρχή μετά από σύμφωνη γνώμη του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου της, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά στην Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 7 του άρθρου 4 του ν. 4412/2016, δεδομένου του ότι οι προς ανάθεση μεικτές δημόσιες συμβάσεις περιλαμβάνουν στοιχεία δημόσιας σύμβασης έργου, καθεμία εκ των οποίων δεν υπερβαίνει ως εκτιμώμενη αξία το ισχύον ανώτατο χρηματικό κατώφλι του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις έργων.

Συνεπώς, προ της σύνταξης και έγκρισης από το αρμόδιο όργανο της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής των εγγράφων (άλλως τευχών δημοπράτησης) καθεμίας εκ των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων, **θα έπρεπε ήδη η αναθέτουσα αρχή να είχε ακολουθήσει την ανωτέρω διαδικασία προκειμένου για τον ορθό καθορισμό του κυρίου αντικειμένου τους, με βάση το οποίο καθορίζεται και το εφαρμοστέο νομικό πλαίσιο της διαδικασίας** ανάθεσης αυτών, πράγμα το οποίο με βάση τα στοιχεία του φακέλου του υποβληθέντος ερωτήματος δεν προκύπτει ότι έχει πράξει.

Τέλος, αναφορικά με τον ορθό καθορισμό του κυρίου αντικειμένου μεικτών δημοσίων συμβάσεων οι οποίες περιλαμβάνουν και στοιχεία δημόσιας σύμβασης έργου, όπως εν προκειμένω και οι εν θέματι δημόσιες συμβάσεις του φορέα σας, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΣτΕ (βλ. π.χ. απόφαση ΣτΕ 2387/2009 σκ. 8 και 3932/2012 σκ. 3), η οποία έχει γίνει δεκτή και από την Αρχή¹, έχουν κριθεί τα εξής: «Ο ορισμός μιας δημόσιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από το χαρακτηρισμό της ίδιας σύμβασης με βάση την εθνική νομοθεσία (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18.7.2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30). [...] όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία σύμβασης δημοσίου έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας σύμβασης, εκείνο που καθορίζει τις εφαρμοστέες περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεις είναι το στοιχείο της σύμβασης που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει,

¹ βλ. σελ. 6-7 της υπ' αριθμ. 1/2016 (αναρτημένης στην ιστοσελίδα www.eaadhsy.gr) ειδικής έκθεσης ελέγχου της Αρχής στο Δήμο Σιθωνίας Νομού Χαλκιδικής σχετικά με τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων με τίτλο «Αναβάθμιση δικτύων ύδρευσης Δήμου Σιθωνίας (ηλεκτρονική – ψηφιακή παρακολούθηση συστημάτων ύδρευσης)» και «Αναβαθμίσεις εγκαταστάσεων επεξεργασίας λυμάτων Δήμου Σιθωνίας»

προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίου έργου μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο δε της εκτιμώσεως του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτιμώσεως. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως στο σύνολό της, αφού μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί, όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional Sa* κλπ, σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, *Jean Auroux* κλπ, σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά.)».

2.2 Όσον αφορά στο ερώτημα της περίπτωσης (β) της παραγράφου 5 του με α.π. **Φ.060.310/91/78893/Σ.23529/23.11.2020** εγγράφου της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής, το οποίο αφορά στο «**εάν για την υλοποίηση της ανωτέρω σύμβασης, υφίσταται η δυνατότητα σύστασης ενώσεων – Κοινοπραξίας (Κ/Ξ) μεταξύ του οικονομικού φορέα που είναι κάτοχος ΜΕΕΠ και του οικονομικού φορέα που δεν είναι κάτοχος ΜΕΕΠ, όμως πληροί τις προϋποθέσεις και τις λοιπές απαιτούμενες διαπιστεύσεις [Επιχειρήσεις Αφαίρεσης Κατεδάφισης (ΕΑΚ)], σύμφωνα με το άρθρο 14 του π.δ. 212/2006**», επισημαίνονται τα εξής:

Όσον αφορά στους δικαιούμενους συμμετοχής στις ανοικτές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 1(ε) του άρθρου 76 του ν. 4412/2016 (περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου), «σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων», ειδικότερα δε και στην περίπτωση κοινοπραξίας οικονομικών φορέων, την οποία αφορά το υπόψη ερώτημα, «τα μέλη αυτής πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία² του έργου που δημοπρατείται ή, αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται» (πρβλ. και διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 19 του ν. 4412/2016 βάσει των οποίων προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι «η πλήρωση των απαιτήσεων των παραγράφων 3 [σχετικά με την οικονομική & χρηματοοικονομική επάρκεια ως κριτήριο επιλογής των προσφερόντων] και 4 [σχετικά με την τεχνική & επαγγελματική ικανότητα ως κριτήριο επιλογής των προσφερόντων] του άρθρου 75, αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης.»).

