

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Μεταβολή συνθηκών λόγω μεταγενέστερης αντικειμενικής αδυναμίας χρήσης εκρηκτικών υλών.

Οι ανώνυμες εταιρείες – μέλη του ΣΑΤΕ με τις επωνυμίες «ΜΠΕΤΟΚΑΤ Α.Ε.» & «ΕΡΓΟΚΑΤ ΜΑΚΕΔΟΝΙΑΣ ΑΤΕΒΕ» υπέβαλαν τα ακόλουθα ερωτήματα, με ταυτόσημο ως προς την ουσία τους περιεχόμενο:

Ερώτημα «ΜΠΕΤΟΚΑΤ Α.Ε.»:

ΣΑΤΕ

«Με την παρούσα επιστολή θα θέλαμε να ενημερωθούμε σχετικά με ένα θέμα χρήσης εκρηκτικών υλών. Η μελέτη του έργου προβλέπει χρήση εκρηκτικών υλών. Δεν αναφέρει ούτε καν ελεγχόμενες ή περιορισμένες εκρήξεις. Η δημοπράτηση του έργου έγινε στις 29-5-2006. Η σύμβαση υπεγράφη στις 2-10-2006. Από 01-07-2006 η πολεοδομία του Δήμου Κοζάνης εξέδωσε 10 άδειες με ημερομηνίες που φαίνονται στο συνημμένο τοπογραφικό διάγραμμα του νέου οικισμού. Η έκδοση των αδειών συνεχίζεται με ταχύτερους ρυθμούς. Στον νέο οικισμό ανεγείρονται αυτή τη στιγμή γύρω στις 20 οικοδομές. Στείλαμε στη Διευθύνουσα Υπηρεσία του φορέα υλοποίησης του έργου (Δ.Ε.Υ.Α. Κοζάνης) 4 επιστολές (τις οποίες επισυνάπτουμε) μέχρι σήμερα αλλά δεν μας απαντήσανε, ενώ παράλληλα μας πιέζουν προφορικά να αρχίσουμε τις εκσκαφές».

Ερώτημα «ΕΡΓΟΚΑΤ ΜΑΚΕΔΟΝΙΑΣ ΑΤΕΒΕ»:

Επειδή συχνά αντιμετωπίζουμε περιπτώσεις για χρήση εκρηκτικών υλών εντός της οικισμών, θα σας παρακαλούσαμε να μας ενημερώσετε εάν είναι δυνατόν, αν μπορούμε να αρνηθούμε τη χρήση τους, εφ' όσον ο οικισμός άρχισε να κτίζεται μετά την υποβολή της προσφοράς μας».

Η απάντησή μου στα ανωτέρω ερωτήματα έχει ως ακολούθως:

1. Η παρ. 1 του άρθρου 7 του ν. 1418/1984 ορίζει τα εξής:

«Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να κατασκευάσει το έργο κατά τους όρους της σύμβασης και τις σύμφωνες προς αυτή και το νόμο έγγραφες εντολές του φορέα κατασκευής του έργου. Ο ανάδοχος που δεν εκπληρώνει τις υποχρεώσεις του μπορεί να κηρυχθεί έκπτωτος».

Επιπροσθέτως, οι παράγραφοι 1 & 2 του άρθρου 34 του π.δ. 609/1985 προβλέπουν τα εξής:

1. Ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση να τηρεί με ακρίβεια τη διάταξη και τις διαστάσεις των διαφόρων μερών του έργου όπως προκύπτουν από τα εγκεκριμένα σχέδια ή άλλα στοιχεία της μελέτης.

2. Οι έγγραφες εντολές που δίνονται από το αρμόδιο όργανο για συμπλήρωση ή τροποποίηση των στοιχείων της μελέτης, σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 8 του ν. 1418/1984, όπως αντικαταστάθηκαν τελικώς με την παρ. 1 του άρθρου τέταρτου του ν.

