

Η Αυτονόμηση του δικαίου της εκτέλεσης των δημοσίων έργων από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου και από γενικές αρχές.

Εισαγωγή

Η σύμβαση που αφορά την εκτέλεση των δημοσίων έργων διέπεται από ειδικές ρυθμίσεις που αποβλέπουν στη θεραπεία ειδικών σκοπών, όπως είναι, μεταξύ άλλων, η προάσπιση του δημοσίου χρήματος και η ταχεία περάτωση των έργων. Ως εκ τούτου, η εφαρμογή στις σχετικές διαφορές των γενικών αρχών του ΑΚ που αποβλέπουν σε γενικότερους σκοπούς ανέκαθεν υπήρξε προβληματική. Τελευταία όμως, το καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων παρουσιάζει τάση αυτονόμησης όχι μόνον από τις γενικές αρχές του αστικού δικαίου αλλά και από γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου (όπως λχ η απαίτηση ενημέρωσης του διοικούμενου για την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής που κρίθηκε ότι δεν ισχύει για τους εργοληπτες ΣτΕ 876/13 Ολ), καθώς επίσης και από «ειδικές αρχές» που είχαν παγιωθεί από τη νομολογία στο ίδιο το δίκαιο των δημοσίων έργων, όπως λχ η αρχή της μη δυνατότητας επανόδου της διοίκησης σε εγκεκριμένους λογαριασμούς. Περαιτέρω, το δίκαιο των συμβάσεων αυτονομείται και από διατάξεις της ειδικής νομοθεσίας που το διέπει, οι οποίες χαρακτηρίζονταν ως αναγκαστικού δικαίου, η δε ρύθμιση των σχετικών διαφορών επαφίεται όλο και πιο έντονα στη βούληση των μερών. Το σκληρό δίκαιο φαίνεται να υποχωρεί μπροστά στις συναινετικές διαδικασίες. Γεννάται λοιπόν το ερώτημα κατά πόσο μπορεί πλέον να γίνεται λόγος στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, για διατάξεις αναγκαστικού δικαίου και για γενικές αρχές.

Η δημόσια σύμβαση διέπεται κατ αρχήν από την διακήρυξη. Ζητήματα σχετικά με το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων εκδικάζονται από το Δ Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας, ενώ διαφορές που αναφύονται κατά το στάδιο της εκτέλεσης από το ΣΤ Τμήμα. Αυτή η διάσπαση είχε ως αποτέλεσμα τη διάσπαση και της νομολογίας των δυο Τμημάτων. Με την απόφαση όμως ΣτΕ 1667/2011 της Ολομέλειας οι διαφορές από τις δημόσιες συμβάσεις αντιμετωπίστηκαν με έναν ενιαίο τρόπο που φαίνεται να ξεκαθαρίζει τα πράγματα. Με αφορμή την απόφαση αυτή, θα εξετάσουμε αρχικά ποιες διατάξεις θεωρούνται από τα δικαστήρια ως αναγκαστικού δικαίου και με ποιες συνέπειες, θα παρουσιάσουμε στη συνέχεια τη ΣτΕ 1667/2011 Ολ και θα δούμε με ποιον τρόπο αυτή εφαρμόστηκε περαιτέρω από

τη νομολογία. Με την εν λόγω απόφαση τίθενται και ζητήματα αναιρετικού ελέγχου , ο οποίος έχει άλλωστε αποδυναμωθεί ,μετά την ισχύ του ν. 3900/2010 . Τέλος, θα επιχειρήσουμε τη συναγωγή κάποιων συμπερασμάτων σχετικά με το που οδηγεί η νομολογία αυτή και πως θα πρέπει να αντιμετωπίζονται από τους δικαστές της ουσίας τα ζητήματα που γεννώνται από τη σύγκρουση συμβατικών όρων και διατάξεων δημόσιας τάξης.

1) Οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου κατά τη νομολογία πριν από την ΣτΕ 1667/2011.