Συναφώς σημειώνονται τα προβλεπόμενα στο ισχύον (αναρτημένο στην ιστοσελίδα της Αρχής) πρότυπο τεύχος διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή,³ τα οποία ενσωματώνουν τα ως άνω οριζόμενα στον ν. 4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις οικείες προβλέψεις του εν λόγω προτύπου τεύχους: (άρθρο 21.2) «οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης», (άρθρο 21.3) «οι ενώσεις οικονομικών φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 19 και των παρ. 1(γ) και (ε) του άρθρου 76 του ν. 4412/2016. Δεν απαιτείται από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Σε περίπτωση που η ένωση αναδειχθεί ανάδοχος η νομική της μορφή πρέπει να είναι τέτοια που να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού φορολογικού μητρώου για την ένωση (πχ κοινοπραξία).»

Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και υπό το πρίσμα του υπό εξέταση θεθέντος ερωτήματος, διακρίνονται δυο περιπτώσεις ως προς τη δυνατότητα συμμετοχής σε ανοικτή διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου ένωσης / κοινοπραξίας μεταξύ οικονομικού φορέα – εργολήπτη που είναι εγγεγραμμένος στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) / Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.)

² Εννοείται στην κατηγορία έργου του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) του π.δ/τος 71/2019 (ΦΕΚ Α' 112/3.7.2019), το οποίο έχει αντικαταστήσει από 3.7.2019 το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων του ν. 3669/2008 ως το οικείο επαγγελματικό μητρώο η εγγραφή στο οποίο αποδεικνύει την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του εργολήπτη δημοσίων συμβάσεων έργων στη χώρα μας (βλ. άρθρο 76 παρ. 2 ν. 4412/2016).

³ Εφόσον ήθελε θεωρηθεί ότι το κύριο αντικείμενο των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων καθορισθεί από την ερωτώσα αναθέτουσα αρχή - βάσει της αναφερόμενης υπό παρ. 2.1 της παρούσας διαδικασίας - ως δημόσιας σύμβασης έργου, περαιτέρω δε εφόσον η εν λόγω αναθέτουσα αρχή προβεί στην ανάθεση των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων έργων με χρήση ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, η χρήση του αντίστοιχου ισχύοντος προτύπου τεύχους διακήρυξης ανάλογα με το εάν η εκτιμώμενη αξία έκαστης προς ανάθεση σύμβασης είναι άνω ή κάτω των ορίων του άρθρου 5 ν. 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις έργων καθίσταται υποχρεωτική.

του π.δ/τος 71/2019 (ΦΕΚ Α' 112/3.7.2019)⁴ και οικονομικού φορέα που δεν είναι εγγεγραμμένος στο εν λόγω Μητρώο, αποτελεί δε Επιχείρηση Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006 πιστοποιημένη να εκτελεί εργασίες απομάκρυνσης και διαχείρισης αμιαντούχων δομικών υλικών⁵:

(α) το αντικείμενο της σκοπούμενης σύμβασης δεν υποδιαιρείται σε τμήματα (κατά την έννοια των διατάξεων⁶ του άρθρου 59 παράγραφος 1 και 2 ν. 4412/2016), περίπτωση κατά την οποία τέτοια ένωση / κοινοπραξία δεν θα είναι δυνατόν να συμμετάσχει παραδεκτά σε ανοικτή διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή το δεύτερο ως άνω μέλος μίας τέτοιας κοινοπραξίας, και συγκεκριμένα η μη εγγεγραμμένη στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. Επιχείρηση Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006, δεν θα πληροί το σχετικό με την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του εργολήπτη δημοσίων συμβάσεων έργων, στη χώρα μας, απαιτούμενο κριτήριο επιλογής (βλ. διατάξεις⁷ του άρθρου 75 παρ. 2 του ν. 4412/2016), το οποίο από 3.7.2019 συνίσταται στην εγγραφή του εργολήπτη σε κατάλληλη κατηγορία έργου του Μ.Ε.ΕΠ / ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. του π.δ/τος 71/2019. (Επισημαίνεται ότι στην περίπτωση αυτή, η εργοληπτική επιχείρηση απαιτείται να διαθέτει και την άδεια Επιχείρησης Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006).

