

Αθήνα, 8.7.2010

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Δικαίωμα αναδόχου να αρνηθεί διοικητική παραλαβή για χρήση σε περίπτωση ανεξόφλητων λογαριασμών.

Ανώνυμη εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Η εταιρεία μας είναι ανάδοχος δημοσίου έργου το οποίο έχει ολοκληρωθεί, έχει εκδοθεί βεβαίωση περαίωσης εργασιών από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία, ενώ δεν έχει εξοφληθεί περίπου το 75% των πιστοποιημένων λογαριασμών. Η ερώτησή μας είναι κατά πόσο νομιμοποιούμαστε να μη γίνει απόδοση του έργου στους χρήστες (μέσω διοικητικής παραλαβής προς χρήση).»

Η απάντησή μου στο ανωτέρω ερώτημα έχει ως ακολούθως:

1. Η νομοθεσία περί δημοσίων έργων προβλέπει ρητώς τα δικαιώματα του αναδόχου σε περίπτωση καθυστέρησης εξόφλησης εγκεκριμένων λογαριασμών: Ο ανάδοχος δύναται να προβεί σε διακοπή εργασιών και ακολούθως να υποβάλει αίτηση διάλυσης της σύμβασης, εντός των προθεσμιών και υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο άρθρο 62 του Κώδικα Δημοσίων Έργων (ΚΔΕ – ν. 3669/2008).

Όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 72 του ΚΔΕ, η διοικητική παραλαβή για χρήση διενεργείται για μεν ολόκληρο το έργο ύστερα από την ολοσχερή αποπεράτωσή του, που βεβαιώνεται με την έκδοση βεβαίωσης περάτωσης εργασιών, για δε αυτοτελή τμήματα του έργου, μετά την αποπεράτωση των εργασιών για τα συγκεκριμένα αυτά τμήματα. Όπως αναφέρεται στο ερώτημα, για το υπόψη έργο έχει εκδοθεί βεβαίωση περάτωσης εργασιών, επομένως δεν υπάρχει πλέον αντικείμενο προς κατασκευή.

Περαιτέρω, η διοικητική παραλαβή για χρήση δεν συνιστά, όσον αφορά τις όποιες υποχρεώσεις του αναδόχου σχετίζονται με τη διενέργειά της, εκτέλεση εργασίας. Ως εκ τούτου, είναι δύσκολο να θεωρηθεί ότι ο ανάδοχος, υποβάλλοντας δήλωση διακοπής εργασιών λόγω μη πληρωμής εγκεκριμένων λογαριασμών, δικαιούται να αρνηθεί να συμπράξει ή ακόμη και

να παρεμποδίσει τη διενέργεια της διοικητικής παραλαβής για χρήση, επί τη βάσει των διατάξεων περί διακοπής εργασιών και διάλυσης της σύμβασης του άρθρου 62 ΚΔΕ. Επομένως, στην ειδική περί δημοσίων έργων νομοθεσία είναι δύσκολο να βρεθεί νόμιμο έρεισμα πάνω στο οποίο θα μπορούσε να εδρασθεί η άρνηση του αναδόχου να παραδώσει το αποπερατωμένο έργο στον κύριο του έργου, όταν ο τελευταίος ζητεί να το παραλάβει για χρήση, παρότι εξακολουθεί να οφείλει σημαντικό τμήμα του πιστοποιημένου εργολαβικού ανταλλάγματος.

2. Εκτός από την ειδική περί δημοσίων έργων νομοθεσία, η σύμβαση κατασκευής δημοσίου έργου διέπεται και από τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα, οι οποίες εφαρμόζονται αναλογικώς, υπό την προϋπόθεση ότι δεν ορίζεται διαφορετικά στην ειδική νομοθεσία για τα δημόσια έργα¹, ή δεν αντίκεινται (οι διατάξεις του Αστικού Κώδικα) προς τις διατάξεις της νομοθεσίας περί δημοσίων έργων, οι οποίες, ως ειδικότερες, σε περίπτωση σύγκρουσης, υπερισχύουν. Μεταξύ των διατάξεων του Αστικού Κώδικα που εφαρμόζονται αναλογικώς είναι και αυτές του γενικού ενοχικού δικαίου περί αμοφτεροβαρών συμβάσεων (άρθρ. 374 επ. ΑΚ) καθώς και εκείνες του ειδικού ενοχικού δικαίου περί σύμβασης έργου (άρθρ. 681 επ. ΑΚ).

