

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

Με βάση τα επισυναπτόμενα, στο mail σας, έγγραφά σας, ήτοι :

- 1) την από 22-2-2022 κοινή αίτηση μερικής εκχώρησης σύμβασης εκ μελών αναδόχου ενώσεως.
- 2) την από 22-2-2022 συνοδευτική δήλωση της ανωτέρω κοινής αίτησης,
- 3) το από 18-2-2022 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Αποχώρησης και
- 4) την από 15-2-2022 με κωδικό εγγράφου e-ΥΜΣ: 162780320000/B Βεβαίωση της Κεντρικής Ένωσης Επιμελητηρίων Ελλάδας με την οποία συστήθηκε εταιρεία με την επωνυμία «ΣΤΗΡΙΞΙΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Α.Ε.»

Επί του θέματος της δυνατότητας, από νομικής απόψεως, υποκατάστασης της Ένωσης Εταιρειών σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών από άλλη Ένωση Εταιρειών.

Με το ανωτέρω (3) έγγραφο τα μέλη της αναδόχου του έργου παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – Αυτοματοποίηση Συστημάτων Ηλεκτροφωτισμού Κοινόχρηστων Χώρων - Εφαρμογές Smart Cities, με Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δήμο Δελφών», δηλαδή τα μέλη της Ένωσης Εταιρειών υπό την επωνυμία «ΣΤΗΡΙΞΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – NEON GREEN BUILDINGS CONSTRUCTION MATERIALS TRADING LLC – MENTITEPPANIAN ΕΣΚΟ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» συμφώνησαν: αφενός μεν οι δύο πρώτες την εκχώρηση του συνόλου του ποσοστού συμμετοχής των στην εταιρεία «ΣΤΗΡΙΞΙΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Α.Ε» με παράλληλη αποχώρησή τους από την Ένωση και την υποκατάστασή τους από την Μονοπρόσωπη Α.Ε..

Με την (1) Αίτησή τους και την (2) συνοδευτική της αίτησης Δήλωσή τους, ζητούν την έγκριση της αποχώρησής τους και την υποκατάστασή τους στην σύμβαση από την Νέα Ένωση υπό την επωνυμία «ΣΤΗΡΙΞΙΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Α.Ε - MENTITEPPANIAN ΕΣΚΟ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», δηλώνοντας με την (1) αίτησή τους ότι η «NEON GREEN BUILDINGS CONSTRUCTION MATERIALS TRADING LLC» θα μετεξελιχθεί σε νέο φορέα στις ικανότητες του οποίου θα στηριχτεί η Νέα Ένωση για το κριτήριο της εμπειρίας, ενώ για τις λοιπές απαιτήσεις θα στηριχτεί στην «ΣΤΗΡΙΞΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.» που και αυτή θα μετεξελιχθεί σε τρίτο φορέα.

Για το ζήτημα αυτό της κατά νόμον δυνατότητας υποκατάστασης ισχύουν τα εξής :

A.) Σύμφωνα με το άρθρο 164 ν. 4412/2016, υποκατάσταση από τρίτο στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου) είναι δυνατή μόνο, αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της περ. δ' της παρ. 1 του άρθρου 132.

Για την υποκατάσταση εκδίδονται: α) διαπιστωτική πράξη της Προϊσταμένης Αρχής, στις περιπτώσεις ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης και της συγχώνευσης και β) εγκριτική απόφαση της ως άνω αρχής, αν ο αρχικός ανάδοχος έχει περιέλθει σε κατάσταση αφερεγγυότητας, ιδίως στο πλαίσιο προπτωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών. **Για την έκδοση των ως άνω ελέγχεται, αν ο νέος ανάδοχος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, που καθορίστηκαν με τη διακήρυξη του έργου.**

Σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 περ. Δ του ν. 4412/2016, υποκατάσταση με αλλαγή αναδόχου επιτρέπεται : α)..., β)..., γ)..., δ) όταν ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή, συνεπεία:

αα) ρητής ρήτρας αναθεώρησης ή προαίρεσης, σύμφωνα με την περίπτωση α',
ββ) ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπτωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών, από άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, υπό τον όρο ότι η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής του οικείου Βιβλίου του ν. 4412/2016.

Σχετικά προβλέπει η παρ. 1 του άρθρου 14 της Σύμβασης Παροχής Υπηρεσιών δυνατότητα εκχώρησης σε τρίτο όλης ή μέρους της σύμβασης .

Σε όλες τις περιπτώσεις οι όροι της σύμβασης δεσμεύουν το νέο αντισυμβαλλόμενο, ακόμη και αν δεν τους έχει ρητά αποδεχτεί.

