

Αθήνα, 26.8.2009

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Υποχρέωση ή μη της Δ.Υ. να αποδεχθεί αίτημα του αναδόχου για αντικατάσταση των εγγυητικών καλής εκτέλεσης.

Ανώνυμη εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Η εταιρεία μας είναι ανάδοχος δημοσίου έργου. Για την υπογραφή της σύμβασης καταθέσαμε την απαιτούμενη Ε/Ε καλής εκτέλεσης. Ζητήσαμε από τον Δήμο, μέσω της αρμόδιας ΤΥΔΚ, την αντικατάστασή της με άλλη ισόποση Ε/Ε καλής εκτέλεσης άλλης τράπεζας η ΤΣΜΕΔΕ και μας αρνήθηκε, με δικαιολογία ότι δεν προβλέπεται ρητά από τη νομοθεσία. Είναι νόμιμο αυτό;»

Η απάντησή μου στο ανωτέρω ερώτημα έχει ως ακολούθως:

1. Ως είναι γνωστό, οι συμβάσεις για την εκτέλεση δημοσίων έργων συνιστούν ως επί το πλείστον διοικητικές συμβάσεις, στα πλαίσια των οποίων η Διοίκηση, ως κύριος του έργου, ενεργεί με βάση την αρχή της νομιμότητας. Η αρχή αυτή επιτάσσει, η Διοίκηση να ενεργεί μόνον οσάκις υφίσταται ρητή νομοθετική πρόβλεψη και εντός των ορίων της πρόβλεψης αυτής. Ως προς τούτο η αρχή της νομιμότητας αντιδιαστέλλεται προς την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, η οποία αποτελεί το υπόβαθρο του ιδιωτικού δικαίου. Σύμφωνα με την τελευταία αυτή αρχή, τα φυσικά και νομικά πρόσωπα είναι ελεύθερα να προβαίνουν στην κατάρτιση οιασδήποτε σύμβασης, η οποία είναι κατά τεκμήριο νόμιμη, εκτός και αν απαγορεύεται ρητώς από το νόμο. Αντιθέτως, πράξη της Διοίκησης στα πλαίσια του δημοσίου δικαίου είναι νόμιμη, μόνο εάν ρητώς παρέχεται από το νόμο σχετική αρμοδιότητα για την έκδοσή της.¹

¹ Περισσότερα για την έννοια και λειτουργία της αρχής της νομιμότητας βλ. Επ. Π. Σπηλιωτόπουλου «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου» Τομ. Ι, 12^η Έκδοση, σελ. 165, § 153 επ.. Για τα ειδικότερα ζητήματα που ανακύπτουν κατά την εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας στις συμβάσεις δημοσίων έργων, βλ. Χρ. Μητκίδη, «Συμβάσεις Δημοσίων Έργων», Εκδ. 2009, σελ. 4 επ.

Η αρχή της νομιμότητας καθορίζει και την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας από πλευράς της Διοίκησης. Δηλαδή, ακόμη και όταν η Διοίκηση ενεργεί βάσει διακριτικής ευχέρειας, οι προϋποθέσεις και τα όρια άσκησής της, κυρίως δε αυτή καθαυτή η δυνατότητα έκδοσης διοικητικής πράξης δυνάμει διακριτικής ευχέρειας, προβλέπονται στο νόμο. Τούτο έχει την έννοια ότι η Διοίκηση, ακόμη και όταν ενεργεί βάσει διακριτικής ευχέρειας, ενεργεί βάσει αρμοδιότητας που της παρέχεται από κανόνα δικαίου και ποτέ επί νομοθετικού κενού.² Εάν δεν υφίσταται τέτοιο κανονιστικό έρεισμα, η Διοίκηση κατ' αρχήν δεν δικαιούται να ενεργήσει.

