

**ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ****ΔΗΜΟΥ ΚΑΛΑΜΑΤΑΣ****ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗ 35/2008****ΑΠΟΦΑΣΗ 381/2008**

Στην Καλαμάτα σήμερα, **την 15<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2008, ημέρα Δευτέρα και ώρα 13:00** συνέρχεται στο Δημορχιακό Κατάστημα της οδού Αριστομένους 28 στην 35η/2008 συνεδρίαση η Δημορχιακή Επιτροπή του Δήμου Καλαμάτας, μετά την από 11-09-2008 πρόσκληση του κ. Προέδρου, που επιδόθηκε σύμφωνα με το νόμο.

Παραβρίσκονται στη συνεδρίαση αυτή ο κ. Παναγιώτης Ε. Νίκας, Δήμαρχος Καλαμάτας, Πρόεδρος της Δημορχιακής Επιτροπής και από τα τακτικά μέλη οι κ.κ. 1) Καμβυσίδης Ιωάννης, 2) Κοσμόπουλος Βασίλειος (αποχώρηση στην υπ' αριθμ. 378 απόφαση), 3) Κουδούνης Αργύριος και 4) Πολίτης Δημήτριος.

Στη συνεδρίαση παραβρίσκονται επίσης τα παρακάτω αναπληρωματικά μέλη της Δημορχιακής Επιτροπής:

- α) από την πλευρά της πλειοψηφίας ο κ. Κουρκουτάς Γεώργιος, ο οποίος συμμετέχει στη συνεδρίαση αυτή, αναπληρώνοντας τον κ. Λαγανάκο Γεώργιο, τακτικό μέλος, ο οποίος αν και κλήθηκε νόμιμα δεν παραβρίσκεται.
- β) από την πλευρά της μειοψηφίας ο κ. Ηλιόπουλος Παναγιώτης, ο οποίος συμμετέχει στη συνεδρίαση αυτή, αναπληρώνοντας τον κ. Αλευρά Διονύσιο, τακτικό μέλος ο οποίος παραβρίσκεται στη συνεδρίαση μόνο προκειμένου να καταθέσει τις απόψεις του για το 1<sup>ο</sup> θέμα της ημερήσιας διάταξης αλλά ως προς τη συνεδρίαση, κατά δήλωσή του, αναπληρούται από τον κ. Ηλιόπουλο Παναγιώτη.

Στη συνεδρίαση παρίστανται επίσης ο Γενικός Γραμματέας του Δήμου κ. Παναγιώτης Κουτσογιαννόπουλος και ο Δικηγόρος του Δήμου κ. Αντώνιος Μανιάτης.

Αφού επιτυγχάνεται έτσι νόμιμη απαρτία, ο Πρόεδρος κηρύσσει την έναρξη της συνεδρίασης.

.....

Στη συνέχεια εισάγεται από τον κ. Πρόεδρο για συζήτηση το 8ο θέμα της ημερήσιας διάταξης με τίτλο :

### **Γνωμοδοτήσεις Νομικής Υπηρεσίας Δήμου Καλαμάτας.**

Στο φάκελο του εν λόγω θέματος υπήρχαν:

- 1) Η από 28/7/2008 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Δήμου Καλαμάτας κ. Μανιάτη Αντωνίου, η οποία έχει ως εξής:

#### **ΓΝΔ**

Αναφορικά με την υπόθεση της εργολαβίας της διάνοιξης και κατασκευής τμήματος οδού Βασ. Γεωργίου, ιδίως με την Πράξη του Τμήματος VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου 0265/2007, και με τη σύστοιχο υπόθεση αναγγελίας εκχωρήσεως της εταιρείας «Δικτύωση Α.Ε.» σχετικών απαιτήσεων της προς την Τράπεζα Πειραιώς προβαίνω στην παρούσα γνωμοδότηση.

Λόγω της επικαιρότητας και της μείζονος σημασίας της, εισηγούμαι η γνωμοδότηση αυτή να εγκριθεί από το αρμόδιο όργανο του Δήμου και να εφαρμόζεται από όλα τα εμπλεκόμενα όργανα του Δήμου σε κάθε περίπτωση που εκχωρούνται απαιτήσεις κατά του Δήμου. Σε αυτήν την κατεύθυνση, κρίνεται σκόπιμο η γνωμοδότηση αυτή, όπως θα έχει εγκριθεί αρμοδίως, να κοινοποιηθεί και στις τράπεζες οι οποίες κατά καιρούς αναγγέλλουν απαιτήσεις τους κατά του Δήμου, ιδίως ενόψει της εκτελέσεως δημοτικών έργων.

### **Η εκχώρηση απαιτήσεων ανταλλάγματος δημοτικού έργου**

**ΕΙΣΑΓΩΓΗ:** Ζήτημα νομιμότητας αναγγελίας εκχωρήσεως απαιτήσεων κατά Δήμου

Ο Δήμος Κ. αντιμετωπίζει μία εκχώρηση διπλού περιεχομένου καθώς αφενός θεωρήθηκε από το Ελεγκτικό Συνέδριο ότι πρόκειται για υποκατάσταση εργοληπτικής τεχνικής εταιρείας στην κατασκευή μέρους ενός τεχνικού του έργου και αφετέρου επιχειρήθηκε εκχώρηση των σχετικών απαιτήσεων της εταιρείας σε τράπεζα. Είναι εξεταστέο το ζήτημα της νομιμότητας της αναγγελίας εκχωρήσεως απαιτήσεων κατά του Δήμου.

#### **A. Το ιστορικό**

Με τη σύμβαση της 1.11.2006, που συνήφθη μεταξύ τράπεζας και της υπεργολάβου εργοληπτικής επιχείρησης, συνεστήθη ενέχυρο σε κάθε απαίτηση της τελευταίας αυτής εταιρείας κατά του Δήμου, απορρέουσας από την πρώτη εντολή πληρωμής της 21.10.2006 του σχετικού δημοτικού έργου.

Η τράπεζα στις 14.12.2007 με εξώδικες δηλώσεις που απευθύνονται μεταξύ άλλων στο Δήμο και επιδόθηκαν σε αυτόν στις 25.1.2008 δηλώνει και γνωστοποιεί ότι προβαίνει σε άρση των ενεχύρων για τη δεύτερη εντολή πληρωμής του ίδιου έργου έως και την έκτη, και ότι επομένως οι αντίστοιχες συμβάσεις σύστασης ενεχύρου παύουν να ισχύουν.

Ο Δήμος με έγγραφό του της 19.02.2008<sup>1</sup>, ενημερώνει την τράπεζα ότι το αρμόδιο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την Πράξη του 265/2007 θεώρησε ως μη νόμιμη τη δαπάνη και δεν ενέκρινε την πληρωμή της δαπάνης για τον πρώτο λογαριασμό του αναδόχου.

<sup>1</sup> Αριθ. Πρωτ. 4020.

Ειδικότερα όσον αφορά την πρώτη σύμβαση σύστασης ενεχύρου, η τράπεζα συμβάλλεται με την εργοληπτική εταιρεία, με την οποία έχει συνάψει σύμβαση για τη χορήγηση πιστωτικής διευκόλυνσης. Ο ενεχυράζων, δηλαδή η εργοληπτική εταιρεία, ανακριβώς δηλώνει ότι έχει συνάψει τη σύμβαση του δημοσίου έργου με το Δήμο Κ. και ότι έχει κατά αυτού κάθε απαίτηση, υφιστάμενη ή μελλοντική, απορρέουσα από την πρώτη εντολή πληρωμής της 31.10.2006 για το έργο, βάσει του συμφωνητικού της 06.09.2006, μεταξύ του Δήμου και του νομίμου εκπροσώπου του αναδόχου. Δηλώνεται επίσης ότι το έργο θα εκτελεστεί από την εργοληπτική εταιρεία βάσει του ιδιωτικού συμφωνητικού της 29.09.2006 μεταξύ του αναδόχου και αυτής της εταιρείας, χωρίς να γίνεται αναφορά σε τυχόν διαδικασία έγκρισης της υπεργολαβίας, η οποία άλλωστε δεν έλαβε χώρα.

