

LEGAL INSIGHT

ΥΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΣΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ

Κυριακή Παππά

Στο παρόν περιγράφεται συνοπτικά η δυνατότητα μεταβίβασης της συμβατικής σχέσης σε δημόσιες συμβάσεις προμηθειών στην περίπτωση πρόβλεψης σε όρο της σύμβασης ή της διακήρυξης, ή μη, και τα κριτήρια που πρέπει να πληροί η υποκαθιστώσα τρίτη εταιρεία για να γίνει από την αναθέτουσα αρχή δεκτό το αίτημα περί υποκατάστασης.

ΜΑΙΟΣ 2015

I. ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ

Αποτελεί σύνηθες συμβαίνον στην επιχειρηματική πρακτική ο προμηθευτής στον οποίο κατακυρώθηκε μία δημόσια σύμβαση να αδυνατεί για νομικούς ή/και πραγματικούς λόγους να εκτελέσει την καταρτισθείσα με ανάδοχο εκείνον σύμβαση. Τότε, λοιπόν, στρέφεται σε μία τρίτη εταιρεία - ή απευθείας στον κατασκευαστικό οίκο του εξωτερικού - με συναφή δραστηριότητα και καταλήγουν σε (εσωτερική) συμφωνία με περιεχόμενο να εκτελέσει η τρίτη εταιρεία τη σύμβαση και να εισπράξει η τελευταία το τίμημα.

Στις συμβάσεις προμήθειας ο φορέας αποβλέπει κυρίως στο πρόσωπο του επιλεγέντος προμηθευτή, η δε κατακύρωση της προμήθειας γίνεται μετά από αξιολόγηση της φερεγγυότητας, της επαγγελματικής αξιοπιστίας, της χρηματοπιστωτικής και οικονομικής εν γένει κατάστασης των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό προμηθευτών και των τεχνικών δυνατοτήτων αυτών, στον προμηθευτή που διαθέτει τα προσόντα που απαιτούνται και παρέχει τα απαραίτητα εχέγγυα για την εκτέλεση της προμήθειας.

Ομολογουμένως, λοιπόν, η σχέση προμηθείας προμηθευτού με το Δημόσιο δεν έχει την «ευελιξία», την οποία ενδεχομένως θα είχε, εάν αντισυμβαλλόμενο μέρος δεν ήταν το Δημόσιο, τούτο λόγω του δημόσιου σκοπού, στον οποίο αυτή αποβλέπει.

Επομένως, τίθεται το ερώτημα εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις είναι δυνατή η υποκατάσταση αναδόχου στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

Στον νόμο 2286/1995 « Προμήθειες του Δημοσίου Τομέα και Ρυθμίσεις Συναφών Θεμάτων» και στο π.δ. 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου», νομοθετήματα διέποντα τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, δεν περιλαμβάνονται διατάξεις αφορώσες στην δυνατότητα υποκατάστασης του αναδόχου σε σύμβαση προμήθειας.

Σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο, γενική διάταξη που να ρυθμίζει τον τρόπο μεταβίβασης της ενοχικής σύμβασης δεν υπάρχει. Ειδικές περιπτώσεις που προβλέπεται τούτο είναι ενδεικτικά των 614ΑΚ, 6 παρ.1 του ν. 2112/1920, 3 παρ.4 του ν. 1665/1986. Κατά την κρατούσα γνώμη, το νομοθετικό κενό μπορεί να καλυφθεί δηλ. να επιτευχθεί η μεταβίβαση της συμβατικής σχέσης, με το συνδυασμό της εκχώρησης των δικαιωμάτων (455 επ. ΑΚ) και της αναδοχής υποχρεώσεων (471 επ. ΑΚ), ώστε στην όλη νομική θέση του υποκειμένου της σχέσης να εισέλθει τρίτος. Η μεταβίβαση δε της ενοχικής σχέσης ως συνόλου επιτυγχάνεται είτε με συμφωνία του μέρους της σχέσης που εξέρχεται και του τρίτου που το υποκαθιστά, στην οποία συμφωνία συγκατατίθεται το άλλο αρχικό μέλος της σχέσης κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 239 ΑΚ είτε με σύμβαση μεταξύ όλων (τριμερής πράξη), δηλαδή ανάμεσα σ' αυτόν που παραμένει, αυτού που εξέρχεται και αυτού που εισέρχεται στην ενοχική σχέση. Η περίπτωση μεταβολής του προσώπου του αντισυμβαλλόμενου θεωρείται ως τροποποίηση της αρχικής σύμβασης.

Περαιτέρω έχει γίνει δεκτό ότι η υποκατάσταση του αναδόχου εντός διοικητικής σύμβασης προμηθείας νοείται ως εκχώρηση ή μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αναδόχου, που απορρέουν από τη σύμβαση, προς τρίτο πρόσωπο, κατά τρόπο που αυτό υπεισέρχεται στην εν λόγω σύμβαση.

Εφ' όσον δε η μεταβίβαση της έννομης σχέσης από σύμβαση προμηθείας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, υπό την έννοια ότι εξυπηρετείται καλύτερα ο σκοπός για τον οποίο έχει συναφθεί η σύμβαση, δεν υφίσταται κώλυμα, για την υπεισέλευση άλλου στη σύμβαση από διάταξη της διακήρυξης, με την οποία απαγορεύεται καταρχήν η εκχώρηση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Και τούτο, διότι η σχετική απαγόρευση διαθέσεως έχει τεθεί υπέρ του Δημοσίου, ήτοι αποσκοπεί προεχόντως και προδήλως στην προστασία των συμφερόντων του Δημοσίου.