(β) το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης υποδιαιρείται⁸ σε δύο χωριστά τμήματα με σαφώς ορισμένο φυσικό και οικονομικό αντικείμενο και συγκεκριμένα: ένα τμήμα με χαρακτήρα δημόσιας σύμβασης έργου (το οποίο θα περιλαμβάνει το σύνολο των οικοδομικών και λοιπών εργασιών έργου) και ένα τμήμα με χαρακτήρα δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών (το οποίο θα περιλαμβάνει το σύνολο των υπηρεσιών απομάκρυνσης και διαχείρισης των αμιαντούχων δομικών υλικών των επίμαχων κτιριακών εγκαταστάσεων). Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή δύναται να ορίσει ανά τμήμα συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής (καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, οικονομικής & χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής & επαγγελματικής ικανότητας) κατά τα άρθρα 75 και 76 ν. 4412/2016, με παράλληλη ρητή αναφορά στην προκήρυξη / διακήρυξη έκαστης σύμβασης του όρου ότι οι προσφορές των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων γίνονται δεκτές εφόσον υποβάλλονται για όλα τα τμήματα της δημόσιας σύμβασης. Εάν συντρέχουν τα προαναφερθέντα, μία κατά τα ως άνω κοινοπραξία είναι δυνατόν να συμμετάσχει παραδεκτώσ στην προαναφερόμενη διαδικασία ανάθεσης, λαμβανομένων υπόψη και των διατάξεων⁹ της παραγράφου 4 του άρθρου 76 του ν. 4412/2016, ως ισχύει.

⁴ Επισημαίνεται ότι όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας των εργοληπτικών επιχειρήσεων δημοσίων έργων, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα Ι του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.).

⁵ Πρβλ. συναφώς ΥΑ υπ' αριθμ. 3229/395/2013 (ΦΕΚ Β 318/15.02.2013), σχετικά με τις προϋποθέσεις ίδρυσης και λειτουργίας των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται με την εκτέλεση κατεδαφιστικών έργων και εργασιών αφαίρεσης αμιάντου ή/και υλικών που περιέχουν αμιάντο, όπως τροποποιήθηκε με την ΚΥΑ υπ' αριθμ. 4229/395/2013 (Β' 318) με θέμα: «*Προϋποθέσεις ίδρυσης και λειτουργίας των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται με την εκτέλεση κατεδαφιστικών έργων και εργασιών αφαίρεσης αμιάντου ή/και υλικών που περιέχουν αμιάντο από κτίρια, κατασκευές, συσκευές, εγκαταστάσεις και πλοία, καθώς επίσης και με εργασίες συντήρησης, επικάλυψης και εγκλεισμού αμιάντου ή/και υλικών που περιέχουν αμιάντο*».

⁶ Βλ. σχετικές διατάξεις της παρ. 1 και 2 του άρθρου 59 ν. 4412/2016: "1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. [...] 2. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, αν οι προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα. [...]"

⁷ Βλ. διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 75 ν. 4412/2016 όπου, μεταξύ άλλων, προβλέπονται τα εξής: "2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων υπηρεσιών, εφόσον οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τους ζητεί να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού. [...]"

⁸ Δυνάμει των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 59 ν. 4412/2016.

⁹ Βλ. σχετικές διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 76 ν. 4412/2016: "4. Επιπλέον των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις των οικείων μητρώων, οικονομικοί φορείς που αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75, όπως αυτά ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, μπορούν να συμμετέχουν σε διαδικασίες

Υπογραμμίζεται ότι στην τελευταία ως άνω περίπτωση η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να καθορίσει στην οικεία διακήρυξη έκαστης σύμβασης ρητώς και σαφώς τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις/κοινοπραξίες οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις των τεθέντων, ανά τμήμα, κριτηρίων επιλογής προκειμένου για την παραδεκτή συμμετοχή τους στην οικεία διαδικασία, τηρουμένων των οριζόμενων στο άρθρο 19 παρ. 2 της παραγράφου ν. 4412/2016.¹⁰