Στο τέλος του εκχωρητηρίου, μετά το παράρτημα της σύμβασης, χωρίς επιγραφή αναγράφεται απλώς ότι οι συμβαλλόμενοι παραγγέλλουν αρμόδιο δικαστικό επιμελητή να επιδώσει την παρούσα νόμιμα προς:

1. την ίδια την τράπεζα,
2. Την αντισυμβαλλόμενη της τράπεζας εργοληπτική εταιρεία,
3. Τη Δ.Ο.Υ. ΦΑΒΕ Αθηνών,
4. Τη Δ.Ο.Υ. ΦΑΕΕ Αθηνών,
5. τον Υπουργό Οικονομικών, ως εκπρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου,
6. το Δήμο Κ.,
7. την Υπηρεσία Δημοσιονομικού Ελέγχου του Υπουργείου Εσωτερικών,
8. Τον Υπουργό Εσωτερικών, ως προς τον οποίο προφανώς εννοείται να γίνει κοινοποίηση και όλων των εκθέσεων επίδοσης,
9. Τον ανάδοχο του δημοσίου έργου, του οποίου η ακριβής διεύθυνση αναγράφεται σε αυτό το σημείο,
10. Την ταμειακή υπηρεσία Δήμου Κ.,
11. Την Οικονομική Υπηρεσία του Δήμου Κ.,
12. Τη Γενική Γραμματεία Περιφέρειας Πελοποννήσου.

## **B. Νομική αποτίμηση**

Το διοικητικό δίκαιο έχει τους δικούς του κανόνες στο κομβικό ζήτημα της κατάσχεσης εις χείρας του Δημοσίου ως τρίτου και στο παραπλήσιο της εκχώρησης απαιτήσεων κατά του Δημοσίου έτσι ώστε να κατοχυρώνεται το δημοσιονομικό συμφέρον<sup>2</sup>.

Ειδικότερα, εφόσον το έργο στο οποίο εστιάζει η εκχώρηση χρηματικής απαιτήσεως του αναδόχου, αφορά το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που απολαμβάνει τα διαδικαστικά του προνόμια, όπως δηλαδή οι πρωτοβάθμιοι Ο.Τ.Α. δυνάμει του εδ. β της παρ. 1 του άρ. 276 του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα ο οποίος κυρώθηκε με το Ν. 3463/2006 και οι δευτεροβάθμιοι Ο.Τ.Α. δυνάμει της παρ. 1 του άρ. 99 του Κώδικα Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης, και τα οικεία νομικά πρόσωπα αμφοτέρων των κατηγοριών αυτών, η απαιτούμενη αναγγελία της εκχώρησεως θα πρέπει να γίνει με βάση το άρ. 95 του Ν. 2362/1995<sup>3</sup>, για το δημόσιο λογιστικό.

<sup>2</sup> Βλ. Α. Μανιάτης, *Αναζήτηση πειθαρχικών ευθυνών σε υπόθεση εκχώρησης απαιτήσεων κατά Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης*, ΕΕΝ 2006, σσ. 604-605.

<sup>3</sup> Βλ. Α. Μανιάτης, *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2005, σ. 164 επ..

Κατά την παρ. 1 αυτού του άρθρου, όπως η παρ. 4 παραπέμπει σε αυτήν για ανάλογη εφαρμογή επί αναγγελίας εκχώρησης απαιτήσεως κατά του Δημοσίου, η αναγγελία γίνεται με κοινοποίηση του εκχωρητηρίου εγγράφου σωρευτικά:

- α. στον Υπουργό ο οποίος είναι καθ' ύλην αρμόδιος σε σχέση με την αιτία της οφειλής του Δημοσίου,
- β. στην αρμόδια για την πληρωμή της συγκεκριμένης οφειλής του Δημοσίου Δημόσια Οικονομική Υπηρεσία ή στην οικεία χρηματική διαχείριση,
- γ. στην αρμόδια για την προαναφερθείσα οφειλή Υπηρεσία Δημοσιονομικού Ελέγχου και
- δ. στις αρμόδιες για τη φορολογία του εκχωρητή και του εκδοχέα Δημόσιες Οικονομικές Υπηρεσίες.

Για να είναι έγκυρη η κοινοποίηση στον Υπουργό, ή κατά περίπτωση στον αρμόδιο Νομάρχη και όχι κατά ανάγκη και στον Υπουργό όταν θέση οφειλέτη επέχει Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση και όχι το Δημόσιο<sup>4</sup>, πρέπει να γίνεται μετά τις υπόλοιπες. Επιπλέον, απαιτείται να συνοδεύεται από νομίμως επικυρωμένα από αρμόδιο δικαστικό επιμελητή αντίγραφα των επιδοτηρίων όλων των κατά τις διατάξεις του άρθρου αυτού αναγκαίων προηγούμενων έγκυρων επιδόσεων του εκχωρητηρίου.

Κατά την παρ. 4 του ίδιου άρθρου, η αναγγελία της εκχώρησης αυτής, με ποινή ακυρότητάς της, πρέπει να καταχωρίζεται στο κάτω μέρος του νόμιμα συντεταγμένου πρωτότυπου ή επικυρωμένου αντιγράφου του εκχωρητηρίου εγγράφου.

Είναι ιδιαίτερα αξιοπρόσεκτο ότι στην εντολή η οποία συντάσσεται κάτω από το ιδιωτικό συμφωνητικό το οποίο επιδίδεται στις αρχές, στις οποίες αυτό πρέπει να επιδοθεί με ποινή απαραδέκτου, δεν αρκεί για τη νομιμότητα της αναγγελίας να διαλαμβάνεται απλή εντολής επιδόσεως «προς γνώσιν και για τις νόμιμες συνέπειες» αλλά πρέπει να καταχωριστεί αναγγελία<sup>5</sup>.

Σύμφωνα με την παρ. 2 του άρ. 95, η οποία κατά τη ρητή επιταγή της παρ. 4 εφαρμόζεται και επί αναγγελίας εκχώρησης απαιτήσεως κατά του Δημοσίου, η αναγγελία απαιτείται να περιλαμβάνει την ακριβή αιτία της οφειλής του Δημοσίου, το πρόσωπο του δικαιούχου της σχετικής απαιτήσεως με την ακριβή διεύθυνσή του, καθώς και το ποσό αυτής. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η απλή κοινοποίηση στη Δ.Ο.Υ., στην οποία είναι πληρωτέο ένα χρηματικό ένταλμα πληρωμής εκχωρημένης οφειλής του Δημοσίου, του ιδιωτικού συμφωνητικού στο οποίο απλώς περιλαμβάνεται όρος περί εκχώρησης της απαιτήσεως κατά του Δημοσίου, δεν συνιστά νόμιμη αναγγελία στην αρμόδια προς πληρωμή Δ.Ο.Υ., κατά την έννοια των παρ. 4 και 3 του άρ. 95 του Ν. 2362/1995. Απαιτείται και η καταχώριση κάτω από το περιεχόμενο του συμφωνητικού, ρητής αναγγελίας τρίτου ο οποίος αξιώνει δικό του δικαίωμα, με ταυτόχρονο προσδιορισμό της αιτίας την οποία επικαλείται προς θεμελίωση του δικαιώματός του, του προσώπου του δανειστή του Δημοσίου ο οποίος έχει απαίτηση κατά του Δημοσίου, με την ακριβή διεύθυνση του προσώπου αυτού<sup>6</sup>, καθώς και της αιτίας και του ύψους της απαιτήσεως αυτής. Τονίζεται ότι η καταχώριση αναγγελίας κάτω από το επιδιδόμενο προς καθεμία από τις αρχές που αναφέρονται στην παρ. 1 εκχωρητήριο εγγραφο, τάσσεται με ποινή ακυρότητας της αναγγελίας.