Τέλος, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, όταν υφίστανται λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτρέπεται κατ' εξαίρεση, η τροποποίηση της σύμβασης, υπό την έννοια της μεταβολής του προσώπου του αντισυμβαλλόμενου στη σύμβαση προμήθειας και η έγκριση από την αρμόδια κρατική αρχή της μεταβολής του προσώπου του αντισυμβαλλόμενου, στον οποίο εκχωρήθηκαν τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις από τη σύμβαση εφόσον τουλάχιστον αυτός: α) έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάθεση της σύμβασης στον αρχικό προμηθευτή και β) διαθέτει τα αυτά εχέγγυα ικανότητας αξιοπιστίας και φερεγγυότητας.

III. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Καταρχήν το γενικό νομοθετικό πλαίσιο δεν προβλέπει τη δυνατότητα υποκατάστασης του αναδόχου σε σύμβαση προμήθειας.

Στην περίπτωση που τούτο προβλέπεται από τους όρους της διακήρυξης ή της σύμβασης, θα πρέπει να πληρούνται οι προϋποθέσεις που κατά περίπτωση τίθενται στις επίμαχες διατάξεις με αποκλειστικό πάντοτε γνώμονα την εξυπηρέτηση του δημόσιου συμφέροντος. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ακόμη και αν η δυνατότητα υποκατάστασης απαγορεύεται από τη

διακήρυξη, εάν κατά την εξεταζόμενη περίπτωση εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον, η σχετική απαγόρευση κάμπτεται (πρβλ. ΝΣΚ 322/2002, 409/1997 και ΟΛΝΣΚ 47/2003).

Τέλος, σε περίπτωση έλλειψης ρύθμισης, είτε στη σύμβαση είτε στη διακήρυξη, δύναται υπό προϋποθέσεις να τύχουν εφαρμογής τα ανωτέρω αναφερόμενα περί μεταβίβασης της συμβατικής σχέσης σαν σύνολο εφόσον:

- α). η συνέχιση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον
- β). ο τρίτος που υπεισέρχεται έχει, κατά την κρίση της αρμόδιας υπηρεσίας, τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάθεση της σύμβασης στον αρχικό ανάδοχο
- γ). ο τρίτος διαθέτει τα αυτά εγγύα ικανότητας, αξιοπιστίας και φερεγγυότητας (οικονομικής και επιχειρηματικής) με αυτόν, ώστε να εξασφαλίζεται πλήρως η εκ μέρους του εκτέλεση της σύμβασης κατά την κρίση της αρμόδιας υπηρεσίας, δυνάμενης μάλιστα να ζητήσει πρόσθετες εγγυήσεις (πχ προσκόμιση πρόσθετων εγγυητικών επιστολών)
- δ). στην μεταξύ της αποχωρούσης και εισερχόμενης εταιρείας σύμβασης περιληφθεί όρος ότι η νέα εταιρεία αναλαμβάνει όλες τις υποχρεώσεις και ευθύνες της αρχικής προμηθεύτριας, τόσο αυτές που έχουν γεννηθεί, όσο και τις μελλοντικές και ότι αναγνωρίζει και αποδέχεται το στάδιο εκτέλεσης στο οποίο βρίσκεται η σύμβαση
- ε). ο λόγος της υποκατάστασης δεν ήταν γνωστός εξ υπαρχής αλλά προέκυψε εκ των υστέρων κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης.

Σημειώνεται πάντως ότι τα ανωτέρω αποτελούν ζήτημα πραγματικό, η έρευνα και εξακρίβωση των οποίων εναπόκειται στην αρμόδια υπηρεσία, κατόπιν προηγούμενης γνωμοδότησης της κατ' ά. 24 και 38 του πδ 118/2007 Επιτροπής, η οποία είναι αρμόδια επειδή η περίπτωση μεταβολής του προσώπου του αναδόχου θεωρείται τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, συνεπώς πριν από την έκδοση απόφασης τροποποίησης είναι επιβεβλημένη η παροχή της εν λόγω γνωμοδότησης.

Συνοψίζοντας, με τη μεταβίβαση της σύμβασης ουσιαστικά η ανάδοχος εταιρεία αναθέτει στην τρίτη εταιρεία την εκτέλεση της προμήθειας του είδους της συναφθείσας με την αναθέτουσα αρχή σύμβασης και η υποκαθιστώσα εταιρεία αναλαμβάνει την υποχρέωση να εκτελέσει τη σύμβαση σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης, τους όρους της διακήρυξης και της προσφοράς της υποκαθιστάμενης εταιρείας καθιστάμενη δικαιούχος του συμφωνηθέντος τιμήματος της εκτελούμενης προμήθειας, όπως τούτο ορίζεται στη σύμβαση και στους όρους της. Είθισται, η υπάρχουσα εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης (και καλής λειτουργίας) της σύμβασης να αντικαθίστανται με άλλες στο όνομα της εισερχόμενης στη συμβατική σχέση εταιρείας, χωρίς να αποκλείεται η Διοίκηση να ζητήσει την εις ολόκληρο και σωρευτική ευθύνη της υποκαθιστάμενης εταιρείας μετά της αναδεχόμενης έναντι του της αναθέτουσας αρχής καθώς και τη διατήρηση της ισχύος της αρχικής εγγυητικής επιστολής καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.

Για περισσότερες πληροφορίες επικοινωνήστε μαζί μας:

ΓΙΑΝΝΑΤΣΗΣ ΚΑΙ ΨΑΡΑΚΗΣ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ

WWW.YIANNATSI.GR

38, ΚΑΡΝΕΑΔΟΥ, ΚΟΛΩΝΑΚΙ

106 76, ΑΘΗΝΑ

ΕΛΛΑΔΑ

T: (+30) 210 7231076

F: (+30) 210 7231075