

ΠΑΝΟΣ ΖΥΓΟΥΡΗΣ-ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ ΑΘΗΝΩΝ ΝΟΜΙΚΟΣ
ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ ΚΕΝΤΡΙΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΔΗΜΩΝ ΚΑΙ
ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ ΕΛΛΑΔΟΣ
ΜΠΟΥΜΠΟΥΛΙΝΑΣ 9-11 (2^{ος} όροφος) ΑΘΗΝΑ
ΤΗΛ:210-8259140-1-FAX: 210-8259235
ΚΙΝ:6977506705
E-mail: pzygouris@gmail.com

Γ Ν Ω Μ Ο Δ Ο Τ Η Σ Η

Επί του με αριθμ. πρωτ.

1475/18-1-2010

ερωτήματος

Ερωτάται αν είναι δυνατή και μέσα σε ποιο νομοθετικό πλαίσιο η μίσθωση εκκαφέα στα πλαίσια εκπλήρωσης υποχρεώσεων από προγραμματική σύμβαση

I. Πραγματικά περιστατικά

Πρόκειται στη συγκεκριμένη περίπτωση για την επιθυμία μιας Δ.Ε.Υ.Α. για μίσθωση εκκαφικού μηχανήματος από ιδιώτη. Η επιθυμία αυτή προκύπτει εκ της ανάγκης για εκτέλεση έκτατων έργων, αναληφθέντος στα πλαίσια προγραμματικών συμβάσεων με το δήμο. Η εκτιμώμενη διάρκεια της μισθώσεως είναι ένας μήνας και το εκτιμώμενο κόστος αυτής 10.000 Ευρώ.

II. Νομοθετικό πλαίσιο της μισθώσεως

1. Τούτη η μίσθωση υπάγεται στη δημοσιολογιστική έννοια της **προμήθειας** κι έτσι η σύναψη της συμβάσεως διέπεται από τις περί

προμηθειών στο δημόσιο τομέα διατάξεις. Όπως έχει κριθεί και στα πλαίσια της 138/2007 Γνωμοδοτήσεως του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους επί του ερωτήματος «Ποίο το νομικό καθεστώς το οποίο διέπει τις προμήθειες α) των Δημοτικών Επιχειρήσεων Υδρεύσεως – Αποχετεύσεως»:

«...προσήκει η απάντηση, ότι για τη διενέργεια των προμηθειών των Δ.Ε.Υ.Α. εφαρμόζονται οι περί προμηθειών διατάξεις του άρθρου 22 του Ν. 1069/1980, του Ν. 2286/1995, του άρθρου 209 του Ν. 3463/2006, της με αριθμό 11389/1993 αποφάσεως του Υπουργού Εσωτερικών και οι εκάστοτε ισχύουσες ειδικές περί προμηθειών διατάξεις των Δήμων και Κοινοτήτων, όπως του π.δ. 28/1980, στην έκταση που οι διατάξεις του διατάγματος αυτού επαναφέρθηκαν σε ισχύ δυνάμει του άρθρου 13 παράγραφος 2 του Ν. 2503/1997.»

Περαιτέρω πρέπει να σημειωθεί πως επί προμηθειών εφαρμοστέο τυγχάνει από απόψεως ευρωπαϊκού – ενωσιακού δικαίου και το π.δ. 60/2007 (ΦΕΚ Α 64 16.3.2007) Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών", όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005. Ενώ η συγκεκριμένη δράση υπάγεται εν πρώτοις στο κανονιστικό πεδίο του π.δ. 60/2007 – «γ) "Δημόσιες συμβάσεις προμηθειών" είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην αυτών του στοιχείου β), οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων» άρθρο 2, παράγραφος 2 εδάφιο γ' π.δ. 60/2007 -, εν τέλει το συγκεκριμένο διάταγμα τυγχάνει ανεφάρμοστο επί της προκείμενης μίσθωσης λόγω ποσού: άρθρο 6, παράγραφος 1 εδάφιο α' π.δ. 60/2007, «Ποσά των κατώτατων ορίων των δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 7 οδηγίας 2004/18/ΕΚ, άρθρο 2 παρ.1 του Κανονισμού 2083/2005)

1. Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια:

α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών...»