Πέρα από τις διατάξεις του ΑΚ που ενσωματώνουν γενικές αρχές και θεωρούνται ως δημόσιας τάξης, (αρθρ. ΑΚ 200,288,388 ,409 κα) συναντάμε στη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων ρυθμίσεις που χαρακτηρίζονται από τη νομολογία του ΑΠ και του ΣτΕ ως αναγκαστικού δικαίου.

Με ποια κριτήρια χαρακτηρίζει ο δικαστής κάποια διάταξη ως αναγκαστικού δικαίου? Όταν εξυπηρετεί όχι μόνον ιδιωτικά δικαιώματα αλλά και το δημόσιο συμφέρον . Τέτοιες είναι κατά τη νομολογία του Αρείου Πάγου,κυρίως διατάξεις που αφορούν την προστασία των εργαζόμενων και των αμοιβών τους. Στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων τα πράγματα είναι πιο ρευστά και δεν είναι πάντα εύκολο να διαγνωσθεί αν μια διάταξη εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον ή το ιδιωτικό συμφέρον ενός από τους συμβαλλόμενους. Εδώ οι συμβαλλόμενοι δεν είναι ίσοι, και επομένως , κατ αρχήν προέχει η προστασία του συμφέροντος του Δημοσίου το οποίο διαχειρίζεται δημόσιο ή και κοινοτικό χρήμα. Από την άλλη, ποια είναι η θέση του αναδόχου ? Στο σημείο αυτό αξίζει να αναφερθούμε στην πρόσφατη απόφαση **ΣτΕ 876/2013 Ολ.** γιατί θεωρούμε ότι η κρίση που διατυπώνει φωτίζει τη θέση του αναδόχου των δημοσίων έργων όπως την αντιλαμβάνεται ο διοικητικός δικαστής : Σύμφωνα λοιπόν με τη νομολογία (ΣτΕ 2892/1993 Ολομ., 3324/1998,1269/2004 ,2712/2005κα), όταν προβλέπεται ως προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης ενδίκου βοηθήματος η τήρηση ενδικοφανούς διαδικασίας , η Διοίκηση , εφαρμόζοντας τις αρχές της χρηστής διοίκησης ,έχει την υποχρέωση να ενημερώνει σχετικά τον ενδιαφερόμενο ,σε περίπτωση δε που παραλείψει την υποχρέωση της αυτή , ο διοικούμενος μπορεί κ αυτός παραδεκτώς να ασκήσει το ένδικο βοήθημα χωρίς να τηρήσει την ενδικοφανή διαδικασία. Η αρχή αυτή εφαρμοζόταν από τη νομολογία αδιακρίτως και στις υποθέσεις δημοσίων έργων. Όμως με την

προαναφερθείσα απόφαση 876/13 της Ολομ κρίθηκε ότι, ειδικά στις διαφορές από εκτέλεση δημοσίων έργων, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως επιβεβλημένη η ενημέρωση του αναδόχου από τη Διοίκηση, δεδομένου ότι από τις σχετικές διατάξεις του ν. 1418/84, δεν καταλείπεται καμία εύλογη αμφιβολία σχετικά με την υποχρεωτική τήρηση της σχετικής ενδικοφανούς διαδικασίας. Περαιτέρω, απαντώντας σε ισχυρισμό των αναδόχων ότι ενόψει των συνθηκών της υπόθεσης είχαν αμφιβολία για την ανάγκη τήρησης της διαδικασίας αυτής, η Ολομ. έκρινε ότι: “ δεν μπορεί ευλόγως να γίνει δεκτό ότι μια εργοληπτική επιχείρηση με σκοπό την κατασκευή δημοσίων έργων, η οποία, μετέχει σε διαγωνισμούς και έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος με βάση τις διατάξεις του ανωτέρω ν. 1418/1984, αγνοεί τις διατάξεις των άρθρων 12 και 13 του ισχύοντος από το 1984 νόμου αυτού, οι οποίες αφορούν τη δικαστική της προστασία επί διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο της εκτέλεσης του δημοσίου έργου». Έτσι, ο ανάδοχος φαίνεται να τίθεται σε μια μειονεκτική θέση σε σχέση τόσο με το Δημόσιο όσο και με άλλους ιδιώτες.