Στην περίπτωση δε αυτή, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων όπως εξετάσει το εάν το κριτήριο επιλογής της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας που θα θέσει για το τμήμα έκαστης σύμβασης το σχετικό με την παροχή των υπηρεσιών απομάκρυνσης και διαχείρισης των αμιαντούχων δομικών υλικών των επίμαχων κτιριακών εγκαταστάσεων δύναται να πληρείται διά της πιστοποίησης του συγκεκριμένου μέλους της κοινοπραξίας οικονομικών φορέων ως Επιχείρησης Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006 (πρβλ. και διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 ανωτέρω υπό υποσημείωση (6) της παρούσας).

2.3 Όσον αφορά στο ερώτημα της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 5 του με α.π. Φ.060.310/91/78893/Σ.23529/23.11.2020 εγγράφου της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής, το οποίο αφορά στο «εάν δύναται να αναληφθεί η σύμβαση από Ανάδοχο εργολήπτη Δημοσίων έργων και δηλωθεί ως υπεργολάβος των συγκεκριμένων εργασιών διαχείρισης αμιάντου, άλλος Οικονομικός Φορέας, που πληροί τις προϋποθέσεις εκτέλεσης των εργασιών αυτών, αλλά δεν είναι εργολήπτης Δημοσίων έργων, κάτοχος ΜΕΕΠ. Σε αυτή την περίπτωση, παρακαλούμε όπως μας διασαφηνίσετε εάν υπάρχει όριο στο ποσοστό της υπεργολαβίας», επισημαίνονται τα εξής:

Σύμφωνα με την αναρτημένη στο www.eaadhsy.gr Κατευθυντήρια Οδηγία 10/2015 (ΑΔΑ: 62430ΞΤΒ-ΞΧ9) της Αρχής με θέμα «Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της» αναφέρεται ότι: «ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος (βλ. Α.Π. 570/2007, Ολ. ΣτΕ 971/1998). Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ.»

Περαιτέρω, σύμφωνα με τις περί υπεργολαβίας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του άρθρου 58 ν. 4412/2016 (ήτοι άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ως ισχύει από 1.6.2021 με το άρθρο 18 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α` 36/9.3.2021), προβλέπονται τα εξής: «Στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, η ανάθεση τμήματος σύμβασης σε υπεργολάβο ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου, να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια της περ. α` της παρ. 1 και παρ. 2 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, άλλως η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο που δεν πληροί τους ορισμούς της ανωτέρω διάταξης, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις.»

Επιπρόσθετα, σύμφωνα με τις περί υπεργολαβίας κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του άρθρου 131 παρ. 6 του ν. 4412/2016 (ήτοι άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: «6. Κατά παρέκκλιση από την προηγούμενη παράγραφο, αν το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης το (α) οποίο (α) ο κύριος ανάδοχος είχε αναφέρει στην προσφορά του, κατά το άρθρο 58 ή κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης ή κατά τη διάρκεια αυτής, σύμφωνα με την παρ. 4, ότι προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως αυτή έχει τροποποιηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 132, η αναθέτουσα αρχή: α) επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74 και

ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργων, ανεξαρτήτως της εγγραφής και της κατάταξής τους σε συγκεκριμένες τάξεις των μητρώων του π.δ. 71/2019. Οποιαδήποτε αναφορά αντίθετη στο προηγούμενο εδάφιο καταργείται”.

¹⁰ Βλ. σχετικές διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 19 ν. 4412/2016 “Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 ... εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας.”

β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του.»

Συνεπώς, υπό το πρίσμα των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016 περί υπεργολαβίας, είναι σαφές ότι οι υπεργολάβοι, οι οποίοι δηλώνονται κατά την υποβολή προσφοράς από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, ανεξαρτήτως δε του ποσοστού της υπεργολαβίας, ελέγχονται από την αναθέτουσα αρχή, μεταξύ άλλων, και ως προς το εάν πληρούν τα τεθέντα στη οικεία διακήρυξη κριτήρια επιλογής των άρθρων 75 παρ. 2 (καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας εργολήπτη), 3 (οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα) και 4 (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) και 76 του ν. 4412/2016.