2. Από το ανωτέρω νομοθετικό πλαίσιο εφαρμοστέο ως ειδικότερο και άρα εφαρμοστέο πρέπει να θεωρηθεί το π.δ. 28 της 17.12.79/15.1.80: «Περί εκτελέσεως έργων και προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοικήσεως.» (Α` 11) και δη το α' εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 16 αυτού, στα πλαίσια του οποίου ορίζεται ότι:

«Άρθρον 16 - Συστήματα δημοπρασιών.

2. Αι δημοπρασίαι δια την προμήθειαν μηχανημάτων, οχημάτων, φωτιστικών σωμάτων, ανταλλακτικών λοιπών εφοδίων ως και δια την προμήθειαν και εγκατάστασιν αντλητικών συγκροτημάτων (ηλεκτρομηχανολογικών έργων) ενεργούνται δια συμπληρώσεως τιμολογίου.»

Στο π.δ. περιγράφεται αναλυτικά η διαδικασία που πρέπει να ακολουθηθεί, ήτοι, ως προς την προκείμενη περίπτωση:

«Άρθρον 1 - Σύνταξις μελετών.

4. Μελέται προϋπολογισμού μέχρι "δώδεκα εκατομμυρίων (12.000.0000)" δραχμών δύναται να συντάσσονται και υπό εχόντων επαρκή προς τούτο εμπειρίαν εργοδηγών ή σχεδιαστών της Τ.Υ.Δ.Κ ή του οικείου δήμου κατά την κρίσιν του Προϊσταμένου της οικείας τεχνικής υπηρεσίας.

5. Δεν συντάσσονται μελέται γενικώς δι` έργα, προμηθείας, εργασίας και μεταφοράς αξίας "ενός εκατομμυρίου (1.000.000) δραχμών".

6. Επίσης δεν συντάσσονται μελέται, ανεξαρτήτως δαπάνης, δι' επισκευήν μηχανημάτων, καθαρισμόν οδών, υπονόμων, αρδευτικών αυλάκων (...)

Άρθρον 4 - Σύνταξις μελετών προμηθειών υλικών μη ενσωματουμένων εις έργα, μηχανημάτων, οχημάτων, επίπλων και λοιπών εφοδίων.

Αι μελέται προμηθειών υλικών μη ενσωματουμένων εις τα έργα, μηχανημάτων, οχημάτων, επίπλων και λοιπών εφοδίων, αποτελούνται εκ : (α) *τεχνικής περιγραφής, της συγγραφής υποχρεώσεων μετά*

τεχνικών προδιαγραφών ένθα διαλαμβάνονται λεπτομερώς οι όροι προς τους ανταποκρίνονται ταύτα και αι απαιτούμενοι δια την προσωρινή και οριστική παραλαβή δοκιμαί, (β) της διακηρύξεως, (γ) ενδεικτικού προϋπολογισμού, όστις εν προκειμένω δεν αποτελεί συμβατικόν στοιχείον. Τα αυτά ως άνω τεύχη ως και τους απαραίτητους υπολογισμούς (υδραυλικούς, μηχανολογικούς κ.λ.π.) περιλαμβάνουν και αι μελέται αυτητικών συγκροτημάτων εγκαθισταμένων παρά του αναδόχου, τηρουμένης, κατά τα λοιπά, της διαδικασίας περί ηλεκτρομηχανολογικών έργων.

Αρθρον 6 - Επίβλεψις - Επιστασία Έργων - Ευθύνη επιβλέποντος.

1. Η επίβλεψις εκτελέσεως των δημοτικών και κοινοτικών έργων, προμηθειών, εργασιών και μεταφορών γίνεται παρά της ΤΥΔΚ, προκειμένου δε περί Οργανισμών τοπικής Αυτοδιοικήσεως εκόντων ιδίαν τεχνικήν υπηρεσίαν παρ` αυτής.