Παρόμοια, όσον αφορά την αναγγελία εκχώρησης απαιτήσεως κατά Δήμου, είναι αναγκαίο το επιδιδόμενο νόμιμα συντεταγμένο πρωτότυπο ή επικυρωμένο αντίγραφο του εκχωρητηρίου, να είναι εφοδιασμένο στο κάτω μέρος του με τη ρήτρα της αναγγελίας της εκχώρησης.

<sup>4</sup> Αυτό συνάγεται και από την απόφαση 29/2001 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Λευκάδας 29/2001, Δικαιοσύνη 2001, σ. 830.

<sup>5</sup> Α. Μανιάτης, *Η εκχώρηση αμοιβής αναδόχου δημοσίου έργου (Γνωμοδότηση)*, Αρμενόπουλος 2006, σ. 687, Γνωμοδότηση 177/2005 Ν.Σ.Κ..

<sup>6</sup> Η απαίτηση για την ακριβή διεύθυνση του προσώπου δεν αναφέρεται ρητά στο οικείο σημείο της Γνωμοδότησης 177/2005 Ν.Σ.Κ., στην οποία γίνεται παραπομπή, αλλά υponοείται σαφώς.

Σε αυτήν την κρίσιμη διάταξη πρέπει να γίνεται σαφής αναφορά σωρευτικά:

1. Της ακριβούς αιτίας της οφειλής του Δήμου,
2. του προσώπου του δικαιούχου της σχετικής απαιτήσεως με την ακριβή διεύθυνσή του και
3. του ποσού της απαιτήσεως αυτής.

Επιπλέον, η έγκυρη κοινοποίηση αυτού του εκχωρητηρίου εφοδιασμένου με τη ρήτρα αναγγελίας (και τη σύστοιχη εντολή επιδόσεως του εγγράφου) πρέπει και αρκεί να γίνεται με επίδοση από τους κατά τόπο αρμόδιους δικαστικούς επιμελητές<sup>7</sup>:

α. Στο Δήμαρχο,

β. στην ταμειακή υπηρεσία του Δήμου, αρμόδια χρηματική διαχείριση για την πληρωμή της δημοτικής οφειλής,

γ. στη Διεύθυνση Οικονομικών του Δήμου, αρμόδια για την «ενταλματοποίηση» της δαπάνης, δηλαδή για την έκδοση του χρηματικού εντάλματος πληρωμής για την προαναφερθείσα δημοτική οφειλή, αντί της αναρμόδιας για τις δημοτικές οφειλές Υπηρεσίας Δημοσιονομικού Ελέγχου και

δ. στις αρμόδιες για τη φορολογία τόσο του εκχωρητή όσο και του εκδοχέα της δημοτικής οφειλής Δημόσιες Οικονομικές Υπηρεσίες.

Τονίζεται ότι κατά τα προαναφερθέντα η επίδοση προς το Δήμαρχο πρέπει να αποδεικνύεται ότι γίνεται μετά τις άλλες κατά νόμο αναγκαίες προηγούμενες έγκυρες επιδόσεις του εκχωρητηρίου και να συνοδεύεται από νομίμως επικυρωμένα από αρμόδιο δικαστικό επιμελητή αντίγραφα αυτών των επιδοτηρίων.

Υπάρχει το ζήτημα αν είναι έγκυρη η αναγγελία εκχωρήσεως όταν η εντολή δεν αναφέρεται προς αυτόν αλλά γενικώς προς το αντίστοιχο νομικό πρόσωπο, πράγμα που ενδέχεται να οδηγήσει σε επικαλύψεις αναφορικά με την προηγούμενη επίδοση προς την Διεύθυνση Οικονομικών και σε παρανοήσεις. Τουλάχιστον στην περίπτωση που αναφέρεται ρητά ότι η επίδοση αναγγέλλεται προς το Δήμο, όπως αυτός νόμιμα εκπροσωπείται και βέβαια εφόσον η επίδοση γίνει προς το Δήμαρχο, δεν φαίνεται να προκύπτει πρόβλημα νομιμότητας. Εξυπακούεται ότι στην πράξη μία τέτοια επίδοση γίνεται έγκυρα είτε στον ίδιο το Δήμαρχο είτε στο τυχόν νομίμως ορισθέν ως αρμόδιο για την παραλαβή επιδιδόμενων εγγράφων επιτετραμμένο όργανο, σύμφωνα με τους εκάστοτε ισχύοντες κανόνες.

#### ΕΠΙΛΟΓΟΣ: Ακυρότητα της αναγγελίας εκχωρήσεως απαιτήσεων

Με βάση τα παραπάνω προκύπτει ότι δεν έχει ολοκληρωθεί έγκυρα η εξεταζόμενη διαδικασία της αναγγελίας της εκχωρήσεως για μία σειρά από αυτοτελείς λόγους. Ο πρωτεύων από αυτούς είναι ότι δεν καταχωρίστηκε η αναγγελία στο εκχωρητήριο, όπως θα έπρεπε να γίνει στο κάτω μέρος του, και δη με το προβλεπόμενο περιεχόμενό της. Κατά τη ρητή διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 95 του Ν. 2362/1995, η μη τήρηση των διατάξεων του άρθρου αυτού επάγεται την ακυρότητα της αναγγελίας εκχωρήσεως απαιτήσεως, η οποία λαμβάνεται υπόψη από τα δικαστήρια και αυτεπάγγελα. Το αποτέλεσμα είναι ότι μη νόμιμα θα εκδιδόταν το χρηματικό ένταλμα πληρωμής του Δήμου προς την εργοληπτική εταιρεία, ανεξαρτήτως του ζητήματος ότι δεν υπάρχει ούτε η απαιτούμενη σε μια τέτοια περίπτωση εκχώρηση των σχετικών απαιτήσεων από το δικαιούχο, τον ανάδοχο του έργου, προς την εργοληπτική εταιρεία. Τέλος, θα πρέπει οι εμπλεκόμενοι να προβαίνουν σε συστηματική

<sup>7</sup> Βλ. για την παρόμοια περίπτωση της αναγγελίας εκχώρησης απαίτησης κατά Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης, Α. Μανιάτης, *Δίκαιο μελετών δημοσίων έργων και συναφών υπηρεσιών*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2006, σ. 202.

εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας έτσι ώστε να διασφαλίζεται ο νομότυπος χαρακτήρας της αναγγελίας των εκχωρήσεων προς το Δήμο.

Καλαμάτα 28.07.2008

Ο Γνωμοδοτών Δικηγόρος

Αντώνιος Π. Μανιάτης

Διδάσκων Πανεπιστημίου Ιωαννίνων

- 2) Η από 31/7/2008 συμπληρωματική εισήγηση του Νομικού Συμβούλου του Δήμου Καλαμάτας κ. Μανιάτη Αντωνίου, επί της από 28/7/2008 ως άνω αναφερόμενης γνωμοδότησης, η οποία έχει ως εξής:

### **Συμπλήρωμα της από 28-7-2008 Γνωμοδότησης**

Συμπληρωματικά σε σχέση με την γνωμοδότηση της Ν.Υ. του Δ.Κ. της 28-7-2008 εισηγούμαι να εγκριθεί αρμοδίως και να εφαρμόζεται αναλόγως η γνωμοδότηση αυτή, η οποία επιγράφεται <<Η εκχώρηση απαιτήσεων ανταλλάγματος δημοτικού έργου>> και στην παρόμοια περίπτωση κατά την οποία γίνεται κατάσχεση εις χείρας του Δ.Κ. ως τρίτου, π.χ. όταν κάποιος κατάσχει μέρος των αποδοχών ενός δημοτικού υπαλλήλου τις οποίες οφείλει ο Δ.Κ. προς τον υπάλληλο. Εάν με βάση τα παραπάνω επιχειρείται η κατάσχεση εις χείρας του Δ.Κ. ως τρίτου με τρόπο που δεν είναι σύμφωνος με το νόμο για το δημόσιο λογιστικό η κατάσχεση είναι άκυρη, δεν παράγει νομικά αποτελέσματα και ο Δήμος δεν υποχρεούται και δεν χρειάζεται να κάνει την κατ' αρχήν απαιτούμενη σχετική δήλωση προς το αρμόδιο δικαστήριο.

