

Αθήνα, 10.3.2010

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Αρχή της αμεροληψίας της Διοίκησης – κωλύματα εκλογιμότητας & ασυμβίβαστα – συμμετοχή επιβλέποντος μηχανικού στο Δημ. Συμβούλιο (προϊσταμένη αρχή) υπό την ιδιότητα του Αντιδημάρχου.

Ανώνυμη εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Ερωτάται εάν επιτρέπεται κατά νόμο υπάλληλος της ΤΥΔΚ (διευθύνουσα υπηρεσία των έργων του Δήμου) να ορίζεται επιβλέπων σε έργα του Δήμου, στον οποίο Δήμο ο υπάλληλος της ΤΥΔΚ είναι ταυτόχρονα και Αντιδήμαρχος με αρμοδιότητα έργων και μέλος του Δημοτικού Συμβουλίου (προϊσταμένη αρχή)».

Η απάντησή μου στο ανωτέρω ερώτημα έχει ως ακολούθως:

1.1. Η δράση των διοικητικών οργάνων (μονομελών και συλλογικών) διέπεται από τη γενική αρχή της αμεροληψίας. Σύμφωνα με την εν λόγω γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση της γενικότερης αρχής του Κράτους Δικαίου, που απορρέει από το Σύνταγμα και τις καθιερούμενες απ' αυτό εγγυήσεις υπέρ του πολίτη, καθώς και την αρχή της δίκαιης δίκης, που θεσπίζει το άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου ΕΣΔΑ¹, τα όργανα της Διοίκησης πρέπει, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους, να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης, ώστε να δημιουργείται στους διοικούμενους πεποίθηση για το αδιάβλητο των πράξεων που εκδίδονται από τα όργανα αυτά.² Ο Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999) έχει εξειδικεύσει στην παρ. 2 του άρθρου 7 («Αμεροληψία των διοικητικών οργάνων») τις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες τα μονομελή διοικητικά όργανα ή μέλη συλλογικών οργάνων οφείλουν να απέχουν από τη διαδικασία λήψης απόφασης, γνώμης ή

¹ ΣτΕ 1117/2000· πρβλ. ΣτΕ Ολομ.789/1990, ΣτΕ Ολομ. 1990/1990.

² Άρθρ. 7 § 1 Ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας)· ΣτΕ 1951/2008, ΣτΕ 421/2007 κ.ά.

πρότασης. Οι περιπτώσεις αυτές είναι: α) όταν η ικανοποίηση προσωπικού συμφέροντός τους συνδέεται με την έκβαση της υπόθεσης· β) όταν είναι σύζυγοι ή συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τετάρτου βαθμού, με κάποιον από τους ενδιαφερόμενους· γ) όταν έχουν ιδιαίτερο δεσμό ή ιδιάζουσα σχέση ή εχθρότητα με τους ενδιαφερόμενους.

Μετά την εισαγωγή του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και τη νομοθετική εξειδίκευση των περιπτώσεων παράβασης της αρχής της αμεροληψίας, ανέκυψε το ερώτημα εάν οι ανωτέρω αναφερόμενες περιπτώσεις αποτελούν τους μοναδικούς λόγους εξαίρεσης μέλους διοικητικού οργάνου. Η ορθή ερμηνευτική προσέγγιση είναι ότι η ανωτέρω απαρίθμηση δεν είναι περιοριστική αλλά ενδεικτική· ως εκ τούτου, και κάθε άλλο γεγονός ή ιδιότητα που, σύμφωνα με τον γενικό κανόνα του άρθρου 7 § 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, δύναται να άρει τις εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης του διοικητικού οργάνου, συνιστά λόγο εξαιρέσεως του μέλους του οργάνου στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι επίμαχες ιδιότητες.³