2. Ο Νομάρχης εισηγήσει του Προϊσταμένου της ΤΥΔΚ και κατόπιν εγκρίσεως του αρμοδίου Υπουργείου, δύναται να αναθέτη την επίβλεψιν δημοτικών και κοινοτικών έργων εις ετέρας δημοσίας τεχνικάς υπηρεσίας ή ΝΠΔΔ του νομού άνευ καταβολής αμοιβής. Επίσης εάν το παρά τη ΤΥΔΚ Νομαρχίας τεχνικόν προσωπικόν δεν είναι επαρκές ή δεν υπηρετεί αρμόδιος κατ` ειδικότητα τεχνικός, δύναται ο Υπουργός των Εσωτερικών να αναθέτη την επίβλεψιν εις τεχνικόν της ΤΥΔΚ ετέρας Νομαρχίας.

3. Η επίβλεψις έργων προϋπολογισμού μελέτης μέχρι πεντακοσίων χιλιάδων (500.000) δραχμών δύναται να ανατίθεται εις έχοντας προς τούτο εμπειρίαν εργοδηγούς ή σχεδιαστάς της ΤΥΔΚ ή του οικείου δήμου κατά την υπό της παραγράφου 2 του άρθρου 7 καθοριζομένην διαδικασίαν. Δι` έργα προϋπολογισμού δαπάνης μέχρι "ενός εκατομμυρίου ("1.000.000") δραχμών δεν απαιτείται ορισμός επιβλέποντος.

4. Απαγορεύεται η ανάθεσις της επιβλέψεως δημοτικών και κοινοτικών έργων εις ιδιώτας ή τεχνικάς εταιρείας.

6. Ο επιβλέπων τα έργα φέρει ακεραίαν την ευθύνην δια τας ποσότητας των ελεγχθεισών επιμετρήσεων και τας συναφείς πιστοποιήσεις και λογαριασμούς, ως και δια την ποιότητα των εκτελουμένων εργασιών. Οι βοηθοί του επιβλέποντος ευθύνονται δια τας συγκεκριμένας ενεργείας τας κατά την άσκησιν της επιβλέψεως ανατεθείσας εις αυτούς. Επί πλειόνων, ασκησάντων διαδοχικώς καθήκοντα επιβλέποντος ή βοηθού έκαστος ευθύνεται δια το αντίστοιχον μέρος των εργασιών.

Αρθρον 10 - Θεώρησις μελετών.

1. Αι μελέται δημοτικών και κοινοτικών έργων και προμηθειών θεωρούνται υπό του Προϊσταμένου της ΤΥΔΚ, προκειμένου δε περί

δήμων εκόντων ιδίαν τεχνικήν υπηρεσίαν υπό του Προϊσταμένου ταύτης. Ως θεώρησις νοείται η κατόπιν ελέγχου αναγνωρίσεις της μελέτης από τεχνικοοικονομικής και συμβατικής απόψεως.»

Στα άρθρα 14 επόμενα του π.δ. π.δ. 28 της 17-12-1979/15-1-1980, (Φ.Ε.Κ. Α' /11/1980), «Περί εκτελέσεως έργων και προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοικήσεως» προβλέπεται η διαδικασία διεξαγωγής της δημοπρασίας.

Εφαρμογής πρέπει σαφώς να τύχει και το άρθρο 5 ν. 1069 της 19/23.8.80: Περί κινήτρων δια την ίδρυσιν Επιχειρήσεων Υδρεύσεως και Αποχετεύσεως.- (Φ.Ε.Κ. Α' /191/1980), σύμφωνα με το οποίο:

«Άρθρον 5 – Αρμοδιότητες Διοικητικού Συμβουλίου και Προέδρου αυτού.

1. Το Διοικητικόν Συμβούλιον διοικεί την επιχείρησιν και διαχειρίζεται την περιουσίαν και τους πόρους ταύτης, αποφασίζει δε επί παντός αφορώντος την επιχείρησιν θέματος, πλην των περιπτώσεων καθ' ας άλλως ορίζεται εν τω παρόντι νόμω.

2.- Το Διοικητικόν Συμβούλιον ίδια :

ε) Αποφασίζει περί αναθέσεως συντάξεως μελετών, έργων και προμηθειών και εγκρίνει ταύτας.»