Όσον αφορά το ζήτημα που αναμένεται να προκύψει για το ποιόν πρέπει να πληρώνει ο Δήμος σε περίπτωση άκυρης αναγγελίας εκχωρήσεως απαιτήσεων, διευκρινίζεται ότι είναι δεοντολογικό ο Δήμος να ενημερώνει εγκαίρως και πλήρως τους εκάστοτε εκχωρητή και εκδοχέα για το πώς μπορούν να επαναλάβουν νομότυπα την αναγγελία προς το Δήμο και να μην πληρώνει απευθείας τον εκχωρητή παρά μόνο στην ενδεχόμενη περίπτωση που εκχωρητής και εκδοχέας δεν επιχειρούν να επαναλάβουν έγκαιρα την αναγγελία μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα.

Αρα, προτείνεται η Δημαρχιακή Επιτροπή να αποφασίσει, μεταξύ άλλων, ρητά ότι κάθε κατάσχεση εις χείρας του Δ.Κ. ως τρίτου θα αντιμετωπίζεται με βάση το άρθρο 95 του Ν. 2362/1995, για το δημόσιο λογιστικό, σε συνδυασμό με το άρθρο 276 του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα.

**Ο ΝΟΜΙΚΟΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ**

**ΑΝΤΩΝΙΟΣ ΜΑΝΙΑΤΗΣ**

- 3) Η από 13/8/2008 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Δήμου Καλαμάτας κ. Μανιάτη Αντωνίου, η οποία έχει ως εξής:

Αναφορικά με την υπόθεση της εργολαβίας της διάνοιξης και κατασκευής τμήματος οδού Βασ. Γεωργίου, ιδίως με την Πράξη του Τμήματος VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου 0265/2007, γνωμοδοτώ ως ακολούθως και προτείνω να εγκριθεί αρμοδίως η παρούσα γνωμοδότηση και σε κάθε περίπτωση να κοινοποιηθεί στον ανάδοχο προς υποστήριξη της κατά τους ισχυρισμούς του ήδη υποβληθείσας σχετικής αιτήσεώς του προς το αρμόδιο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Διευκρινίζω ότι η γνωμοδότηση αυτή δεν αφορά το ιδιαίτερο ζήτημα, το οποίο πάντως θα πρέπει να προσεχθεί ιδιαίτερα από τις αρμόδιες υπηρεσίες του Δήμου, ότι ο Διευθυντής του Περιφερειακού Υποκαταστήματος Καλαμάτας ΙΚΑ – ΕΤΑΜ με έγγραφό του προς το Δήμο του γνωστοποιεί ότι για την είσπραξη της πρώτης εντολής πληρωμής που έχει υποβάλει ο ανάδοχος, ο Δήμος έχει υποχρέωση να ζητήσει από τον αντισυμβαλλόμενο του τη σχετική βεβαίωση από το Υποκατάστημα. Προστίθεται ότι αυτός οφείλει στο Υποκατάστημα ορισμένο ποσό εισφορών για το έργο. Τέλος, επισημαίνεται ότι η βεβαίωση περί μη οφειλής – ασφαλιστικής ενημερότητας από άλλο Υποκατάστημα, που είναι συνημμένη στην πρώτη εντολή πληρωμής και έχει διαβιβαστεί στην Επίτροπο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δεν είναι η προβλεπόμενη από το νόμο. Επίσης, παρακαλώ να ενημερωθώ από την Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου για το αν έχει υποβληθεί και αν έχει εξεταστεί η αίτηση από τον ανάδοχο προς το Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου για αλλαγή της κρίσεώς του στο θέμα καθώς ο ανάδοχος δεν έχει δείξει ανταπόκριση στα επανειλημμένα σχετικά αιτήματά μου, να ενημερωθώ και ενδεχομένως να συνδράμω τους δικηγόρους του για την αίτηση αυτή.

**Αντώνιος Π. Μανιάτης**

**Δικηγόρος Δήμου Καλαμάτας**

**Λέκτωρ (ΠΔ 407/80) Πανεπιστημίου Ιωαννίνων**

### **Το ζήτημα της εκχώρησης δημοσίου έργου (γνωμ.)**

*ΕΙΣΑΓΩΓΗ: Ζητήματα από διττού περιεχομένου εκχώρηση*

Ο Δήμος Κ. αντιμετωπίζει μία εκχώρηση διττού περιεχομένου καθώς αφενός θεωρήθηκε ότι πρόκειται για υποκατάσταση εργοληπτικής τεχνικής εταιρείας στην κατασκευή μέρους ενός τεχνικού έργου και αφετέρου επιχειρήθηκε εκχώρηση των σχετικών απαιτήσεων της εταιρείας. Για το ζήτημα της εκχώρησης έχει ήδη εκδοθεί η σχετική γνωμοδότηση «Η εκχώρηση απαιτήσεων ανταλλάγματος δημοτικού έργου»<sup>8</sup>, η οποία αφορά και γενικότερα πώς μπορεί να γίνεται νομότυπα η αναγγελία εκχώρησης απαιτήσεων προς Δήμους. Είναι εξεταστέα η νομιμότητα των υπηρεσιακών ενεργειών του Δήμου για το ζήτημα της υποκατάστασης.

**Α. Η Πράξη 0265/2007 του Τμήματος VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου**

Το κατά τόπον αρμόδιο Μονομελές Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου εξέδωσε Πράξη<sup>9</sup> με την οποία επέστρεψε αθεώρητο το χρηματικό ένταλμα πληρωμής<sup>10</sup> που εξέδωσε ο Δήμος, με δικαιούχο ένα φυσικό πρόσωπο, τον ανάδοχο. Το ένταλμα αφορά την πληρωμή

<sup>8</sup> Της 28.07.2008.

<sup>9</sup> 46 της 23.7.2007.

<sup>10</sup> 265/30.10.2007.

του πρώτου λογαριασμού του έργου διάνοιξης και κατασκευής τμημάτων οδούς, ο οποίος συντάχθηκε βάσει της σχετικής πρώτης πιστοποίησης εκτελεσθεισών εργασιών. Ως αιτιολογία της άρνησης θεώρησης του εντάλματος προβλήθηκε ότι, όπως προκύπτει από την από 1.11.2006 σύμβαση σύστασης ενεχύρου μεταξύ Τράπεζας και ιδιωτικής εργοληπτικής εταιρείας, στην από 6.9.2006 καταρτισθείσα μεταξύ του Δήμου και του αναδόχου σύμβαση έργου έχει υπεισέλθει ως υπεργολάβος η εταιρεία δυνάμει του από 29.9.2006 ιδιωτικού συμφωνητικού, κατά παράβαση των διατάξεων των άρ. 7 του Ν. 3263/2004 και 5 παρ. 6 του Ν. 1418/1984, καθώς και της Δ/17<sup>α</sup>/01/13/Φ.Ν.430/27.2.2002 απόφασης του Υπουργού Χωροταξίας Περιβάλλοντος και Δημοσίων Έργων.

Καθώς ανέκυψε σχετική διαφωνία μεταξύ της Επιτρόπου και του Δήμου, απεφάνθη το Τμήμα VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την Πράξη 0265/2007<sup>11</sup>. Η εντελλόμενη δαπάνη θεωρήθηκε ως μη νόμιμη για δύο λόγους, έναν κύριο και έναν επικουρικό.