Ως εκ τούτου, εφόσον ήθελε θεωρηθεί ότι το κύριο αντικείμενο των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων θα καθορισθεί από την ερωτώσα αναθέτουσα αρχή - βάσει της αναφερόμενης υπό παρ. 2.1 της παρούσας διαδικασίας - ως δημόσιας σύμβασης έργου, είναι σαφές, υπό το πρίσμα των προαναφερόμενων διατάξεων του ν. 4412/2016, ότι προσφέρων εργολήπτης εγγεγραμμένος στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. του π.δ/τος 71/2019 δεν μπορεί κατά την προσφορά του να δηλώσει παραδεκτά ως υπεργολάβο της παροχής των υπηρεσιών απομάκρυνσης και διαχείρισης αμιαντούχων δομικών υλικών των εν θέματι κτιριακών εγκαταστάσεων οικονομικό φορέα (όπως πχ. πιστοποιημένη Επιχείρηση Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006) που πληροί τις προϋποθέσεις εκτέλεσης των εν λόγω εργασιών, πλην όμως δεν είναι εγγεγραμμένος στο ως άνω Μητρώο, καθώς στην περίπτωση αυτή ο συγκεκριμένος υπεργολάβος δεν θα γινόταν αποδεκτός κατά το διαγωνισμό *«ως προς την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου, να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα»* της επίμαχης δημόσιας σύμβασης έργου *«κατά την έννοια της περ. α` της παρ. 1 και παρ. 2 του άρθρου 75 [εννοείται του ν. 4412/2016]»* λόγω της μη εγγραφής του στο ως άνω Μητρώο.

Αντιθέτως, η κατά το υπόψη ερώτημα υπεργολαβική ανάθεση της παροχής των υπηρεσιών απομάκρυνσης και διαχείρισης αμιαντούχων δομικών υλικών των εν θέματι κτιριακών εγκαταστάσεων σε οικονομικό φορέα που πληροί τις προϋποθέσεις εκτέλεσης των εν λόγω εργασιών (όπως πχ. τέτοιος φαίνεται να είναι μία πιστοποιημένη Επιχείρηση Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006) αλλά δεν είναι εγγεγραμμένος στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. του π.δ/τος 71/2019 θα ήταν δυνατή εφόσον η αναθέτουσα αρχή είχε προβεί με βάση τους όρους της οικείας διακήρυξης στην υποδιαίρεση καθεμίας εκ των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων σε δύο διακριτά τμήματα, κατά τα αναφερόμενα ανωτέρω υπό παρ. 2.2 της παρούσας, με παράλληλο καθορισμό ανά τμήμα κάθε προκηρυχθείσας σύμβασης συγκεκριμένων κριτηρίων επιλογής (καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, οικονομικής & χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής & επαγγελματικής ικανότητας) κατά τα άρθρα 75 και 76 ν. 4412/2016.

Στην περίπτωση αυτή, ο κατά το υπόψη ερώτημα υπεργολάβος οικονομικός φορέας (όπως πχ. πιστοποιημένη Επιχείρηση Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006, μη εγγεγραμμένη στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. του π.δ/τος 71/2019), ο οποίος πληροί τις προϋποθέσεις εκτέλεσης των εργασιών απομάκρυνσης – διαχείρισης αμιαντούχων δομικών υλικών των εν θέματι κτιριακών εγκαταστάσεων, δεν θα απαιτούνταν να είναι εγγεγραμμένος στο ως άνω Μητρώο προκειμένου να πληροί το κριτήριο της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας εργολήπτη δημοσίων συμβάσεων έργων, υπό την προϋπόθεση, βέβαια, ότι το κριτήριο επιλογής της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας που θα τεθεί στην οικεία διακήρυξη για το τμήμα έκαστης σύμβασης το σχετικό με την παροχή των υπηρεσιών απομάκρυνσης και διαχείρισης των αμιαντούχων δομικών υλικών των επίμαχων κτιριακών εγκαταστάσεων δύναται να πληρείται διά της πιστοποίησης ενός μέλους της κοινοπραξίας οικονομικών φορέων ως Επιχείρησης Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006.