Θα μπορούσε κατόπιν αυτών να υποστηριχθεί ότι κάθε διάταξη που αποσκοπεί στην προστασία του αναδόχου αφορά ιδιωτικά δικαιώματα και δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως δημοσίας τάξης? Η νομολογία απαντά αρνητικά. Οι διατάξεις που αφορούν την αμοιβή του αναδόχου δεν αποβλέπουν μόνον στην εξασφάλιση του ιδίου, αλλά και στην αποτελεσματική και απρόσκοπτη εκτέλεση των έργων, δηλ, σε σκοπό που ενδιαφέρει τη δημόσια τάξη.

Α) Έτσι, έχει κριθεί ότι διατάξεις που ρυθμίζουν την αναθεώρηση των τιμών είναι δημοσίας τάξεως και ως εκ τούτου δεν επιτρέπεται να αποκλειστεί η εφαρμογή τους ακόμη και με τη συναίνεση των μερών. Περαιτέρω, σύμφωνα με την **ΣτΕ 1093/2005** οι εν λόγω διατάξεις μπορούν να ερμηνευθούν με συμπληρωματική εφαρμογή και των γενικών αρχών των αρθρ.200 και 288 ΑΚ. Η λύση αυτή είναι σύμφωνη με τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις που αφορούν την αναθεώρηση των τιμών γιατί έτσι εξυπηρετείται καλύτερα ο σκοπός της αναθεώρησης, προς προστασία όχι μόνον των συμβαλλομένων αλλά και του δημοσίου συμφέροντος. Χαρακτηριστική είναι όμως η γνώμη της μειοψηφίας στην παραπάνω απόφαση, κατά την οποία, το ζήτημα της αναθεώρησης ρυθμίζεται αποκλειστικά από τις σχετικές ειδικές διατάξεις και κατόπιν αυτού, όχι μόνον δεν είναι δυνατή η απόκλιση με όρους της σύμβασης, αλλά δεν υφίσταται καν έδαφος εφαρμογής των άρθρων του ΑΚ περί καλής πίστεως και συναλλακτικών ηθών.

Β) Εξάλλου, ως δημοσίας τάξης έχουν κριθεί από τη νομολογία και οι διατάξεις που αφορούν την εκτέλεση νέων εργασιών και τη σύνταξη ΠΚΤΜΝΕ . Έτσι, με τη **ΣτΕ 256/1999** κρίθηκε ότι ο ανάδοχος στρατιωτικών έργων **δεν** μπορεί να παραιτηθεί από την απαίτηση του για καθορισμό νέων τιμών για νέες εργασίες , γιατί οι σχετικές διατάξεις έχουν θεσπιστεί για την εξασφάλιση της απρόσκοπτης εκτέλεσης των έργων αυτών και αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση δημοσίου συμφέροντος.

Ο εκ των προτέρων αποκλεισμός των διατάξεων αυτών δεν είναι εξάλλου επιτρεπτός ούτε με πράξη του κυρίου του έργου.

Γ) Σύμφωνα τέλος, με την παλαιότερη νομολογία (**ΣτΕ 605/95, 2628/2004**) ,ως αναγκαστικού δικαίου θεωρούνται –χωρίς περαιτέρω αιτιολογίες- και οι διατάξεις που προβλέπουν τις κρατήσεις επί του εργολαβικού ανταλλάγματος και ως εκ τούτου κάθε συμφωνία περιλαμβανόμενη σε ρήτρα της ΕΣΥ, που θα απάλλαζε τον ανάδοχο ,η θα του επέτρεπε να διαπραγματευθεί με διαφορετικό τρόπο το ζήτημα των κρατήσεων θα ήταν άκυρη. Η ερμηνεία των διατάξεων αυτών, οδήγησε άλλωστε ,στην απόφαση της ολομ. του ΣτΕ που θα μας απασχολήσει στη συνέχεια.