### 1. Η κύρια και η επικουρική αιτιολογία

Κατ' αρχάς κρίθηκε ότι προκύπτει παρανομία καθόσον μη νόμιμα υποκαταστάθηκε ο ανάδοχος του έργου από την υπεργολάβο εργοληπτική επιχείρηση. Και τούτο οφείλεται στο γεγονός ότι, όπως προκύπτει από το έγγραφο του προϊσταμένου της διευθύνουσας υπηρεσίας, βάσει του οποίου επαναφέρθηκε το υπό κρίση χρηματικό ένταλμα για θεώρηση στην αρμόδια Επίτροπο, η σχετική σύμβαση υπεργολαβίας δεν εγκρίθηκε από το Δήμο. Μάλιστα, κρίθηκε ότι ο ανάδοχος θα έπρεπε να είχε κηρυχθεί έκπτωτος, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6 του άρ. 5 του Ν. 1418/1984.

Κατά τις διατάξεις αυτές, από τις οποίες η δεύτερη προστέθηκε με την παρ. 5 του άρ. 2 του Ν. 2229/1994, «Η υποκατάσταση τρίτου στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου) απαγορεύεται χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου. Αν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο, μετά γνώμη του αρμόδιου τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων».

Η Πράξη συνάγει από τη νομοθεσία το συμπέρασμα ότι για τη νόμιμη υποκατάσταση τρίτου (υπεργολαβία) στην κατασκευή δημοτικού έργου, απαιτείται, κατά τους ορισμούς του Ν. 1418/1984, που εφαρμόζεται, σύμφωνα με το άρ. 2 παρ. 1 αυτού, και στα έργα των αναφερόμενων στην παρ. 1 του άρ. 14 του Ν. 2190/1994 Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού, να έχει προηγηθεί έγκρισή της από την αναθέτουσα αρχή.

Ειδικότερα, για την έγκριση της υπεργολαβίας, προκειμένου να επέλθουν οι συνέπειες της παρ. 8 του άρ. 5 του Ν. 1418/1984 για τον υπολογισμό της εμπειρίας και του ανεκτέλεστου μέρους δημοσίων έργων του αναδόχου και του υπεργολάβου, απαιτείται να έχει υποβληθεί κοινή αίτηση αυτών των προσώπων στη Διευθύνουσα Υπηρεσία, δηλαδή στην Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου, να έχει ο υπεργολάβος τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνει και να διατηρεί ο ανάδοχος τουλάχιστον 70% του ποσού της σύμβασής του με τον κύριο του έργου Ο.Τ.Α..

Σε αυτό το σημείο θα μπορούσε να παρατηρηθεί όσον αφορά το περιεχόμενο της Πράξεως ότι στις συνέπειες αυτές συγκαταλέγεται και κάτι που δεν επισημαίνεται ρητά σε αυτή. Συγκεκριμένα, με βάση την παρ. 1 του άρ. 7 του Ν. 3263/2004 ο ανάδοχος δεν δικαιούται πλέον πιστοποιητικό εμπειρίας για το σύνολο του έργου. Ειδικότερα, για το ποσό της σύμβασης υπεργολαβίας ο ανάδοχος δεν έχει δικαίωμα σε πιστοποιητικό εμπειρίας για χρήση στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.), ενώ τα στελέχη του αναδόχου

<sup>11</sup> Αριθμ. Συν/σεως 31<sup>η</sup>/30.10.2007.



δικαιούνται πιστοποιητικό εμπειρίας, το οποίο για την εξέλιξη στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (Μ.Ε.Κ.) ανάγεται στο μισό του χρόνου επίβλεψης.

Η Πράξη καταλήγει στη θέση ότι η υποκατάσταση τρίτου στην κατασκευή μέρους ή του συνόλου τέτοιου έργου, χωρίς να προηγηθεί η εν λόγω έγκριση, αποτελεί λόγο έκπτωσης του αναδόχου, κάνοντας επίκληση της παρ. 6 του άρ. 5 του Ν. 1418/1984.

Όμως, στο πλαίσιο αυτής της θεώρησης συγχέονται δύο κατ' αρχάς διαφορετικοί θεσμοί, η υποκατάσταση τρίτου ή εκχώρηση έργου και η ενγεκριμένη υπεργολαβία.

Ειδικότερα, για την υποκατάσταση άλλου στο έργο οι προϊσχύσασες διατάξεις ανέφεραν τον όρο «εκχώρηση του έργου»<sup>12</sup>, ο οποίος κατά το ισχύον δίκαιο χρησιμοποιείται δευτερευόντως και εναλλακτικά σε σχέση με τον πρωτεύοντα ισοδύναμο όρο «υποκατάσταση». Σύμφωνα με πάγια νομολογία, εκχώρηση είναι η μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του εργολάβου από την εργολαβική σύμβαση σε τρίτον, όσον αφορά το σύνολο ή μέρος του έργου, με τέτοιο τρόπο ώστε να υπεισέρχεται ο τρίτος στις σχέσεις μεταξύ κυρίου του έργου και αναδόχου. Μάλιστα, έχει θεωρηθεί ότι δεν είναι δυνατή η υποκατάσταση τρίτου σε ποσοστά εξ αδιαιρέτου του δημοσίου έργου αλλά μόνο στο σύνολο ή σε αυτοτελές τμήμα του<sup>13</sup>

Συνεπώς, ως εκχώρηση δεν θεωρείται η υπεργολαβία, δηλαδή η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει την εκτέλεση, με αμοιβή, ορισμένων εργασιών σε τρίτον, ο οποίος δεν συνδέεται με κανένα νομικό δεσμό με τον κύριο του έργου. Έναντι αυτού, μόνος υπεύθυνος για τις εργασίες που εκτελούνται από τον υπεργολάβο παραμένει ο ανάδοχος<sup>14</sup>. Εφόσον πρόκειται για μία υπεργολαβική σύμβαση μεταξύ ιδιωτών, έστω και αν αυτή αφορά την πραγματοποίηση εργασιών στα πλαίσια εκτέλεσης δημοσίου έργου, η οποία είναι επιτρεπτή σύμφωνα με τα παραπάνω και δεν συνδέεται η σύμβαση αυτή (υπεργολαβίας) με τον εργοδότη που είναι Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου, δεν έχουν αρμοδιότητα τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια αλλά τα πολιτικά<sup>15</sup>.

Έχει πάντως κριθεί ότι η συμφωνία μεταξύ εργοληπτικών κοινοπραξιών από τις οποίες η μία έγινε μετέπειτα η ανάδοχος του σχετικού δημοσίου έργου, για την ανάθεση ποσοστού του έργου και όχι συγκεκριμένων εργασιών, ενώ ο καθορισμός των εργασιών που θα εκτελούσε η καθεμία από τις υπεργολάβους κοινοπραξίες θα γινόταν στη συνέχεια με νέες συμφωνίες, δεν συνιστά προσύμφωνο υπεργολαβίας διότι δεν συμφωνήθηκε να ανατεθούν από την ανάδοχο του έργου ορισμένες (συγκεκριμένες) εργασίες του εκτελούμενου έργου έναντι αμοιβής<sup>16</sup>. Αντιθέτως, καθορίστηκε ποσοστό του όλου έργου που θα εκτελούσαν οι αντισυμβαλλόμενοι του αναδόχου, και η συμφωνία αυτή προσιδιάζει στην έννοια της συμβατικής μερικής υποκατάστασης του όλου έργου, έστω και αν τα μέρη τη χαρακτήρισαν υπεργολαβία. Τέτοια όμως συμφωνία, για να είναι έγκυρη, θα έπρεπε να γίνει κατά το στάδιο εκτέλεσης του έργου και να προηγηθεί η έγκριση του κυρίου του έργου. Αυτή η νομολογία, εστιάζοντας στο ειδικό ζήτημα των σχετικών ποινικών ρητρών μεταξύ των εργοληπτικών κοινοπραξιών, δεν φαίνεται ορθή κατά το μέτρο που αφορά τα σχετικά με την υποκατάσταση, καθώς αυτή πέρα από τους ορολογικούς χαρακτηρισμούς περιλαμβάνει και τη βούληση μεταξύ των μερών για την υπεισέλευση του τρίτου στη θέση του αναδόχου.