II. Το ζήτημα της διεξαγωγής της μισθώσεως προς εκπλήρωση υποχρεώσεων από προγραμματική σύμβαση

Μνείας χρήζει το γεγονός πως η εν λόγω μίσθωση λαμβάνει χώρα στα πλαίσια αδυναμίας της Δ.Ε.Υ.Α. να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις κατασκευής του έργου αποχετευτικού δικτύου σύμφωνα με την από 13/5/2009 προγραμματική σύμβαση μεταξύ αυτής και του Δήμου.

1. Επί του θέματος αυτού και στα πλαίσια της με αριθμ. 19/2006 γνωμοδότησης του Γ' τμήματος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, η οποία πρέπει να θεωρηθεί ότι διέπει και την εφαρμογή του (νέου) άρθρου 225 του παρόντος Δ.Κ.Κ., κρίθηκαν τα ακόλουθα:

«...Περίληψη ερωτημάτων: α. Εάν είναι σύνηθες, κατ' άρθρο 35 Δ.Κ.Κ., η ανάθεση σε τρίτο (μη συμβαλλόμενο στην προγραμματική σύμβαση) φορέα είτε: i) επιμέρους έργων, μελετών, προμηθειών ή εργασιών σύμβασης, είτε: ii) του συνολικού αντικειμένου αυτής, κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, σε περιπτώσεις όπου κρίνεται από τους μετέχοντες στην προγραμματική σύμβαση ότι τούτο απαιτείται προκειμένου ο συμβαλλόμενος που ορίζεται ως φορέας υλοποίησής της να εκπληρώσει τη συμβατική του υποχρέωση.

...**αυτονόητη προϋπόθεση**, ότι ο αναλαμβάνων την αντίστοιχη υποχρέωση φορέας έχει τα μέσα και εν γένει τη δυνατότητα ν' ανταποκριθεί, αυτοδύναμα, στην εκτέλεση του αντικειμένου της προγραμματικής σύμβασης. Η προαναφερθείσα επίσης, διάταξη του άρθρου 35 Δ.Κ.Κ. δεν αποκλείει τη δυνατότητα ανάθεσης σε τρίτο της εκτέλεσης της οικείας υποχρέωσης του αντισυμβαλλομένου φορέα, όταν τούτο, προδήλως, οφείλεται σε επιγενόμενη αντικειμενική αδυναμία του. Επιχείρημα περί του αντιθέτου δεν μπορεί να συναχθεί από το προεκτεθέν τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 2 του άνω άρθρου (35 Δ.Κ.Κ.), εφόσον τούτο συνάπτεται, μόνο, με μεταγενέστερη διαχείριση, εκμετάλλευση και συντήρηση του εκτελεσθέντος έργου.

iii. Στην περίπτωση όμως, που ο προμηθευθείς φορέας, λόγω **επιγενόμενης αντικειμενικής αδυναμίας** του προς εκτέλεση του αντικειμένου της προγραμματικής σύμβασης, αναθέσει σε τρίτο, μη συμβληθέν πρόσωπο, την εκπλήρωση της αντίστοιχης υποχρέωσής του, τούτο θα συντελεσθεί, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις που τον διέπουν. Υπό την ανωτέρω έννοια, θα πρέπει να τηρήσει τη διαγωνιστική διαδικασία που προβλέπεται από τη νομοθεσία που τον διέπει ή σύμφωνα με την ίδια νομοθεσία, σε όσες περιπτώσεις είναι επιτρεπτό, να τηρήσει την εξαιρετική διαδικασία (με προεπιλογή, με διαπραγμάτευση ή απευθείας ανάθεση).

iv. Υπό τυχόν αντίθετη εκδοχή και χωρίς μάλιστα τη συνδρομή επιγενόμενης αντικειμενικής αδυναμίας, θα παρείχετο, μέσω των προγραμματικών συμβάσεων, πλήρης δυνατότητα καταστρατήγησης των οικείων διατάξεων που ορίζουν την τήρηση της διαδικασίας διαγωνισμού, κατ' αντίθεση προς την εθνική και κοινοτική νομοθεσία, αλλά και προς τις γενικές αρχές που διέπουν τη διαφάνεια και τον ελεύθερο ανταγωνισμό (βλ. και πρακτικά 32ας Γενικής Συνεδριάσεως της Ολομέλειας του

Ελεγκτικού Συνεδρίου της 10^{ης} Δεκεμβρίου 2004).