Όσον αφορά δε στο σκέλος του υπόψη ερωτήματος το σχετικό με το εάν τίθεται εκ του νόμου κάποιο ανώτατο όριο στο ποσοστό της υπεργολαβίας κατά την ανάθεση των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων, και υπό την προϋπόθεση ότι, όπως διαφαίνεται, το κύριο αντικείμενο τους θα καθορισθεί από τον φορέα σας - βάσει της αναφερόμενης υπό παρ. 2.1 της παρούσας διαδικασίας - ως δημόσιας σύμβασης έργου, επισημαίνεται ότι από τις προαναφερόμενες διατάξεις των άρθρων 58 και 131 του ν. 4412/2016 δεν τίθεται ανώτατο επιτρεπτό όριο στο ποσοστό της υπεργολαβίας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων. Στο πλαίσιο αυτό

επισημαίνεται ότι το ανώτατο επιτρεπτό όριο υπερβολαβίας κατά την εκτέλεση, το οποίο προβλεπόταν στο άρθρο 165 παρ. 1 ν. 4412/2016, καταργήθηκε με το άρθρο 81 ν.4782/2021 (ΦΕΚ Α' 36/09.03.2021).¹¹

Συναφώς, κρίνεται σκόπιμο όπως, κατά πρώτον, σημειωθεί σχετικά η πάγια κρίση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), σύμφωνα με την οποία ρήτρα διακήρυξης η οποία απαγορεύει, κατά το στάδιο εξέτασης των προσφορών και ποιοτικής επιλογής, την ανάθεση του μεγαλύτερου μέρους δημόσιας σύμβασης υπερβολαβικά σε τρίτους, είναι αντίθετη προς τις ευρωπαϊκές Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις. Ομοίως, ρήτρα συγγραφής υποχρεώσεων δημόσιας σύμβασης έργου η οποία επιβάλλει περιορισμούς στη χρήση υπερβολαβίων ως προς ένα τμήμα της σύμβασης καθοριζόμενη με τρόπο αφηρημένο υπό τη μορφή ποσοστού αυτής, ανεξαρτήτως της δυνατότητας ελέγχου των ικανοτήτων τυχόν υπερβολαβίων, έχει κριθεί ασύμβατη με τις ευρωπαϊκές Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, ακόμη και αν υποτεθεί ότι συνιστά ειδικό όρο εκτέλεσης της υπόψη σύμβασης, καθώς μία αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να ορίζει, με ρήτρα στη συγγραφή υποχρεώσεων δημόσιας σύμβασης έργου, ότι ο μελλοντικός ανάδοχος θα πρέπει να εκτελέσει, κατά ένα ορισμένο ποσοστό, εξ ιδίων πόρων το έργο το οποίο αφορά η σύμβαση.

Σε κάθε περίπτωση, επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής όπως, κατά την τεχνική της κρίση, καθορίσει στην οικεία διακήρυξη καθεμίας εκ των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων κατάλληλη περιοριστική ρήτρα αφορούσα στην υπερβολαβική εκτέλεση έκαστης σύμβασης προκειμένου για την αποφυγή της εκτέλεσης ουσιωδών τμημάτων της σύμβασης από πρόσωπο (υπερβολαβίο) του οποίου δεν είχε τη δυνατότητα να αξιολογήσει τις ικανότητες κατά τη διαδικασία επιλογής αναδόχου (βλ. υπόθεση ΔΕΚ C-314/2001 σκ. 45, βάσει της οποίας έχει κριθεί ότι το ενωσιακό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων «δεν αποκλείει την επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπερβολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της σύμβασης, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπερβολαβίων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά.»).

2.4 Όσον αφορά στο ερώτημα της περίπτωσης (δ) της παραγράφου 5 του με α.π. Φ.060.310/91/78893/Σ.23529/23.11.2020 εγγράφου της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής, το οποίο σχετίζεται με «τη δυνατότητα και τις προϋποθέσεις με τις οποίες ο Οικονομικός Φορέας – Εργολήπτης Δημοσίων Έργων μπορεί να δηλώσει δάνεια εμπειρία για τις συγκεκριμένες εργασίες εκτέλεσης έργων αμιάντου, από άλλο Οικονομικό Φορέα που δεν είναι εργολήπτης Δημοσίων έργων, αλλά πληροί τις προϋποθέσεις του ΠΔ 212/2006 για εκτέλεση των έργων αυτών. Σε αυτή την περίπτωση την εκτέλεση των έργων διαχείρισης αμιάντου μπορεί να τις εκτελέσει ο Οικονομικός Φορέας που είναι εργολήπτης κάτοχος ΜΕΕΠ, υπό την επίβλεψη του έχοντος την άδεια εκτέλεσης έργων αμιάντου και από τον οποίο δανειζεται την εμπειρία ή πρέπει να τις εκτελέσει ο Οικονομικός Φορέας που κομίζει την δάνεια εμπειρία, αλλά δεν είναι κάτοχος εργοληπτικού πτυχίου. Στην περίπτωση, τέλος, που τις εργασίες τις εκτελεί ο Οικονομικός Φορέας που είναι κάτοχος ΜΕΕΠ πώς μπορεί στην πράξη να αποδειχθεί – στοιχειοθετηθεί η δάνεια εμπειρία, πριν και κατά την εκτέλεση του έργου», επισημαίνονται τα εξής:

Καταρχήν επισημαίνεται ότι η δυνατότητα εργολήπτη να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, αφορά στη δυνατότητα «δανεισμού» τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και όχι καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας.

Περαιτέρω, σύμφωνα με την αναρτημένη στο www.eaadhsy.gr Κατευθυντήρια Οδηγία 10/2015 (ΑΔΑ: 62430ΞΤΒ-ΞΧ9) της Αρχής με θέμα «Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπερβολαβίας και όροι εφαρμογής της» αναφέρεται ότι: «η βασική διάκριση της υπερβολαβίας από τη δάνεια εμπειρία [άλλως «στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» κατά το άρθρο 78 ν. 4412/2016, ήτοι άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ], ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική – χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο γεγονός ότι ο “δανειζόμενος” εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων – μέσων που δανειζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπερβολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που

¹¹ Έναρξη ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ. 2 του αυτού νόμου, από την δημοσίευση αυτού στην Ε.τ.Κ., ενώ σύμφωνα με το άρθρο 140 παρ. 9 ν. 4782/2021, το άρθρο 142 παρ. 2 εφαρμόζεται και σε συμβάσεις που συνήφθησαν πριν την έναρξη ισχύος του.

αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο.»

Εν προκειμένω, και εφόσον ήθελε θεωρηθεί, ως διαφαίνεται, ότι το κύριο αντικείμενο των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων θα καθορισθεί από την ερωτώσα αναθέτουσα αρχή - βάσει της αναφερόμενης υπό παρ. 2.1 της παρούσας διαδικασίας - ως δημόσιας σύμβασης έργου, εναπόκειται αποκλειστικά στην τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής όπως προ της σύνταξης και έγκρισης της διακήρυξης καθεμίας εκ των εν λόγω συμβάσεων καθορίσει το εάν οι υπηρεσίες απομάκρυνσης και διαχείρισης των αμιαντούχων δομικών υλικών των επίμαχων κτιριακών εγκαταστάσεων δύνανται να παρασχεθούν από τον ανάδοχο εργολήπτη, εγγεγραμμένο στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. του π.δ/τος 71/2019, μέσω στήριξης στις τεχνικές ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα και συγκεκριμένα με χρήση των πόρων – μέσων που ο συγκεκριμένος ανάδοχος εργολήπτης θα δανεισθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης από τον τρίτο οικονομικό φορέα (πχ. από μία πιστοποιημένη Επιχείρηση Αφαίρεσης Κατεδάφισης του άρθρου 14 του π.δ/τος 212/2006).

Κατά την εν λόγω τεχνική κρίση, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να λάβει υπόψη τις σχετικές διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 78 ν. 4412/2016, βάσει των οποίων προβλέπεται ότι: *“1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ` του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α` ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.”*

Σε κάθε δε περίπτωση, σημειώνουμε ότι η Αρχή δεν έχει αρμοδιότητα να υποκαταστήσει τη συγκεκριμένη κρίσιμη τεχνική κρίση της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου ότι οι διαδικασίες ανάθεσης, τις οποίες αφορά το υπόψη ερώτημα, δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο ελέγχου από την Αρχή στο πλαίσιο της κατά τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4013/2011 (ως ισχύει) ελεγκτικής της αρμοδιότητας.