<sup>12</sup> Βλ. Α. Τζίκα - Χατζοπούλου, *Κατασκευή Δημοσίων Έργων*, Παπασωτηρίου Αθήνα 1994, σ. 125 επ..

<sup>13</sup> Γνωμ. ΝΣΚ 509/1987, Α. Τζίκα - Χατζοπούλου, *Δημόσια Έργα. Εθνική και κοινοτική νομοθεσία και νομολογία Τόμος Α'*, Παπασωτηρίου Εκδόσεις Αθήνα 2006, σ. 186.

<sup>14</sup> ΑΠ 482/1975, ΝοΒ 23, σ. 1241, ΑΠ 427/1994, Δ/νη 1995, σ. 147, η οποία κάνει ρητή παραπομπή στην ΑΠ 482/1975, ΑΠ 1468/2000 Ελ. Δ. 42 (2001), σ. 685, η οποία σχολιάστηκε θετικά (Κ. Χασάπης, *Το Δίκαιο των Δημοσίων Έργων. Ανάθεση - Εκτέλεση*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα - Κομοτηνή 2003, υποσ. 1 στη σ. 781), Εφ. Πατρ. 822/2004, ΑχαΝομ 2005, σ. 580, η οποία κάνει ρητή παραπομπή στην ΑΠ 1468/2000, ΑΠ 570/2007.

<sup>15</sup> Εφ. Πατρ. 822/2004, ΑχαΝομ 2005, σ. 580.

<sup>16</sup> ΑΠ 570/2007.

Στην εξεταζόμενη υπόθεση, η Πράξη δεν κάνει μνεία της πρώτης από τις τρεις θέσεις που γνωστοποιεί ο προϊστάμενος της διευθύνουσας υπηρεσίας στο προαναφερθέν έγγραφο του. Ο διευθυντής αναφέρει ότι ο ανάδοχος ο οποίος ορίστηκε σύμφωνα με την απόφαση<sup>17</sup> της Δημαρχιακής Επιτροπής εκτελεί το έργο.

Η δεύτερη θέση είναι ότι το ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ του αναδόχου και της κατασκευαστικής εταιρείας που αναφέρεται, ποτέ δεν υποβλήθηκε στη διευθύνουσα υπηρεσία έτσι ώστε να ζητηθεί αναγνώριση κατασκευαστικής κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας μεταξύ τους, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπ' αριθ. Δ17α/01/103/Φ.Ν430/2002 ΥΠΕΧΩΔΕ.

Η τρίτη θέση είναι ότι η εκχώρηση του πρώτου λογαριασμού στην Τράπεζα αφορά τον ανάδοχο του έργου, την κατασκευαστική εταιρεία και την Τράπεζα. Η ενέργεια αυτή του αναδόχου δεν επηρεάζει τους όρους της σύμβασης του έργου και την ομαλή εκτέλεσή του.

Αφού βεβαιώνεται ότι το έργο εκτελείται από τον ανάδοχο δεν προκύπτει ότι έχει επέλθει έστω και έμμεση, δηλαδή με κρυπτόμενο τον υποκατάστατο, υποκατάσταση τρίτου στη θέση του αναδόχου έναντι του Δήμου. Αυτό είναι το κρίσιμο στοιχείο, το οποίο και πρέπει να θεωρηθεί ως αξιόπιστο καθώς η εκτέλεση του έργου τελούσε υπό την κατά νόμο επίβλεψη της διευθύνουσας υπηρεσίας. Δεν έχει επομένως βαρύνουσα σημασία το ζήτημα, το οποίο δεν διευκρινίζεται στην Πράξη, αν στο ιδιωτικό συμφωνητικό ανατέθηκε από τον ανάδοχο η εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών.

Επισημαίνεται ότι έχει εκφραστεί η άποψη ότι παρά την οποιαδήποτε «κοινοπραξία», «υπεργολαβία» κλπ. αν ο τυπικός ανάδοχος και μόνον αυτός εκπροσωπεί την εργολαβία έναντι του εργοδότη και μόνον αυτός διευθύνει το έργο, κατά την παρ. 6 του άρθ. 6 του Ν. 1418/1984 και με την εκεί προβλεπόμενη δική του «ελάχιστη τεχνική στελέχωση εργοταξίου», δεν μπορεί να γίνει λόγος για «υποκατάσταση» κατά την έννοια του νόμου<sup>18</sup>.

## 2. Η επικουρική αιτιολογία

Η αντίστοιχη επικουρική αιτιολογία έγκειται στη θέση ότι ο ανάδοχος ανέθεσε με ιδιωτικό συμφωνητικό την εκτέλεση εργασιών που αφορούσαν την κατασκευή του έργου έναντι χρηματικού ποσού που αντιστοιχεί σε ποσοστό πλέον του 90% της αξίας της αρχικής σύμβασης, αντί να διατηρήσει ποσοστό των εργασιών της σύμβασης που να αντιστοιχεί τουλάχιστο σε 70% της αξίας αυτής, όπως το ποσοστό αυξήθηκε από το 30% με την παρ. 1 του άρθ. 7 του Ν. 3263/2004. Προστίθεται ότι το υψηλό αυτό ποσοστό αποτελεί προϋπόθεση για τη νόμιμη έγκριση της υπεργολαβίας, με τις συνέπειες του άρθ. 5 παρ. 8 του Ν. 1418/1984.

Η επικουρική αιτιολογία δεν έχει νόμιμο έρεισμα καθώς δεν έχει βαρύνουσα σημασία για το επιτρεπτό της υπεργολαβίας το ειδικότερο ζήτημα αν η υπεργολαβία θα αναγνωριστεί ως εγκεκριμένη, με τις εντεύθεν θετικές συνέπειες για τον υπεργολάβο. Βέβαια, κατά σχετική εγκύκλιο, με τις διατάξεις των παρ. 1 και 2 του άρθ. 7 του Ν. 3263/2004 αυξάνεται σε 70% το ποσοστό το οποίο πρέπει να διατηρήσει στην κατασκευαστική κοινοπραξία ο αρχικός ανάδοχος και το ποσοστό των συμβατικών εργασιών που υποχρεούται αυτός να εκτελέσει σε περίπτωση υπεργολαβίας<sup>19</sup>. Όμως, εφόσον η παρ. 8 του άρθ. 5 του Ν. 1418/1984 αναφέρεται στην εγκεκριμένη υπεργολαβία, κατά ορθή ερμηνεία πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραμένει επιτρεπτή η σύναψη μη αναγνωρισμένων από τον εργοδότη υπεργολαβιών μέχρι

<sup>17</sup> 269/2006.

<sup>18</sup> Κ. Χασάπης, *Το Δίκαιο των Δημοσίων Έργων. Ανάθεση - Εκτέλεση*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2003, σ. 474.

<sup>19</sup> Υπουργείο Π.Ε.Χ.Ω.Δ.Ε., Γενική Γραμματεία Δημ. Έργων, Ε 24, 20 Οκτωβρίου 2004, Αρ. Πρωτ. Δ17α/10/101/Φ.Ν 437.

και το ποσοστό του 100% του ποσού της σύμβασης<sup>20</sup>, όπως συνέβαινε πριν την εισαγωγή της καινοφανούς ρύθμισης του άρ. 1 του Ν. 2940/2001, με την οποία προστέθηκε η παρ. 8 του άρ. 5 του Ν. 1418/1984 για την αναγνώριση εργολάβου ως εγκεκριμένου. Αν απαγορευόταν απολύτως η σύναψη μη εγκεκριμένων υπεργολαβικών συμβάσεων για τα δημόσια έργα, αυτό θα έπρεπε να αναφέρεται ρητά και σαφώς καθώς συνιστά ένα σημαντικό περιορισμό στην επιχειρηματική ελευθερία του αναδόχου. Ειδικότερα, έχει κριθεί από το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ότι η απαγόρευση υπεργολαβίας παραβιάζει το κοινοτικό δίκαιο διότι συνιστά παράνομο περιορισμό της ελευθερίας του αναδόχου και μειώνει την αποτελεσματικότητά του<sup>21</sup>.