2.Η απόφαση ΣτΕ 1667/2011 Ολ και τα ζητήματα που θέτει

Η απόφαση (ΣτΕ 1667/2011 Ολ.) ξεκίνησε από το ερώτημα κατά πόσο μπορεί να προσδιοριστεί η αμοιβή του μελετητή δημοσίου έργου (μετά την αφαίρεση των κρατήσεων και εκπτώσεων) με συμφωνία των μερών, κατά παρέκκλιση από τις εφαρμοστέες νομοθετικές διατάξεις . Ειδικότερα η διαφορά ανέκυψε από την πληρωμή μελέτης για το νέο κτίριο του αεροδρομίου Μακεδονία. Σύμφωνα με την εκδήλωση ενδιαφέροντος (διακήρυξη) , η χρηματοδότηση της μελέτης θα γινόταν

από τον τακτικό προϋπολογισμό, υποκείμενη στις σχετικές **κρατήσεις**._Εξάλλου σύμφωνα με όρο της ΕΣΥ «*Η αμοιβή του μελετητή υπόκειται σε έκπτωση υπέρ του Δημοσίου σύμφωνα με την ΚΥΑ α, όπως αυτή τροποποιήθηκε με την ΚΥΑ β*» Η ΚΥΑ αυτή σημειωτέον διέκρινε δυο περιπτώσεις : η πρώτη παραγρ. αφορούσε τις εκπτώσεις των έργων του τακτικού προϋπολογισμού, ενώ η δεύτερη παραγρ.,(η οποία και μόνον τροποποιήθηκε με την ΚΥΑ β), τις μεγαλύτερες εκπτώσεις των έργων Δημοσίων Επενδύσεων. Το Δικασαν Διοικ. Εφετείο ερμηνεύοντας τον παραπάνω όρο της ΕΣΥ , έκρινε ότι κατά τη βούληση των μερών , η αμοιβή του μελετητή θα υπέκειτο τόσο στις υψηλές κρατήσεις των έργων του τακτικού προϋπολογισμού όσο και στις υψηλές εκπτώσεις των έργων που χρηματοδοτούνται όχι από τον τακτικό προϋπολογισμό, αλλά από τον προϋπολογισμό Δημοσίων Επενδύσεων, σύμφωνα με την ως άνω ΚΥΑ. Ο ανάδοχος ο οποίος έτσι βρέθηκε στη δυσάρεστη θέση να υπόκειται και στις υψηλές κρατήσεις και στις υψηλές εκπτώσεις ,άσκησε αίτηση αναιρέσεως ισχυριζόμενος ότι η ΕΣΥ δεν μπορεί να αποκλίνει από το νόμο που ορίζει τις κρατήσεις και εκπτώσεις για κάθε κατηγορία έργου. Το Τμήμα (ΣτΕ 2193/2009) , ακολουθώντας τη νομολογία που αναφέραμε παραπάνω , έκρινε ότι διατάξεις που ρυθμίζουν τις κρατήσεις και τις εκπτώσεις είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες, κάθε δε αντίθετη ρήτρα της σύμβασης ή της ΕΣΥ ως προς το ζήτημα αυτό, είναι άκυρη. Στη συνέχεια όμως βρέθηκε σε αμηχανία ως προς τον έλεγχο της σχετικής κρίσης του Διοικ. Εφετείου και παρέπεμψε το ζήτημα στην Ολομ.