B.) Εξάλλου, η Ένωση Εταιρειών δεν έχει δική της νομική προσωπικότητα ούτε συνιστά εταιρεία, αλλά απλή ένωση περισσότερων εταιρειών, συνδεδεμένων με κοινό σκοπό την εκτέλεση του έργου, για την ανάληψη του οποίου από κοινού συμμετείχαν, υπό την έννοια του άρ. 19 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και του άρ. 19 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει κατά κυριολεξία λόγος για εταιρική αναδιάρθρωση.

Επειδή εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 237/2018 και 253/2017), οι ιδιότητες του “τρίτου οικονομικού φορέα” υπό την έννοια των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 ως και του

υπεργολάβου διακρίνονται από αυτή του μέλους της ένωσης οικονομικών φορέων, διότι σε αμφότερες τις πρώτες περιπτώσεις απαιτείται ιδιότητα “τρίτου” έναντι του προσφέροντος, ο δε υπεργολάβος και ο “τρίτος οικονομικός φορέας” των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 δεν συνιστούν προσφέροντα, μετέχοντα, μέρος ένωσης με τον προσφέροντα και αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας και αν, ο τρίτος οικονομικός φορέας εκτελεί μέρος του φυσικού αντικείμενου (και επομένως έχει συντρέχουσα ιδιότητα υπεργολάβου) συμβάλλεται προς τούτο αποκλειστικά με τον ανάδοχο, ο οποίος του αναθέτει ο ίδιος την εκτέλεση μέρους της σύμβασης αλλά πάντως, ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον τρίτο τμήμα της σύμβασης.

Αντίθετα, στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής μετέχουν τα ίδια στη διαδικασία ανάθεσης, υποβάλλουν κοινή προσφορά και εν τέλει αναλαμβάνουν ευθέως εκ της κοινής προσφοράς τους και της κοινής συμμετοχής τους στη διαδικασία υποχρεώσεις έναντι της αναθέτουσας, κατ’ άρ. 19 παρ. 4 Ν. 4412/2016 , όπως δηλαδή εν προκειμένω.

Συνεπώς, είναι δυνατή, αντίστοιχα, η υποκατάσταση (μερική) επί αναδιάρθρωσης, όταν ανάδοχος είναι Ένωση Εταιρειών.

Περαιτέρω, δεν προκύπτει ότι η Αναθέτουσα απέβλεψε συγκεκριμένα και ειδικά στη συγκεκριμένη διάρθρωση και στα πρόσωπα όλων των μελών της Ένωσης Εταιρειών, ώστε να απαιτείται νέα διακήρυξη σε περίπτωση αλλαγής (έστω μερικής) στο πρόσωπο του Αναδόχου.

Γ.- Κατόπιν τούτων η γνώμη μου είναι ότι είναι επιτρεπτή νομικά η υποκατάσταση της αναδόχου Ένωσης από την αναφερόμενη στην αίτηση νέα Ένωση, με τις αποχωρούσες εταιρείες συμμετέχουσες πλέον ως στηρίζοντες τρίτοι οικονομικοί φορείς, για τα κριτήρια επιλογής για τα οποία συμμετείχαν ως μέλη της Ένωσης Εταιρειών, κατόπιν έγκρισης της αίτησης από το Δήμο Δελφών, έκδοσης σχετικής διαπιστωτικής πράξης και υπό τους όρους ότι :

- 1) Οι όροι της σύμβασης δεσμεύουν και τη νέα εταιρεία και η ευθύνη για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της αρχικής αναδόχου Ένωσης Εταιρειών παραμένει ως ίσχυε με την υπογραφή του αρχικού συμφωνητικού .
- 2) Θα προσκομιστεί νέα εγγυητική επιστολή από τη νέα ανάδοχο Ένωση Εταιρειών, για το σύνολο του έργου, εκδοθείσα από τα μέλη της.
- 3) Θα επικαιροποιηθούν τα δικαιολογητικά ανάθεσης της σύμβασης.

Επισημαίνεται ότι η παρούσα γνωμοδότηση έγινε βάσει των στην αρχή της παρούσης μου αναφερομένων εγγράφων που μου εστάλησαν με το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και: την από 10-7-2018 με αρ. πρωτ. 13.287 διακήρυξη και την με αρ. πρωτ. 6997/8-4-2019 σύμβαση παροχής υπηρεσιών «Ενεργειακή Αναβάθμιση – Αυτοματοποίηση Συστημάτων Ηλεκτροφωτισμού Κοινόχρηστων Χώρων - Εφαρμογές Smart Cities, με Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δήμο Δελφών» .

ΣΠΥΡΙΔΩΝ Γ. ΚΟΛΟΒΑΤΙΑΝΟΣ