Αρα, δεν ήταν βάσιμη η απόρριψη της πληρωμής του υπό κρίση χρηματικού εντάλματος.

## **B. Το ζήτημα της έκπτωσης του αναδόχου από την εργολαβία**

Η ρύθμιση της εκπτώσεως του αναδόχου από την εργολαβία λόγω υποκατάστασης αποτελεί ένα νεωτερισμό που χρήζει ερμηνείας<sup>22</sup>.

Είναι αξιοσημείωτο ότι η κήρυξη του αναδόχου ως έκπτωτου έχει γίνει από δυνητική, κατά την παρ. 1 του προαναφερθέντος άρ. 47 του Π.Δ. 609/85, υποχρεωτική, κατά την παρ. 1 του άρ. 6 του Ν. 3263/2004, κατά το οποίο «Αν ο ανάδοχος δεν εκπληρώνει τις συμβατικές του υποχρεώσεις... κηρύσσεται έκπτωτος από την εργολαβία».

Όμως, η παράβαση των διατάξεων για την υποκατάσταση, όπως και εκείνων για την υπεργολαβία, δεν συγκαταλέγεται μεταξύ των 5 περιπτώσεων στις οποίες ρητά αναφέρεται, στην παρ. 2 του ίδιου άρθρου, ότι κινείται υποχρεωτικά η διαδικασία έκπτωσης. Επομένως, η έκπτωση εξακολουθεί να αντιστοιχεί κατά κανόνα σε διαδικαστική διακριτική ευχέρεια του προϊσταμένου της διευθύνουσας υπηρεσίας, εκτός από τις περιπτώσεις στις οποίες διατάξεις νόμου προβλέπουν ότι ορισμένες περιπτώσεις συνεπάγονται δεσμία αρμοδιότητα για την έκπτωση.

Επειδή η διάταξη για την έκπτωση σε περίπτωση εκχώρησης δεν καθιερώνει ρητά τη διακριτική ευχέρεια σε αντιδιαστολή με τη σύστοιχη διάταξη της τότε ισχύουσας παρ. 1 του άρ. 47, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι καθιερώνεται δεσμία αρμοδιότητα για την κήρυξη της έκπτωσης κατόπιν της γνώμης του Συμβουλίου. Όμως, είναι αξιοσημείωτο ότι επικρατεί η γνώμη ότι ο κύριος του έργου έχει δικαίωμα να κηρύξει τον ανάδοχο έκπτωτο<sup>23</sup>. Είναι πράγματι εύλογα υποστηρίξιμη η άποψη ότι ναι μεν δεν υπάρχει ρητή διατύπωση στην σχετική διάταξη αλλά, δοθέντος ότι πριν την έκδοση της αποφάσεως από τα αρμόδια όργανα του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής του έργου προηγείται γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου δημοσίων έργων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η διοίκηση έχει τη διακριτική ευχέρεια να μην κηρύξει έκπτωτο τον Ανάδοχο, αν αυτό επιβάλει το συμφέρον του έργου, διότι, υπό την αντίθετη εκδοχή δεν θα είχε νόημα η γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου αλλά θα ήταν αρκετή η διαπίστωση, από τα αρμόδια όργανα, της γενομένης υποκαταστάσεως του Αναδόχου, από τρίτο στην κατασκευή του έργου.

<sup>20</sup> Contra Κ. Χασάπης, *Το Δίκαιο των Δημοσίων Έργων. Ανάθεση - Εκτέλεση*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2003, σσ. 784 και 789.

<sup>21</sup> ΔΕΚ απ. 18/3/2004, υπ. C-314/01 (Siemens), βλ. Α. Τζίκα - Χατζοπούλου, *Δημόσια Έργα. Εθνική και κοινοτική νομοθεσία και νομολογία Τόμος Α'*, Παπασωτηρίου Εκδόσεις Αθήνα 2006, υποσ. 73 στη σ. 190.

<sup>22</sup> Κ. Χασάπης, *Το Δίκαιο των Δημοσίων Έργων. Ανάθεση - Εκτέλεση*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2003, σ. 474 και 599.

<sup>23</sup> Α. Τζίκα - Χατζοπούλου, *Δημόσια Έργα. Εθνική και κοινοτική νομοθεσία και νομολογία Τόμος Α'*, Παπασωτηρίου Εκδόσεις Αθήνα 2006, σ. 185 με παραπομπή στις όμοιες Γνωμοδοτήσεις ΝΣΚ 174/96 (Γ' Τμήμα) και 313/96 (Ολομέλεια).

Στην εξεταζόμενη υπόθεση, εφόσον η σύμβαση του δημοσίου έργου παραμένει ενεργός και δεν έχει υπάρξει περίπτωση τερματισμού της, όπως είναι και η διάλυση με αίτηση του αναδόχου, θα χωρούσε η ενεργοποίηση της διαδικασίας η οποία θα κατέληγε κατά διακριτική ευχέρεια στην κήρυξη του αναδόχου ως εκπτώτου, αν κρινόταν ότι συνέτρεχαν πράγματι οι σχετικές προϋποθέσεις<sup>24</sup>.

Επισημαίνεται ότι ο ανάδοχος το Σεπτέμβριο του 2007 σταμάτησε να εκτελεί πλέον το έργο και έχει υποβάλει αίτηση διακοπής των εργασιών λόγω μη πληρωμής του λογαριασμού. Σε περίπτωση διακοπής για καθυστέρηση πληρωμής μίας πιστοποιήσεως περισσότερο από 2 μήνες από την υποβολή της, ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να υποβάλει ειδική δήλωση διακοπής στον Προϊστάμενο της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, η οποία σε 10 ημέρες πρέπει να εκδώσει απόφαση που αποδέχεται ή απορρίπτει το περιεχόμενο της δηλώσεως, προκειμένου αυτός να μπορεί να ζητήσει μετά δίμηνο τη διάλυση της συμβάσεως<sup>25</sup>.

**ΕΠΙΛΟΓΟΣ:** Εισήγηση αλλαγής της κρίσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου

Με βάση τα παραπάνω, και καθώς ο Δήμος έχει συμφέρον να εμμένει στην εκτέλεση του ημιτελούς δημοσίου έργου, προτείνεται να μην κηρυχθεί έκπτωτος ο ανάδοχος. Μάλιστα, είναι σκόπιμο να μεταβληθεί η κρίση του αρμοδίου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου σχετικά με τα ζητήματα τα οποία έχει ήδη εξετάσει καθώς η κρίση του δεν είναι ορθή και στην ουσία κωλύει την ολοκλήρωση του έργου. Εφόσον σχετική αίτηση έχει ήδη υποβληθεί από την πλευρά του αναδόχου, ο Δήμος μπορεί να αναμείνει την έκδοση της σχετικής νέας Πράξεως.

**ΔΡ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ**  
**ΑΝΤΩΝΙΟΣ Π. ΜΑΝΙΑΤΗΣ**  
**ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ**

4) Το από 22/8/2008 έγγραφο της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου με το οποίο διατυπώθηκαν οι απόψεις της επί της από 13/8/2008 ως άνω γνωμοδότησης, το οποίο έχει ως εξής:

**ΘΕΜΑ :** Απόψεις Τ. Υ επί της υπ' αριθ. πρωτ. 1918/14-8-08 γνωμάτευσης της Νομικής Υπηρεσίας του Δήμου

Με την υπ' αριθ. 0265/07 πράξη του Τμήματος VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου θεωρήθηκε ως μη νόμιμη η δαπάνη για την πληρωμή του I<sup>ov</sup> λογαριασμού του έργου:

Διάνοιξη και κατασκευή τμήματος Βασ. Γεωργίου.