ιγ. Ανακεφαλαιωτικά, επί των τεθέντων ερωτημάτων, το τμήμα εγνωμοδότησε κατά πλειοψηφία (ψήφοι επτά έναντι μίας), ότι ο φορέας που συμβάλλεται, κατ' άρθρο 35 του Δ.Κ.Κ., σε προγραμματική σύμβαση και ο οποίος έχει αναλάβει την εκτέλεση του αντικείμενου της, μπορεί να αναθέσει περαιτέρω σε τρίτο, μη συμβληθέν πρόσωπο, την υλοποίηση τούτου (μερική ή ολική) εφόσον συντρέξει επιγενόμενη αντικειμενική αδυναμία του.

Η ανάθεση αυτή θα πρέπει να γίνει σύμφωνα με την αντίστοιχη νομοθεσία (εκτέλεσης έργων, παροχής υπηρεσιών κλπ.) που διέπει τον αναθέτοντα φορέα, είτε πρόκειται για διαγωνιστική διαδικασία, είτε για εξαιρετική τοιαύτη (προεπιλογή, διαπραγμάτευση ή απευθείας ανάθεση)...».

2. Στην προκείμενη περίπτωση δεν τίθεται ζήτημα ανάληψης του έργου από τρίτον (παρά μισθώσεως μηχανήματος από τρίτον), αλλά πρέπει ερμηνευτικά να θεωρηθεί πως η σκοπούμενη μίσθωση εκσκαφέα συνδέεται με το πνεύμα της γνωμοδοτήσεως τούτης. Εν πολλοίς το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους εκλαμβάνει ως απαραίτητη προϋπόθεση για τη σύναψη προγραμματικής σύμβασης την ικανότητα του αναλαμβάνοντος υποχρεώσεις στα πλαίσια αυτής μέρους για την εκπλήρωσή τους. Η προσφυγή σε έξωθεν της συμβάσεως βοήθεια (με οποιαδήποτε νομική μορφή) πρέπει να λαμβάνει χώρα λόγω **επιγενόμενης αντικειμενικής αδυναμίας**, για να δικαιολογείται. Τούτο σημαίνει ότι προς τήρηση της δημοσιολογιστικής νομιμότητας οφείλει εν προκειμένω η Δ.Ε.Υ.Α. και δη το διοικητικό της συμβούλιο στα πλαίσια της κατ' άρθρο ν. 1069 της 19/23.8.80 απόφασής του για την ανάθεση της προμήθειας, να παραθέσει τους λόγους της επιγενόμενης και σημαίνουσας αδυναμίας που οδηγούν στην εν λόγω μίσθωση του εκσκαφέα. Τούτο επιβάλλεται και από απόψεως νομικού ρεαλισμού, δεδομένου ότι η εν λόγω ενοικίαση ανέρχεται περίπου στο 10 % του κόστους της προγραμματικής συμβάσεως, άρα αντιστοιχεί σε μεγάλο μέρος της αναληφθείσας υποχρέωσης.

IV. Συμπέρασμα

Η Δ.Ε.Υ.Α. δύναται να προχωρήσει στην παραπάνω μίσθωση βάσει των διατάξεων του π.δ. 28 της 17.12.79/15.1.80: «Περί εκτελέσεως έργων και προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοικήσεως.» (Α` 11) και εφόσον παραθέσει – στα πλαίσια της αποφάσεως του Δ.Σ. της περί αναζήτησης εκμισθωτή – λόγους επιγενόμενης αδυναμίας που καθιστούν αυτή τη λύση επιβεβλημένη. Τέτοιοι λόγοι θα μπορούσαν να αποτελέσουν ύστερα της συνάψεως της σύμβασης γεγονότα, τα οποία βάσει των διδαγμάτων του μέσου δυνατού ανθρώπου δε θα μπορούσαν να έχουν προβλεφθεί, όπως καιρικά φαινόμενα που δυσχέραναν τις εργασίες, αναπάντεχη αδυναμία φυσικών προσώπων (εργαζομένων) να ανταπεξέλθουν στις απαιτήσεις του έργου, βλάβη των ιδίων μηχανημάτων, αποκλίνουσα ποιότητα εδάφους, κτλ.