Περαιτέρω, ακόμη και μετά την εισαγωγή του ΚΔΔ εξακολούθησαν να ισχύουν διάφορες ειδικές νομοθετικές διατάξεις που ρυθμίζουν ζητήματα διοικητικών διαδικασιών. Μεταξύ αυτών είναι και οι διατάξεις του άρθρου 19 § 9 περ. γ' και δ', σύμφωνα με τις οποίες δεν επηρεάζεται η νομιμότητα της σύνθεσης ούτε προκαλείται ακυρότητα των πράξεων συλλογικού διοικητικού οργάνου, εάν συμμετέχει σε δευτεροβάθμιο συλλογικό όργανο ένα μέλος από εκείνα που μετείχαν στο πρωτοβάθμιο συλλογικό όργανο, εκτός αν ειδική διάταξη επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων, καθώς και εάν συμμετέχει σε συλλογικό όργανο πρόσωπο που είχε εκφέρει γνώμη για το κρίσιμο θέμα, είτε διότι του είχε ζητηθεί από την προϊσταμένη αρχή είτε διότι η έκφραση γνώμης προβλέπεται από το νόμο. Οι ανωτέρω διατάξεις εξακολουθούν να ισχύουν και μετά την έναρξη εφαρμογής του ΚΔΔ.⁴

Με βάση τα ανωτέρω, η εξειδίκευση της εφαρμογής της αρχής της αμεροληψίας στις περιπτώσεις συμμετοχής σε συλλογικό διοικητικό όργανο με αποφασιστική αρμοδιότητα μέλους που είχε συμμετάσχει, είτε γνωμοδοτικώς είτε αποφασιστικώς, στη διαδικασία έκδοσης της πράξης η οποία κρίνεται από το συλλογικό όργανο, μπορεί να συνοψισθεί ως εξής:

- Δεν επιτρέπεται το όργανο το οποίο έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα να συμμετέχει σε γνωμοδοτικό όργανο, τη γνώμη του οποίου λαμβάνει

³ Πρβλ. ΔΕφΠειρ 836/2002 – ΔιΔικ 2003, σελ. 393

⁴ Βλ. σχετ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου» Τομ. Ι, 12η εκδ., § 128, σελ. 146.

υπόψη το αποφασίζουν για την έκδοση της πράξης όργανο, εκτός εάν, από το νόμο που ρυθμίζει τα σχετικά με τη συγκρότηση και τη λειτουργία των συγκεκριμένων οργάνων ζητήματα, ορίζεται ή συνάγεται σαφώς το αντίθετο.⁵

- Δεν επιτρέπεται το πρόσωπο που, υπό την ιδιότητα του διοικητικού οργάνου, εκδίδει μια πράξη, να συμπίπτει με το πρόσωπο που την ελέγχει ή που μετέχει στο συλλογικό όργανο που ασκεί τον έλεγχο αυτό, εκτός αν το αντίθετο ορίζεται ρητώς ή συνάγεται σαφώς από τις διατάξεις που ρυθμίζουν την αρμοδιότητα του συγκεκριμένου αυτού οργάνου.⁶
- Όταν προβλέπονται από τις οικείες διατάξεις δύο βαθμοί ουσιαστικής διοικητικής κρίσης, ένα μέλος του πρωτοβάθμιου οργάνου μπορεί να είναι μέλος και του δευτεροβάθμιου οργάνου, εκτός εάν ρητώς προβλέπεται η συμμετοχή περισσοτέρων.⁷

1.2. Οι παράγραφοι 1 -3 του άρθρου 36 του Κ.Δ.Ε. (Ν. 3669/2008) προσδιορίζει ως εξής τις αρμοδιότητες και τα καθήκοντα της διευθύνουσας υπηρεσίας και των επιβλεπόντων μηχανικών:

«1. Η παρακολούθηση, ο έλεγχος και η διοίκηση των έργων ασκούνται από την αρμόδια τεχνική υπηρεσία του φορέα κατασκευής του έργου (διευθύνουσα ή επιβλέπουσα υπηρεσία), η οποία ορίζει τους τεχνικούς υπαλλήλους που θα ασχοληθούν ειδικότερα με την επίβλεψη, προσδιορίζει τα καθήκοντά τους όταν είναι περισσότεροι από έναν, παρακολουθεί το έργο τους και γενικά προβαίνει σε κάθε νόμιμη ενέργεια και ενεργεί ό,τι απαιτείται για την καλή και έγκαιρη εκτέλεση των έργων .