Οι απόψεις που διατυπώνονται στην γνωμάτευση και κυρίως :

<sup>24</sup> Β. Κωτσοβίνος, Νομοθεσία και νομολογία κατ' άρθρο δημοσίων έργων, 3<sup>η</sup> έκδοση Χαλκίδα 2004, υποσ. 345.

<sup>25</sup> Βλ. μεταξύ άλλων Α. Μανιάτης, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2005, σ. 204 επ..

*A./ Στην περίπτωση της κύριας αιτιολογίας, επισημαίνεται ότι στη όλη διαδικασία που έχει προηγηθεί για την εκτέλεση του έργου δεν πρόκειται περί σύστασης υπεργολαβίας γιατί δεν έχει ζητηθεί και δεν έχει υποβληθεί από τους ενδιαφερόμενους κοινή αίτηση (αναδόχου και κατασκευαστή) προκειμένου να κινηθεί από την Διευθ . Υπηνρ. Η διαδικασία έγκρισης υπεργολαβίας με τα αντίστοιχα ποσοστά του 70% στο ανάδοχο και 30% του υπεργολάβου όπως αναφέρεται στο Ν. 3263/04.*

*Στην περίπτωση μας δεν υπάρχει εκχώρηση δικαιωμάτων δηλ. μεταβίβαση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του εργολάβου από την εργολαβική σύμβαση σε τρίτο ,όσο αφορά το σύνολο ή μέρος του έργου με τέτοιο τρόπο ώστε να υπεισέρχεται ο τρίτος στις σχέσεις μεταξύ κυρίου του έργου και αναδόχου. Πρόκειται για μια άτυπη υπεργολαβία δηλ. μια ιδιωτική σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει την εκτέλεση ορισμένων εργασιών του έργου με αμοιβή σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με κανένα νομικό δεσμό με τον κύριο του έργου. Αποκλειστικά υπεύθυνος για τις εργασίες που εκτελούνται στο έργο στην περίπτωσή μας είναι ο ανάδοχος.*

*Η υπηρεσία με το διευκρινιστικό έγγραφό της προς την εδώ επίτροπο της βεβαιώνει ότι το έργο εκτελείται από τον ανάδοχο του έργου και ότι δεν υπάρχει υποκατάσταση από τρίτο.*

*B./ Για την επικουρική αιτιολόγηση η υπηρεσία δεν γνωρίζει την διαδικασία που ο ανάδοχος ιδιωτικά ακολούθησε με τρίτο συμβαλλόμενο.*

*Σύμφωνα με τις δύο ανωτέρω αναλύσεις θεωρούμε ότι είναι μη βάσιμη η απόρριψη της πληρωμής του χρηματικού εντάλματος.*

*Γ./ Σχετικά με την άποψη του ελεγκτικού συνεδρίου περί έκπτωσης του αναδόχου, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.3263/04 αν ο ανάδοχος δεν εκπληρώνει τις συμβατικές του υποχρεώσεις ....κηρύσσεται έκπτωτος από το έργο. Η παράβαση όμως των διατάξεων για υποκατάσταση αναδόχου , όπως και εκείνων για σύστασης υπεργολαβίας , δεν συγκαταλέγονται μεταξύ των 5 περιπτώσεων οι οποίες ρητά αναφέρονται στην παρ. 2 του ιδίου άρθρου ότι κινείται υποχρεωτικά η διαδικασία της έκπτωσης.*

*Η έκπτωση για την συγκεκριμένη περίπτωση εξακολουθεί να αντιστοιχεί κατά κανόνα σε διαδικαστική διακριτική ευχέρεια του προϊσταμένου της Τ.Υ.*

*Στην εξεταζόμενη υπόθεση εφόσον η σύμβαση του έργου παραμένει ενεργός και ο ανάδοχος δεν αιτείται την διακοπή των εργασιών λόγω μη πληρωμής του λογαριασμού ή την διάλυση της σύμβασης λόγω παρέλευσης του χρόνου δεν νομίζουμε ότι ο Δ/ντής της Τ.Υ πρέπει να κινήσει την διαδικασία έκπτωσης.*

*Συμπερασματικά εκ των ανωτέρω συμφωνούμε με το πνεύμα της γνωμάτευσης και την αλλαγή της κρίσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου.*

**Ο Δ/ΝΤΗΣ Τ.Υ**  
**α.α.**  
**ΝΤΟΓΚΑΣ ΔΗΜ.**

Ακολουθεί διαλογική συζήτηση η οποία έχει ως εξής:

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Υπάρχει άποψη της υπηρεσίας;

ΚΟΥΤΣΟΓΙΑΝΝΟΠΟΥΛΟΣ. (Γενικός Γραμματέας Δήμου): Η υπηρεσία ταυτίζεται με την άποψη του κ. Μανιάτη.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Όλες οι γνωμοδοτήσεις της Νομικής Υπηρεσίας για να έχουν διοικητική εφαρμογή πρέπει να έρχονται από εδώ. Να γίνονται διοικητικές πράξεις. Από μόνες τους δεν ισχύουν.

Εφόσον η υπηρεσία εισηγείται θετικά, εισηγούμαι προς τη Δημαρχιακή Επιτροπή να κάνει αποδεκτές τις γνωμοδοτήσεις.

ΚΟΥΤΣΟΓΙΑΝΝΟΠΟΥΛΟΣ: Κε Δήμαρχε έχομε την βασική γνωμοδότηση που αφορά την Βασ. Γεωργίου και υπάρχει και μία παρελκόμενη, μάλλον η πρώτη γνωμοδότηση που αφορά τον τρόπο ενεχυριάσεως κατασχέσεων εις χείρας τρίτου. Εκχωρήσεως εργολαβικού ανταλλάγματος εις χείρας τρίτου.

Είναι μια διαδικασία η οποία προβλέπεται από το νόμο για τη διαχείριση του δημοσίου λογιστικού αλλά επειδή εκεί ακριβώς αναφέρεται μόνο στη διαδικασία εκχώρησης που αφορά το δημόσιο τομέα, ο κ. Μανιάτης έκανε μία αναλογική εφαρμογή, έδωσε μία αναλογική προδιαγραφή, για το πώς πρέπει να γίνεται η κοινοποίηση των εκχωρήσεων στους Δήμους.

Η ενέργεια αυτή εν τοις πράγμασι έχει γίνει αποδεκτή από την πρώτη τράπεζα στην οποία την κοινοποιήσαμε.

Η Δημαρχιακή Επιτροπή μετά από διαλογική συζήτηση, αφού λαμβάνει υπ' όψη της τις παραπάνω γνωμοδοτήσεις, μειοψηφούντος του κ. ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ ΠΑΝ. ο οποίος δηλώνει ΛΕΥΚΗ ψήφο,

### Α Π Ο Φ Α Σ Ι Ζ Ε Ι Ο Μ Ο Φ Ω Ν Α

**Γίνονται αποδεκτές οι γνωμοδοτήσεις του Νομικού Συμβούλου του Δήμου Καλαμάτας κ. Μανιάτη Αντωνίου, όπως αυτές αναλυτικά καταχωρούνται στο ιστορικό της απόφασης αυτής.**

Έτσι συντάσσεται αυτό το απόσπασμα πρακτικού το οποίο υπογράφεται όπως ακολουθεί :

#### Η ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΛΑΜΑΤΑΣ

##### Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Παναγιώτης Ε. Νίκας

##### ΤΑ ΜΕΛΗ

1. Ηλιόπουλος Παναγιώτης

2. Καμβουσίδης Ιωάννης

3. Κοσμόπουλος Βασίλειος

4. Κουδούνης Αργύριος

5. Κουρκουτάς Γεώργιος

6. Πολίτης Δημήτριος

Ακριβές Απόσπασμα  
Καλαμάτα 27 Οκτωβρίου 2008  
Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΤΗΣ ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ  
ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ Ε. ΝΙΚΑΣ  
(ΔΗΜΑΡΧΟΣ ΚΑΛΑΜΑΤΑΣ)