Η Ολομ.(υπό την επήρεια της νομολογία του Δ Τμήματος που αφορά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, και σκοπεί πρωτίστως στην προστασία του ανταγωνισμού),ταύτισε το ζήτημα της δυνατότητας παρέκκλισης από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου με το ζήτημα της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του αναδόχου στη διαγωνιστική διαδικασία και έκρινε τα εξής:

“Επειδή, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης,.... Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου όπως σε κανόνες του

συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου (ΣτΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) **ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας.** Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπόδισης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, ισχύει κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης. ... (διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60).

Περαιτέρω με την απόφαση αυτή της Ολ. κρίθηκαν , ως προς το ζήτημα του αναιρετικού ελέγχου , τα εξής:

“Όταν μία σύμβαση παραπέμπει ως προς ορισμένο θέμα σε κανονιστική ρύθμιση η οποία ρυθμίζει περισσότερες περιπτώσεις με διαφορετικό τρόπο ... η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας ως προς την έννοια της συμβατικής αυτής ρήτρας παραπομπής, δηλαδή ως προς ποια είναι η εφαρμοστέα, κατά τη βούληση των συμβαλλόμενων μερών, ρύθμιση ..., αποτελεί ουσιαστική εκτίμηση συμβατικού όρου, η ορθότητα της οποίας, δεν ελέγχεται αναιρετικώς, ει μη μόνον από πλευράς αιτιολογίας της δικαστικής κρίσεως. Περαιτέρω, εάν μεν, κατά την εκτίμηση του δικαστηρίου της ουσίας , βούληση των συμβαλλομένων μερών είναι η εφαρμογή των διατάξεων του νόμου ως έχουν, δηλαδή σύμφωνα με τις περιεχόμενες στις διατάξεις διακρίσεις και με τη συνδρομή των προβλεπόμενων προϋποθέσεων εφαρμογής κατά περίπτωση, τότε η ορθότητα της δοθείσης από το δικαστήριο της ουσίας ερμηνείας των κατά παραπομπή εφαρμοστέων διατάξεων του νόμου ελέγχεται πλήρως κατά την ορθότητά της από τον αναιρετικό δικαστή, με κριτήριο την αληθή έννοια του νόμου. Εάν, όμως, κ., ο σχετικός συμβατικός όρος έχει την έννοια ότι η ρύθμιση στην οποία γίνεται παραπομπή εφαρμόζεται κατά την βούληση των μερών εν πάση περιπτώσει, τότε η εν λόγω ρύθμιση αποσπώμενη από τις διατάξεις του νόμου αποτελεί πλέον συμβατικό όρο και προσλαμβάνει ως εκ τούτου την έννοια που της αποδίδουν οι συμβαλλόμενοι,

ανεξαρτήτως εάν συντρέχουν οι κατά το νόμο προϋποθέσεις εφαρμογής της. Η δε κρίση του δικαστηρίου της ουσίας ως προς την έννοια αυτή του συμβατικού όρου, ως κρίση πραγμάτων, δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο, ει μη μόνον από πλευράς αιτιολογίας.”

Στη συνέχεια η υπόθεση επέστρεψε στο Τμήμα το οποίο με τη **ΣτΕ 2983/2012** έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι η απόφαση του ΔΕ ήταν επαρκώς αιτιολογημένη ως προς την έννοια της παραπομπής της ΕΣΥ σε συγκεκριμένη διάταξη της ΚΥΑ, η ερμηνεία της οποίας δεν μπορούσε κατόπιν αυτού να ελεγχθεί αναιρετικά. Κατά τη γνώμη της μειοψηφίας εξάλλου, η σχετική κρίση δεν ήταν επαρκώς αιτιολογημένη.

Τα ζητήματα που θέτει η απόφαση αυτή γεννώνται κυρίως από την απόλυτη διατύπωση της αποστροφής «ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί της σύμβασης αντίκεινται-σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς- σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως τους κανόνες του Συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου η αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας.» Θα δούμε στη συνέχεια τον τρόπο με τον οποίο η νομολογία που ακολούθησε την εν λόγω ολομ. αντιμετώπισε το ζήτημα.