Το άρθρο 374 ΑΚ αναφέρει, ότι «ο υπόχρεος από αμοφτεροβαρή σύμβαση έχει δικαίωμα να αρνηθεί την εκπλήρωση της παροχής, για όσο χρόνο ο αντισυμβαλλόμενος δεν εκπληρώνει ή δεν προσφέρει την αντιπαροχή (ένσταση μη εκπλήρωσης της σύμβασης), εκτός αν έχει υποχρέωση να εκπληρώσει πρώτος». Πρόκειται για τη λεγόμενη «ένσταση μη εκπληρωθέντος συναλλάγματος», όπως παραδοσιακά έχει καθιερωθεί να ονομάζεται. Η άσκησή της υπόκειται σε συγκεκριμένες προϋποθέσεις, που εκτίθενται στα άρθρα 375 – 378 ΑΚ, οι οποίες στην προκείμενη περίπτωση φαίνεται πως πληρούνται. Η εν λόγω διάταξη του Αστικού Κώδικα έχει εξειδικευθεί στην ειδική περί δημοσίων έργων νομοθεσία με τις ρυθμίσεις περί διακοπής εργασιών και διάλυσης της σύμβασης, σε περίπτωση που ο κύριος του έργου καταστεί υπερήμερος ως προς την εξόφληση εγκεκριμένων λογαριασμών.

Ωστόσο, λόγω της γενικής της διατύπωσης, θεωρώ ότι το άρθρο 374 ΑΚ έχει ευρύτερο πεδίο εφαρμογής από τις διατάξεις περί διακοπής εργασιών της νομοθεσίας για τα δημόσια έργα. Και αυτό διότι, ενώ οι διατάξεις περί διακοπής εργασιών του ΚΔΕ αναφέρονται στην εκτέλεση εργασιών με τη στενή τους έννοια, το άρθρο 374 ΑΚ αφορά κάθε παροχή στα πλαίσια μιας αμοφτεροβαρούς σύμβασης. Στον βαθμό, λοιπόν, που απαιτείται σύμπραξη από πλευράς του αναδόχου – έστω και με τη μορφή της παθητικής συναίνεσης – ώστε να ολοκληρωθεί η διαδικασία διενέργειας της διοικητικής

¹ Άρθρ. 5 § 13 ν. 1418/1984.

παραλαβής για χρήση, θα μπορούσε να θεωρηθεί η συγκεκριμένη σύμπραξη ως «παροχή» κατά τη σχετική έννοια του νόμου και ότι ο ανάδοχος, ασκώντας την ένσταση μη εκπληρωθέντος συναλλάγματος, θα δικαιούτο να αρνηθεί τη σύμπραξη του στη διαδικασία παραλαβής για χρήση και η τελευταία να ματαιωθεί.

3. Κατά την εφαρμογή, όμως, στην πράξη του δικαιώματος του αναδόχου να αρνηθεί τη σύμπραξη του κατά τη διενέργεια της διοικητικής παραλαβής για χρήση γεννώνται διάφορα, πρακτικά κυρίως, προβλήματα:

Η διοικητική παραλαβή για χρήση – σε αντίθεση με την προσωρινή και οριστική παραλαβή – είναι μια διαδικασία που, κατ’ αρχήν, στερείται εννόμων συνεπειών για τον ανάδοχο. Το πρωτόκολλο που συντάσσεται σχετικά, είναι αμφισβητούμενο κατά πόσο υπόκειται σε προσβολή από τον ανάδοχο, η δε έναρξη της χρήσης του έργου μπορεί να γίνει ακόμη και άτυπα. Περισσότερο η διαδικασία διοικητικής παραλαβής για χρήση και η σύνταξη του σχετικού πρωτοκόλλου φαίνεται να έχει ως σκοπό την κατοχύρωση του αναδόχου έναντι του κινδύνου να θεωρηθεί υπεύθυνος για βλάβες και φθορές που οφείλονται στη χρήση και όχι στην κατασκευή² με τη σύνταξη του πρωτοκόλλου οριοθετείται το χρονικό σημείο πέραν του οποίου άρχισε η χρήση του έργου από τον κύριο του έργου ή παραδόθηκε αυτό στο κοινό, οπότε και ο ανάδοχος μπορεί να τεκμηριώσει ευκολότερα την έλλειψη ευθύνης του για την αποκατάστασή τους, κατά το άρθρο 74 παρ. 2 του ΚΔΕ.²

Ως εκ τούτου, το ερώτημα που ανακύπτει είναι: Με ποιο τρόπο θα αρνηθεί τη σύμπραξη του ο ανάδοχος και θα ματαιώσει την παραλαβή του έργου για χρήση; Θα σφραγίσει το έργο με λουκέτα, θα βάλει μηχανήματα ή θα παρατάξει το προσωπικό του ώστε να αποτρέψει την πρόσβαση σ’ αυτό των υπαλλήλων του κυρίου του έργου, θα παρεμποδίζει με κάποιον άλλο τρόπο τη χρήση του έργου; Διατηρώ προσωπικά πολλές αμφιβολίες για τη νομιμότητα τέτοιων ενεργειών και δεν θα τις συνιστούσα ως μέσο αντίδρασης του αναδόχου.

Από την άλλη πλευρά, η παθητική άρνηση σύμπραξης του αναδόχου στις διαδικασίες παραλαβής για χρήση είναι δύσκολο να έχει κάποια άμεση πρακτική συνέπεια. Όπως προβλέπει η παρ. 2 του άρθρου 72 του ΚΔΕ, «αν ο ανάδοχος κληθεί και δεν παραστεί ή αρνηθεί την υπογραφή του πρωτοκόλλου, αυτό συντάσσεται από τους λοιπούς, με σχετική μνεία κατά περίπτωση και του κοινοποιείται». Θεωρητικά, θα μπορούσε να ασκήσει ένσταση κατά του πρωτοκόλλου³ ακόμη, όμως, και αν γινόταν αυτό δεκτό – πράγμα ιδιαίτερα αμφίβολο, βάσει και των όσων προαναφέρθηκαν –, η

² Βλ. Χρ. Μητκίδη, «Συμβάσεις Δημοσίων Έργων», εκδ. 2009, σελ. 448 – 449, § 188.

άσκηση της ένστασης δεν αναστέλλει την πρόοδο της διαδικασίας διοικητικής παραλαβής για χρήση.

4. Με βάση τα προαναφερθέντα, η απάντησή μου στο υποβληθέν ερώτημα είναι η εξής:

Η ειδική νομοθεσία για τα δημόσια έργα δεν προβλέπει τη δυνατότητα του αναδόχου να εναντιωθεί στη διενέργεια της διοικητικής παραλαβής για χρήση. Κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Αστικού Κώδικα περί ενστάσεως μη εκπληρωθέντος συναλλάγματος, θα μπορούσε να υποστηριχθεί η άποψη ότι ο ανάδοχος δύναται να αρνηθεί τη σύμπραξή του στη διαδικασία διοικητικής παραλαβής για χρήση, στο βαθμό που η σύμπραξη αυτή λογίζεται ως «παροχή». Ωστόσο, η παθητική άρνηση του αναδόχου να συμπράξει μάλλον δεν θα έχει κάποιο πρακτικό αποτέλεσμα, ενώ οι πιο δραστικές μέθοδοι παρακώλυσης της διενέργειας της παραλαβής για χρήση είναι αμφίβολης νομιμότητας και ενδέχεται να επιφέρουν κυρώσεις σε βάρος του αναδόχου.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.