2. Η διευθύνουσα υπηρεσία ορίζει ως επιβλέποντες και βοηθούς αυτών για το έργο ή τμήματά του ή είδη εργασιών τεχνικούς υπαλλήλους, που έχουν την αντίστοιχη δυνατότητα, ανάλογα με τα στελέχη που διαθέτει, τις υπηρεσιακές ανάγκες και την αξιολόγηση του έργου και του προσωπικού. Οι επιβλέποντες αποτελούν τους άμεσους βοηθούς του προϊστάμενου της διευθύνουσας υπηρεσίας στην άσκηση των καθηκόντων της που σχετίζονται με το έργο, όπως αυτά ορίζονται στις επί μέρους διατάξεις του παρόντος κώδικα. Δεν αποκλείεται η άσκηση της επίβλεψης από τον προϊστάμενο της διευθύνουσας υπηρεσίας.

3. Στα καθήκοντα των επιβλεπόντων περιλαμβάνονται η παρακολούθηση και ο έλεγχος της ποιότητας και ποσότητας των εργασιών και γενικά η τήρηση των όρων της σύμβασης από τον ανάδοχο. Οι βοηθοί των επιβλεπόντων ασκούν τα καθήκοντα που τους ανατίθενται και έχουν ανάλογες ευθύνες.»

⁵ ΣτΕ 1951/2008' πρβλ. ΣτΕ 3159/2006, ΣτΕ 3859/2002.

⁶ ΔΕφΠειρ 836/2002, ό.π.' πρβλ. ΣτΕ 3122/1988.

⁷ Ν. 1599/1986, άρθρ. 19 § 9 περ. γ'· βλ. και Ε. Σπηλιωτόπουλου, ό.π.

Από τις παρατεθείσες διατάξεις καθίσταται σαφές ότι αποφασιστική αρμοδιότητα στα πλαίσια της εκτέλεσης ενός δημοσίου έργου έχει μόνο η διευθύνουσα υπηρεσία και όχι και ο επιβλέπων μηχανικός. Ο επιβλέπων μηχανικός εκτελεί τις εντολές της διευθύνουσας υπηρεσίας και, ενδεχομένως, σε ορισμένες περιπτώσεις μπορεί να έχει και γνωμοδοτικές αρμοδιότητες κατά τη διαδικασία έκδοσης εκτελεστών πράξεων της διευθύνουσας υπηρεσίας, όμως δεν διαθέτει αποφασιστική αρμοδιότητα στα πλαίσια της εκτέλεσης του έργου.

Αποφαινόμενο όργανο επί ενδικοφανών προσφυγών (ενστάσεων) που στρέφονται κατά των πράξεων της διευθύνουσας υπηρεσίας είναι η προϊσταμένη αρχή· στα δημοτικά δε έργα καθήκοντα προϊσταμένης αρχής ασκεί το Δημοτικό Συμβούλιο. Επομένως, το Δημοτικό Συμβούλιο έχει την ιδιότητα του πρωτοβαθμίου διοικητικού οργάνου κατά τη διοικητική διαδικασία επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν κατά την εκτέλεση των δημοσίων έργων.

Από τα προαναφερθέντα καθίσταται προφανές ότι ο επιβλέπων μηχανικός δεν εκδίδει εκτελεστές διοικητικές πράξεις ούτε μετέχει σε όργανο με αποφασιστική αρμοδιότητα· δεν είναι επίσης πρωτοβάθμιο όργανο για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν από την εκτέλεση δημοσίων έργων, ούτε μετέχει σε τέτοιο όργανο. Ως εκ τούτου, η ιδιότητα του επιβλέποντος μηχανικού δεν φαίνεται, εκ πρώτης όψεως, να αποτελεί λόγο εξαιρέσεως του Αντιδημάρχου, που ασκεί εκ παραλλήλου καθήκοντα επιβλέποντος μηχανικού, από μέλος του Δημοτικού Συμβουλίου, οσάκις το τελευταίο ενεργεί ως προϊσταμένη αρχή στα πλαίσια της εκτέλεσης του δημοσίου έργου όπου ο Αντιδήμαρχος είναι και επιβλέπων.