3) Η νομολογία μετά την ΣτΕ 1667/2011 Ολ

Η κρίση της παραπάνω απόφασης, επικυρώθηκε στη συνέχεια με σειρά αποφάσεων του ΣτΕ. Αναφέρουμε χαρακτηριστικά τις

ΣτΕ 2501/13 Ο ανάδοχος ισχυρίστηκε ότι όρος της Τεχνικής Περιγραφής που περιορίζει την ευθύνη του Δημοσίου παραβιάζει την δημοσιας τάξης διάταξη του αρθρ.332 ΑΚ (το οποίο απαγορεύει τον περιορισμό της ευθύνης από δόλο και βαρεία αμέλεια) και είναι αντίθετος τόσο στην ΕΣΔΑ όσο και στο Σύνταγμα(4 παρ.1). Ο λόγος απορρίφθηκε κατ επίκληση της ανωτέρω νομολογίας.

ΣτΕ 1078/14 Έγκυρη τη συμβατική ρήτρα που καθορίζει την προσαύξηση αμοιβής μελετητή κατά παρέκκλιση από διάταξη αναγκαστικού δικαίου.

ΣτΕ 271/18 Απορριπτέος λόγος ότι όρος περί καταβολής κρατήσεων σε έργο του ΝΑΤΟ παραβιάζει διεθνή σύμβαση που υπερισχύει κάθε αντίθετης διατάξεως σύμφωνα με την οποία τα έργα του ΝΑΤΟ απαλλάσσονται από κρατήσεις . με επαρκή αιτιολογία έκρινε το Διοκ, Εφετείο ότι κατά την έννοια του συμβατικού όρου ο ανάδοχος βαρύνεται με κρατήσεις, ανεξαρτήτως αν σύμφωνα με άλλες διατάξεις ο κύριος του έργου απαλλάσσεται από τις κρατήσεις.

Με την **ΣτΕ 3669/2015** εξάλλου, επισημάνθηκε το αυτονόητο, ότι δηλ. ο αποκλίνων όρος πρέπει πράγματι να προβλέπεται στη διακήρυξη . Ειδικότερα, κρίθηκε ότι ναι μεν οι συμβατικοί όροι υπερισχύουν κάθε αντίθετης νομοθετικής πρόβλεψης, τούτο όμως αφορά μόνον όρους που υπήρχαν στη διακήρυξη και δεν τέθηκαν το πρώτον με τη σύμβαση , με τη σκέψη δε αυτή το Δικαστήριο δικαίωσε τον ανάδοχο που ισχυρίστηκε ότι ρήτρα περί πρόσθετης παροχής δεν προβλεπόταν στην διακήρυξη.

Προσπάθεια μετριασμού της απόλυτης απαγόρευσης αμφισβήτησης συμβατικού όρου , επιχειρήθηκε εξάλλου με τη

ΣτΕ 4553/12 Ο ανάδοχος ισχυρίστηκε ότι όρος της διακήρυξης περί αποκλεισμού της αναθεωρήσεως ήταν μη νόμιμος .**Το ΣτΕ** επανέλαβε παλαιότερη νομολογία σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις περί αναθεωρήσεως είναι μεν αναγκαστικού δικαίου ,αφού εξυπηρετούν όχι μόνον το ιδιωτικό αλλά και το δημόσιο συμφέρον (ΣτΕ 1093/05 κα), πλην ειδικά στο σύστημα μελέτης/κατασκευής είναι ανεκτή, ενόψει και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του αναδόχου, η μη εφαρμογή τους. (εδώ βλέπουμε ότι η Ολ. δεν εφαρμόστηκε άνευ ετέρου, αλλά ειδικά στο σύστημα μελέτης/κατασκευής .Μένει άρα ανοιχτό ποια θα ήταν η κρίση του ΣτΕ αν είχαμε διαφορετικό σύστημα δημοπράτησης)

Το ζήτημα τέθηκε και σε περιπτώσεις που ο ανάδοχος ισχυρίστηκε ότι υπήρξε θύμα πλάνης.