Τέλος, σχετικά με το πώς αποδεικνύεται - στοιχειοθετείται η δάνεια ικανότητα / εμπειρία, την οποία δύναται να επικαλεσθεί κατά την προσφορά του ένας οικονομικός φορέας που συμμετέχει στη διαδικασία ανάθεσης έकाστης εκ των εν θέματι δημοσίων συμβάσεων, δέον όπως η ερωτώσα αναθέτουσα αρχή λάβει υπόψη της α) τον σχετικό όρο της επικαιροποιημένης διακήρυξης σύμβασης έργου που έχει αναρτήσει η Αρχή στην ιστοσελίδα της (ενδεικτικά όρος 23.10 της διακήρυξης έργου κάτω των ορίων).¹²

β) τις σχετικές διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 78 ν. 4412/2016, βάσει των οποίων προβλέπεται ότι: *«Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των*

¹² Πρβλ. **23.10 Δικαιολογητικά για την απόδειξη της στήριξης σε ικανότητες άλλων φορέων (δάνειας εμπειρίας) του άρθρου 22.ΣΤ** Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, η απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, γίνεται με την υποβολή σχετικού συμφωνητικού των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Ειδικότερα, προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε περίπτωση νομικού προσώπου απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση), δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της Σύμβασης. Η σχετική αναφορά θα πρέπει να είναι λεπτομερής και να αναφέρει κατ' ελάχιστον τους συγκεκριμένους πόρους που θα είναι διαθέσιμοι για την εκτέλεση της σύμβασης και τον τρόπο δια του οποίου θα χρησιμοποιηθούν αυτοί για την εκτέλεση της σύμβασης. Ο τρίτος θα δεσμεύεται ρητά ότι θα διαθέσει στον διαγωνιζόμενο τους συγκεκριμένους πόρους κατά τη διάρκεια της σύμβασης και ο διαγωνιζόμενος ότι θα κάνει χρήση αυτών σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση. Σε περίπτωση που ο τρίτος διαθέτει χρηματοοικονομική επάρκεια, θα δηλώνει επίσης ότι καθίσταται από κοινού με τον διαγωνιζόμενο υπεύθυνος για την εκτέλεση της σύμβασης. Σε περίπτωση που ο τρίτος διαθέτει στοιχεία τεχνικής ή επαγγελματικής καταλληλότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ` του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, θα δεσμεύεται ότι θα εκτελέσει τις εργασίες ή υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, δηλώνοντας το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει.

φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.»

2.5 Όσον αφορά στο ερώτημα της περίπτωσης (ε) της παραγράφου 5 του με α.π. **Φ.060.310/91/78893/Σ.23529/23.11.2020** εγγράφου της ερωτώσας αναθέτουσας αρχής, το οποίο αφορά στο «**ποιες είναι οι προϋποθέσεις συμμετοχής αλλοδαπών οικονομικών φορέων**», επισημαίνονται τα εξής:

Στο πλαίσιο του ως άνω τεθέντος ερωτήματος επισημαίνονται κατά πρώτον τα προβλεπόμενα στα άρθρα 18 παρ. 1 (αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων) και ιδίως της αρχής της αμοιβαίας αναγνώρισης, 25 (δικαιούμενοι συμμετοχής - προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες) ν. 4412/2016 καθώς και τα αναφερόμενα στις «**Κατευθυντήριες γραμμές για τη συμμετοχή προσφερόντων και αγαθών από τρίτες χώρες στην αγορά δημόσιων συμβάσεων της ΕΕ**».¹³

2.6 Τέλος, επισημαίνεται ότι η Αρχή δεν δύναται να υποκαταστήσει την, επί συγκεκριμένων ζητημάτων, κρίση των αναθετουσών αρχών, στη διάθεση των οποίων βρίσκονται όλα τα σχετικά στοιχεία και τεκμήρια. Εναπόκειται, επομένως, στην αποκλειστική αρμοδιότητα των αρμόδιων φορέων να ερευνήσουν, εάν οι προϋποθέσεις του νόμου, για τις οποίες παρέχονται από την ΕΑΑΔΗΣΥ ερμηνευτικές κατευθύνσεις και οδηγίες, πληρούνται σε μια συγκεκριμένη υπόθεση και να προβούν στο πλαίσιο αυτό σε οριστικές εκτιμήσεις, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης. Σε κάθε περίπτωση, η ορθότητα ή μη των εν λόγω εκτιμήσεων ελέγχεται από τα αρμόδια δικαστικά και διοικητικά όργανα εποπτείας και ελέγχου κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους.

Αθήνα, 29 Ιουλίου 2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Μιχαήλ Εκατομμάτης

¹³ Ανακοίνωση της Επιτροπής C(2019) 5494 final.