2. Για την πληρότητα της απαντήσεως θα εξετασθεί και το κατά πόσο συντρέχει κώλυμα εκλογιμότητας ή ασυμβίβαστο στο πρόσωπο του Αντιδημάρχου ένεκα της από μέρους του άσκησης καθηκόντων επιβλέποντος μηχανικού στα έργα του δήμου.

Σύμφωνα με το άρθρο 29 § 1 δ' του Ν. 3463/2006 («Κώδικας Δήμων & Κοινοτήτων» ή Κ.Δ.Κ.), «δεν μπορούν να εκλεγούν ή να είναι δήμαρχοι, πρόεδροι Κοινοτήτων, δημοτικοί ή κοινοτικοί σύμβουλοι, σύμβουλοι δημοτικού διαμερίσματος ή τοπικοί σύμβουλοι και πάρεδροι δ) δημόσιοι υπάλληλοι και υπάλληλοι των φορέων του δημόσιου τομέα, όπως αυτός είναι οριοθετημένος κατά το χρόνο διενέργειας των εκλογών, στους Δήμους ή τις Κοινότητες, στα διοικητικά όρια των οποίων άσκησαν καθήκοντα προϊσταμένου οργανικής μονάδας επιπέδου Γενικής Διεύθυνσης ή Διεύθυνσης, ένα έτος πριν από τη διενέργεια των δημοτικών και κοινοτικών εκλογών.»

Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 29 § 8 του Κ.Δ.Κ., «δημόσιοι υπάλληλοι και υπάλληλοι νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, εάν εκλεγούν δήμαρχοι, πρόεδροι Κοινοτήτων, δημοτικοί ή κοινοτικοί σύμβουλοι, δεν μπορούν να ασκούν καθήκοντα προϊσταμένου οργανικής μονάδας επιπέδου Γενικής Διεύθυνσης ή Διεύθυνσης σε υπηρεσία που εδρεύει στο Δήμο ή στην Κοινότητα, στην οποία εξελέγησαν.»

Η πρώτη από τις παραπάνω διατάξεις ιδρύει κώλυμα εκλογιμότητας· δηλ. καθιστά μη νόμιμη την υποψηφιότητα και την εκλογή στο αξίωμα του προσώπου που φέρει το κώλυμα. Η δεύτερη διάταξη συνιστά περίπτωση ασυμβιβάστου ιδιότητας, που, εφόσον συντρέξει στον φορέα του αξιώματος, αποτελεί λόγο έκπτωσής του από αυτό. Η ιδιότητα του επιβλέποντος μηχανικού δεν αποτελεί οργανική θέση εντός της διοικητικής διάρθρωσης της δημόσιας διοίκησης, αλλά συνδέεται με την άσκηση συγκεκριμένων καθηκόντων στα πλαίσια της εκτέλεσης ενός δημοσίου έργου. Ως εκ τούτου, ο φορέας της δεν εμπίπτει στις προπαρατεθείσες διατάξεις περί κωλύματος εκλογιμότητας και ασυμβιβάστου του Κ.Δ.Κ..

3. Συνοψίζοντας τα προαναφερθέντα, η απάντησή μου στο υποβληθέν ερώτημα έχει ως εξής: Η άσκηση από πλευράς Αντιδημάρχου και μέλους Δημοτικού Συμβουλίου δήμου καθηκόντων επιβλέποντος μηχανικού δεν αποτελεί, κατ' αρχήν, λόγο εξαιρέσεώς του από μέλος του Δημοτικού Συμβουλίου, οσάκις το τελευταίο αποφαίνεται ως προϊσταμένη αρχή επί θεμάτων που αφορούν το έργο στο οποίο ο Αντιδήμαρχος και μέλος του Δ.Σ. ασκεί καθήκοντα επιβλέποντος μηχανικού. Επίσης, η άσκηση των συγκεκριμένων καθηκόντων υπό την ιδιότητά του ως υπαλλήλου της ΤΥΔΚ, που υπέχει θέση διευθύνουσας υπηρεσίας για τα έργα του συγκεκριμένου δήμου, δεν συνιστά κώλυμα εκλογιμότητας ή ασυμβίβαστη ιδιότητα στο πρόσωπο του Αντιδημάρχου.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.