ΣτΕ 2137/12 Ο ανάδοχος ισχυρίστηκε ότι οι τιμές με τις οποίες δημοπρατήθηκε το έργο ήταν πολύ χαμηλότερες των τιμών της εγκεκριμένης μελέτης εφαρμογής και ζήτησε την ακύρωση της σύμβασης λόγω απατηλής παραπλάνησης του , προβάλλοντας περαιτέρω ότι η συμπεριφορά της διοίκησης συνιστά προσυμβατικό πταίσμα κατά την έννοια των αρθρ. 197 και 198 ΑΚ. Το ΣτΕ αφού επανέλαβε την παραπάνω μείζονα έκρινε ότι η ανάδοχος μετά την υπογραφή της σύμβασης δεν

μπορούσε να επικαλεστεί ασυμφωνία όρων της διακήρυξης προς αντίστοιχες προβλέψεις της μελέτης, ούτε εσφαλμένη γνώση της πραγματικότητας. Κατά τη γνώμη όμως της μειοψηφίας η παραπάνω απαγόρευση κάμπτεται σε περίπτωση που ο ανάδοχος ισχυρίζεται ότι παραπλανήθηκε με υπαιτιότητα της Διοικήσεως. Σε παρεμφερή υπόθεση κρίθηκε **ΣτΕ 582/2013** ότι η ανάδοχος που συμπλήρωσε ή ίδια τις τιμές με το σύστημα της ελεύθερης συμπλήρωσης του τιμολογίου ,αφού έλαβε γνώση όλων των όρων της διακήρυξης , δεν μπορούσε να επικαλεστεί ότι οι τιμές δεν είχαν επικαιροποιηθεί και ότι είχε πλανηθεί ως προς αυτό . Κατά τη μειοψηφία που διατυπώθηκε και στην υπόθεση αυτή , ο ανάδοχος δεσμεύεται μεν κατ αρχήν από τους όρους της διακήρυξης , πλην η δέσμευση αποδυναμώνεται όταν :α) υπάρχει πταίσμα του κυρίου του έργου κατά τις διαπραγματεύσεις, όπως όταν οι όροι της διακήρυξης δεν είναι σαφείς και, β)όταν λόγω απρόβλεπτων για τον επιμελή ανάδοχο μεταβολών, η εκτέλεση της σύμβασης καθίσταται υπέρμετρα επαχθής γι αυτόν.

Τέλος, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει ο χειρισμός του ζητήματος που επιχειρήθηκε με την **ΣτΕ 2388/2014** της 7μελ σύνθεσης, χειρισμός που οδηγεί κατ' αποτέλεσμα σε παραμερισμό συμβατικού όρου . Με την απόφαση αυτή κρίθηκε κατ αρχήν, ότι το αρθρ. 409 ΑΚ (δυνατότητα μείωσης από το δικαστήριο υπέρμετρης ποινής) ως αποδίδον γενική αρχή είναι αναλόγως εφαρμοστέο και επί των διοικητικών συμβάσεων. Περαιτέρω, κρίθηκε ότι ενόψει της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του αναδόχου στο διαγωνισμό δεν ήταν μεν δυνατή η αμφισβήτηση εκ μέρους του, όρου της σύμβασεως περί ποινικής ρήτρας , ούτε και το δικαστήριο μπορούσε να αναδιαρθρώσει γενικά το κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασεως, όφειλε όμως το τελευταίο να εξετάσει αν ενόψει των ειδικών συνθηκών της υπόθεσης και των ισχυρισμών του αναδόχου, συνέτρεχαν στη συγκεκριμένη περίπτωση οι προϋποθέσεις εφαρμογής του αρθρ. 409, και σε καταφατική περίπτωση όφειλε να παρέμβει διορθωτικά και να μειώσει το ύψος της ποινικής ρήτρας .