2.1. Το άρθρο 35 του Κώδικα Δημοσίων Έργων (ν. 3669/2008) προβλέπει αναλυτικά το περιεχόμενο, την προέλευση και τη διαδικασία έκδοσης των εγγυητικών καλής εκτέλεσης. Στην παράγραφο 9 του ανωτέρω άρθρου ορίζεται ότι οι κρατήσεις επί των πιστοποιήσεων (οι λεγόμενες κρατήσεις δεκάτων) μπορεί να αντικατασταθούν οποτεδήποτε από τον ανάδοχο, μερικά ή ολικά, με ισόποση εγγυητική επιστολή. Αυτή είναι η μόνη νομοθετική πρόβλεψη που υπάρχει στην ισχύουσα νομοθεσία για δυνατότητα αντικατάστασης ή τροποποίησης της δοθείσας εγγύησης. Καμία άλλη δυνατότητα στον ανάδοχο ή εξουσία στον κύριο του έργου δεν παρέχεται για αντικατάσταση εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης από την ισχύουσα ειδική περί δημοσίων έργων νομοθεσία. Υπό την έννοια αυτή και μέσα από το πρίσμα της προαναφερθείσας αρχής της νομιμότητας, είναι κατ' αρχήν εύλογη η παραδοχή ότι η Διευθύνουσα Υπηρεσία δεν διαθέτει την αρμοδιότητα να αποδεχθεί αίτημα του αναδόχου για αντικατάσταση των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης. Επομένως, η άρνηση της ΤΥΔΚ να αποδεχθεί το σχετικό αίτημα με την αιτιολογία ότι δεν προβλέπεται ρητά από τη νομοθεσία είναι κατ' αρχήν νόμιμη.

2.2. Ωστόσο, δεδομένου ότι πρόκειται για την εκτέλεση μίας πολυσύνθετης σύμβασης, με πλήθος επιμέρους λεπτομερειών και ειδικών ρυθμίσεων, η οποία επιπροσθέτως διαρκεί επί μακρό χρονικό διάστημα, κατά τη διάρκεια του οποίου δύναται να ανακύψουν έκτακτες περιστάσεις και δεδομένα που δεν ήταν εξ αρχής γνωστά ή προβλέψιμα, θα ήταν σκόπιμο να υπάρξει μία πιο ευέλικτη εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας όσον αφορά

² Βλ. Ε.Π. Σπηλιωτόπουλο, ό.π., σελ. 165, § 153.

την προκείμενη περίπτωση. Υπό την έννοια αυτή, όσον αφορά το ζήτημα των εγγυητικών καλής εκτέλεσης, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο ρυθμίζει τις βασικές παραμέτρους της υποχρέωσης έκδοσης εγγυητικών καλής εκτέλεσης: δηλ. το ύψος τους, τα πιστωτικά ιδρύματα που δύνανται να τις εκδώσουν, τον χρόνο ισχύος τους και το νομικό τους περιεχόμενο· όχι όμως και επιμέρους λεπτομερειακά ζητήματα, για τα οποία παρέχεται η ευχέρεια στη Διοίκηση να τα ρυθμίζει με γνώμονα την εύρυθμη και απρόσκοπτη εκτέλεση του έργου, υπό την προϋπόθεση βεβαίως ότι τηρούνται οι προαναφερθείσες βασικές παράμετροι.

Με βάση την ανωτέρω ερμηνευτική εκδοχή – η οποία, κατά τη γνώμη μου, δεν αντίκειται στο γράμμα και το πνεύμα του νόμου – θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι η Διευθύνουσα Υπηρεσία διαθέτει τη διακριτική ευχέρεια να αποδεχθεί αίτημα του αναδόχου για αντικατάσταση των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης, υπό τον όρο ότι δεν θα θιγούν οι προαναφερθείσες βασικές παράμετροι, που έχουν υπαχθεί σε ειδική κανονιστική ρύθμιση, και δεν θα υπάρξει οιαδήποτε επί τα χείρω μεταβολή της νομικής κατάστασης του κυρίου του έργου εξ αιτίας της αντικατάστασης αυτής. Πάντως, και υπό την παρούσα εκδοχή, η Διευθύνουσα Υπηρεσία διαθέτει διακριτική ευχέρεια (και μάλιστα ευρύτατη) να αποδεχθεί το αίτημα του αναδόχου για αντικατάσταση και όχι υποχρέωση προς τούτο. Το μόνο που αλλάζει είναι ότι – εν αντιθέσει προς την πρώτη αυστηρή ερμηνευτική εκδοχή – δεν παραβαίνει το νόμο εάν αποδεχθεί τέτοιο αίτημα, εφόσον βεβαίως τηρήσει τους προαναφερθέντες όρους.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.