2372/1996, είναι υποχρεωτικές για τον Ανάδοχο. Ο ανάδοχος δεν δικαιούται σε αποζημίωση ή αύξηση τιμών για μεταβολές στα έργα που έγιναν χωρίς έγγραφη διαταγή έστω και αν αυτές βελτιώνουν το έργο. Αν η χωρίς έγκριση μεταβολή επιφέρει μείωση ποσοτήτων ή διαστάσεων καταβάλλεται μόνο η αξία των ποσοτήτων των εργασιών που έχουν πράγματι εκτελεσθεί χωρίς να αποκλείεται εφαρμογή των διατάξεων για κακοτεχνία. Σε επείγουσες περιπτώσεις η διαταγή για τροποποιήσεις ή συμπληρώσεις δίνεται προφορικά στον τόπο των έργων και καταχωρείται στο ημερολόγιο. Αν τη διαταγή αυτή δίνει ο επιβλέπων, οφείλει να ενημερώσει αμέσως εγγράφως τη διευθύνουσα υπηρεσία, για την έκδοση κανονικής διαταγής. Αν η διαταγή αυτή διαφοροποιεί μερικά ή ολικά τις εντολές του επιβλέποντα, ο ανάδοχος αποζημιώνεται για τις εργασίες που έχει εκτελέσει σύμφωνα με την εντολή της επίβλεψης μέχρι τη λήψη της εντολής της Διευθύνουσας υπηρεσίας.

ΣΑΤΕ

Επομένως, κατ' αρχήν, ο ανάδοχος δεν δύναται να τροποποιήσει μεταγενεστέρως και μονομερώς, χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της υπηρεσίας, η οποία δίδεται κατά την περιγραφόμενη στις προπαρατεθείσες διατάξεις διαδικασία, τον τρόπο εκτέλεσης του έργου.¹ Εφόσον, λοιπόν, τα συμβατικά τεύχη της προκείμενης εργολαβίας προβλέπουν την εκτέλεση των εκσκαφών με τη χρήση εκρηκτικών υλών και όχι με κάποιον άλλο λιγότερο επικίνδυνο, πλην αρκετά πιο δαπανηρό τρόπο (όπως π.χ. η χρήση υδραυλική σφύρας κ.λπ.), ο ανάδοχος είναι κατ' αρχήν υποχρεωμένος να τηρήσει τους όρους της συμβάσεως που έχει υπογράψει και ανεπιφυλάκτως αποδεχθεί και να εκτελέσει τις επίμαχες εργασίες κατά τον συμβατικώς προδιαγραφόμενο τρόπο.

2. Σύμφωνα με τα υποβληθέντα ερωτήματα, μετά την υποβολή των προσφορών των αναδόχων εταιρειών, άρχισαν στις περιοχές που εκτελούνταν τα έργα ή γειτνιάζαν προς αυτά να ανεγείρονται οικισμοί, γεγονός που ενδέχεται κατά νόμο να καθιστά μη επιτρεπτή τη χρήση εκρηκτικών υλών πλησίον των ανεγειρόμενων οικοδομών ή να καθιστά εκ των πραγμάτων επικίνδυνη τη χρήση τους. Οι ερωτώσες εταιρείες επισυνάπτουν επίσης έγγραφες αιτήσεις τους προς την υπηρεσία, στις οποίες ισχυρίζονται, ότι κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών τους δεν γνώριζαν την ύπαρξη αθρόων αιτήσεων για την αίτηση οικοδομικών αδειών, ούτε ότι η ανέγερση των οικοδομών θα άρχιζε πριν την περαίωση των εργασιών υποδομών (δίκτυα ακαθάρτων, ομβρίων και ύδρευσης). Λαμβάνοντας ως δεδομένο ότι έτσι έχουν τα πράγματα – άλλωστε, είναι αδύνατον να επιβεβαιώσω την ακρίβεια των σχετικών ισχυρισμών – οι δυνατότητες που παρέχει ο νόμος στις αναδόχους εταιρείες είναι οι εξής:

2.1. Εφόσον η συνέχιση της εκτέλεσης των εργασιών κατά τον συμβατικώς προδιαγραφόμενο τρόπο είναι παράνομη ή ενδέχεται να προκαλέσει κίνδυνο στη ζωή, την υγεία ή/και την περιουσία τρίτων, οι ανάδοχοι εταιρείες οφείλουν να υποβάλουν ειδική δήλωση διακοπής των εργασιών, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 48 του π.δ. 609/1985,

¹ ΣΤΕ (7μελούς) 2384/1996* πρβλ. ΣΤΕ 1772/2002, 1543/2002 κ.λπ.

