

Αθήνα, 6 Μαΐου 2010

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Νομιμότητα περιορισμού ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. από 28% σε 18% μετά την υπογραφή της σύμβασης και σχετικές αξιώσεις αναδόχου

Η ανώνυμη εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ με την επωνυμία 3Κ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Υπογράψαμε σύμβαση με δήμο για την εκτέλεση έργου, το οποίο έχει χρηματοδότηση από ίδιους πόρους και εργολαβικό όφελος 28%. Σήμερα μας ενημέρωσαν από το δήμο ότι το έργο εντάχθηκε σε πρόγραμμα χρηματοδότησης και το εργολαβικό όφελος πρέπει να μειωθεί σε 18%. Επειδή αυτό ζημιώνει την εταιρεία, θα ήθελα να με ενημερώσετε αν υπάρχει νόμιμος τρόπος να αρνηθώ τη μεταβολή ή αν είμαι υποχρεωμένος να την αποδεχθώ αδιαμαρτύρητα».

Η απάντησή μου στο ανωτέρω ερώτημα έχει ως ακολούθως:

Η παρ. 7 του άρθρου 17 του Κώδικα Δημοσίων Έργων (Ν. 3669/2008 – Κ.Δ.Ε.) προσδιορίζει το ύψος του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. που δύναται να προστεθεί στις τιμές του τιμολογίου της μελέτης και της προσφοράς. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι για έργα που χρηματοδοτούνται από τον προϋπολογισμό δημοσίων επενδύσεων ή άλλες πηγές με ανάλογες απαλλαγές το ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. ορίζεται σε 18%, ενώ για τις άλλες περιπτώσεις σε 28%. Ο δικαιολογητικός λόγος της διαφοροποίησης στα ποσοστά Γ.Ε. & Ο.Ε. ανάγεται στο γεγονός ότι για τα έργα που ισχύει το χαμηλότερο ποσοστό (18%) ισχύει απαλλαγή από ορισμένες από τις οφειλόμενες κρατήσεις, ενώ για τις λοιπές περιπτώσεις, που ισχύει το υψηλότερο ποσοστό (28%), δεν υφίσταται τέτοια απαλλαγή.¹

Περαιτέρω, οι όροι εκτέλεσης του έργου που περιέχονται στη σύμβαση (και ως «σύμβαση» νοείται το σύνολο των συμβατικών τευχών) δεν δύνανται να μεταβληθούν μονομερώς μετά την κατάρτιση της σύμβασης. Τούτο αποτελεί βασική αρχική του ενοχικού δικαίου, που ισχύει και στις συμβάσεις

¹ Βλ. σχετ. ΑΠ 406/1995 – ΝΟΜΟΣ (92814).

δημοσίων έργων. Οι συμβατικοί όροι που καθορίζουν το ύψος του εργολαβικού ανταλλάγματος είναι δεσμευτικοί για αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη και ο κύριος του έργου δεν δύναται μονομερώς να περιορίσει το ύψος του εργολαβικού ανταλλάγματος υφ' οιανδήποτε έκφανση και μορφή του.

Ωστόσο, η διαφοροποίηση του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. προβλέπεται ευθέως στο νόμο και είναι υποχρεωτική ανάλογα με την πηγή χρηματοδότησης του έργου. Τα μέρη δεν δικαιούνται να επιλέξουν το κατά την κρίση και προτίμησή τους εφαρμοστέο ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε., αλλά αυτό ισχύει αυτοδικαίως βάσει ρύθμισης αναγκαστικού δικαίου, που δεν επιτρέπεται να τροποποιηθεί με αντίθετη βούληση των μερών. Περαιτέρω, το ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. ευρίσκεται σε άμεση συνάρτηση με το ύψος των κρατήσεων που προβλέπονται για κάθε συγκεκριμένη σύμβαση. Η αυξομείωση του εν λόγω ποσοστού, μάλιστα, είναι ευθέως ανάλογη με την αυξομείωση του κρατήσεων. Έτσι, αν για κάποια ειδική κατηγορία συμβάσεων το ύψος των προβλεπομένων κρατήσεων υπερβαίνει μεν αυτό των συμβάσεων που χρηματοδοτούνται από το πρόγραμμα δημόσιων επενδύσεων, υπολείπεται δε αυτού των λοιπών συμβάσεων, τότε το ύψος του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. αναπροσαρμόζεται αναλόγως.² Υπό την έννοια αυτή το ύψος του καθαρού εργολαβικού οφέλους (μετά την αφαίρεση των κρατήσεων) παραμένει το ίδιο σε όλες τις περιπτώσεις, εφόσον η διαφορά του ποσοστού αντιστοιχεί (και πρέπει να αντιστοιχεί) στο αυξημένο ποσοστό κρατήσεων.

Στην προκείμενη περίπτωση υπήρξε εκ των υστέρων, μετά την υπογραφή της σύμβασης, περιορισμός του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. από 28% σε 18%, λόγω της ένταξης του έργου σε πρόγραμμα χρηματοδότησης, που φαίνεται πως έχει μειωμένες κρατήσεις. Η μεταβολή αυτή επιβάλλεται από νομοθετική διάταξη αναγκαστικού δικαίου και ως εκ τούτου, παρόλο ότι συνιστά τροποποίηση όρου της ήδη υπογεγραμμένης σύμβασης, ο ανάδοχος δεν μπορεί να αντιτάξει αντιρρήσεις κατ' αυτής. Ωστόσο, όπως προελέχθη, το μειωμένο ποσοστό 18% για Γ.Ε. & Ο.Ε. αντιστοιχεί στις μειωμένες κρατήσεις που επιβάλλονται στο εργολαβικό ανταλλάγμα των έργων που εμπίπτουν στην κατηγορία αυτή. Εάν πράγματι υπάρχει αυτή η αντιστοίχιση, ο ανάδοχος δεν υφίσταται ζημία, εφόσον το καθαρό εργολαβικό όφελος που του απομένει είναι το ίδιο. Εάν όμως δεν υπάρχει ακριβής αντιστοίχιση και με τη μείωση του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. μειώνεται και το καθαρό εργολαβικό όφελος του αναδόχου μετά την αφαίρεση των πάσης μορφής κρατήσεων, τότε ο ανάδοχος υφίσταται ζημία. Στην περίπτωση αυτή ο ανάδοχος δικαιούται αποζημίωσης, που θα αντιστοιχεί στο ύψος της μείωσης του καθαρού εργολαβικού ανταλλάγματος (μετά την αφαίρεση των κρατήσεων), την οποία μπορεί να διεκδικήσει κατά τη σχετική διαδικασία που προβλέπει η ειδική νομοθεσία

² ΑΠ 406/1995, ό.π.

περί δημοσίων έργων. Ωστόσο, για τους λόγους που προαναφέραμε, δεν μπορεί να ζητήσει την επαναφορά του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. σε 28%.

Στο υποβληθέν ερώτημα η ερωτώσα εταιρεία αναφέρει ότι υφίσταται ζημία από τη μείωση του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. από 28% σε 18%, χωρίς να προσδιορίζει ειδικότερα σε τι συνίσταται η ζημία που επικαλείται. Εφόσον η ζημία συνίσταται σε μείωση του ύψους του ποσοστού καθαρού εργολαβικού οφέλους λόγω μη επακριβούς αντιστοίχισης του ύψους των μειούμενων κρατήσεων με τη μείωση του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε., η ανάδοχος εταιρεία έχει αξίωση αποζημίωσης για τη ζημία που υφίσταται, όχι όμως και επαναφοράς του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. στο αρχικό ύψος του 28%.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.