και να διακόψουν την εκτέλεση των παρανόμων ή επικίνδυνων εργασιών. Στην προκείμενη περίπτωση και υπό την προϋπόθεση ότι είναι βάσιμα τα πραγματικά περιστατικά όπως τα εκθέτουν οι ερωτώσες εταιρείες, συντρέχει σαφής υπαιτιότητα του φορέα κατασκευής ή του κυρίου του έργου, εάν οι τελευταίοι επιμένουν στην πραγματοποίηση των εκσκαφών με τη χρήση εκρηκτικών υλών και ταυτοχρόνως απορρίπτουν τα σχετικά αιτήματα των αναδόχων για τροποποίηση του τρόπου διενέργειας των εκσκαφών ώστε να αποφευχθεί η χρήση εκρηκτικών υλών.

2.2. Παράλληλα, οι ανάδοχοι εταιρείες δύνανται να υποβάλουν αίτημα έγκρισης της εκτέλεσης των εκσκαφών με μεθόδους κατά νόμο επιτρεπτές καθώς και σύνταξης Α.Π.Ε. και Π.Κ.Τ.Μ.Ν.Ε. προς τη Διευθύνουσα Υπηρεσία. Σε περίπτωση κατά την οποία υπάρξει ρητή ή σιωπηρή απόρριψη του αιτήματος, θα πρέπει να τηρηθεί η ενδικοφανής προδικασία (ένσταση & αίτηση θεραπείας) του άρθρου 12 του ν. 1418/1984.

2.3. Εναλλακτικώς, υπάρχει η δυνατότητα για τις αναδόχους να εκτελέσουν τις εκσκαφές χωρίς χρήση εκρηκτικών υλών και να επιδιώξουν τη μεταγενέστερη ένταξή τους σε Α.Π.Ε.. Τούτο είναι επιτρεπτό και σύμφωνο κατά την κρατούσα στη νομολογία άποψη.² Προϋπόθεση, βεβαίως, για τη μεταγενέστερη ένταξή τους σε Α.Π.Ε. είναι η εκ των υστέρων έγκριση της υπηρεσίας, η οποία, σε περιπτώσεις αμφισβήτησης από πλευράς της τελευταίας των λόγων που προβάλλει ο ανάδοχος σχετικά με την αναγκαιότητα τροποποίησης του τρόπου εκτέλεσής τους, είναι σχεδόν βέβαιο ότι δεν θα δοθεί. Ως εκ τούτου, ο ανάδοχος που αναλαμβάνει μονομερώς και εξ ιδίας πρωτοβουλίας να εκτελέσει τις εκσκαφές κατά τρόπο διαφορετικό από τον συμβατικώς προβλεπόμενο, διακινδυνεύει την απώλεια των σχετικών κονδυλίων ή τη διεξαγωγή μακρών δικαστικών αγώνων για την καταβολή τους.

2.4. Εφόσον τα πραγματικά περιστατικά έχουν όπως τα εκθέτουν οι ερωτώσες εταιρείες, ενδέχεται να συντρέχει περίπτωση προσυμβατικής ευθύνης του κυρίου του έργου κατά τις διατάξεις των άρθρων 197 & 198 Α.Κ., εφόσον στοιχεία κρίσιμα για τη διαμόρφωση της προσφοράς του αναδόχου απεκρύβησαν από αυτόν κατά το χρονικό διάστημα που προηγήθηκε της υποβολής της προσφοράς του και της κατάρτισης της σύμβασης εκτέλεσης του έργου.

Με εκτίμηση,

ΣΑΤΕ

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.

² ΣτΕ 4162/1997. Βλ. επίσης, ΣτΕ 1170/2003, 1334/2000, 1859/1999, 3458/1996, ΔΕφΑΘ 2656/1999, 3403/1997, ΔΕφΘεσ 183/1991, κ.ά.