Συμπεράσματα

Συνοψίζοντας τα παραπάνω, θεωρούμε κατ αρχήν θετική τη σύνδεση του σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας με το μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης, και την επιβεβαίωση από την Ολομέλεια, της αρχής ότι η αδυναμία παρεμπίπτουσας αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, ισχύει και

στα δυο στάδια . Σύμφωνα λοιπόν με τη νομολογία όπως έχει διαμορφωθεί, ο ανάδοχος δεν μπορεί να ισχυριστεί στα πλαίσια διαφοράς που ανέκυψε κατά την εκτέλεση του έργου, ότι όρος της διακήρυξης που περιελήφθη στη σύμβαση την οποία ο ίδιος υπέγραψε, είναι αντίθετος σε διάταξη αναγκαστικού δικαίου. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι ο ανάδοχος στερείται κάθε προστασίας ή ότι ο δικαστής θα μένει πάντοτε αμέτοχος. Όπως φαίνεται από τις αποφάσεις που αναφέραμε παραπάνω, οι αρχές της προστασίας του ανταγωνισμού και της ισότητας των διαγωνιζομένων δεν παραβιάζονται στις περιπτώσεις που κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης ανακύψουν ζητήματα, τα οποία δεν θα μπορούσαν να διαγνωσθούν κατά την υπογραφή της σύμβασης και τα οποία ανάγονται στη συνδρομή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, των προϋποθέσεων ισχύος όρου που τέθηκε στη σύμβαση. Στο στάδιο αυτό ο δικαστής μπορεί να παρέμβει και με συνετή χρήση των γενικών αρχών, να οδηγήσει τη σύμβαση σε λύσεις που προστατεύουν το δημόσιο συμφέρον. Για παράδειγμα στην υπόθεση που απασχόλησε την ΣτΕ 2388/2014 την οποία ήδη αναφέραμε, είχε καθοριστεί ποινική ρήτρα μεγάλου ύψους για την περίπτωση που το ποσοστό διαθεσιμότητας ορισμένων τμημάτων του μηχανογραφικού συστήματος που αφορούσε η σύμβαση(προμήθειας κ συντήρησης μηχανημάτων για την έκδοση διαβατηρίων της Αστυνομίας) θα έπεφτε κάτω από 99,50%. Η ανάδοχος ισχυρίστηκε ότι η πτώση σε 99,17 που προέκυψε στη συνέχεια και η οποία επέφερε την κατάπτωση της ποινικής ρήτρας δεν οφειλόταν σε δική της υπαιτιότητα και κατόπιν αυτού ζήτησε την επέμβαση του δικαστηρίου. Το Διοικ. Εφετείο απέρριψε όλους τους ισχυρισμούς της με την αιτιολογία η επιβολή της ποινικής ρήτρας ήταν όρος της σύμβασης. Το ΣτΕ αναίρεσε την απόφαση αυτή και έκρινε ότι το δικαστήριο όφειλε να εξετάσει αν κατά την εφαρμογή του όρου αυτού στη συγκεκριμένη περίπτωση, ανέκυψε ανάγκη μείωσης της ρήτρας σύμφωνα με τη γενική αρχή του άρθρου 409 ΑΚ.

Ομοίως, μπορεί να υποστηριχθεί ότι ο κανόνας της αδυναμίας επίκλησης ακυρότητας συμβατικού όρου μπορεί να κάμπτεται και στις περιπτώσεις που επεσήμανε η μειοψηφία στις προαναφερθείσες αποφάσεις, όταν δηλ. ο δικαστής κρίνει ότι πράγματι οι όροι της διακήρυξης δεν ήταν σαφείς, η ασάφεια δε αυτή εκδηλώθηκε κατά την εκτέλεση της σύμβασης και δεν μπορούσε να διαγνωσθεί σε προηγούμενο στάδιο, όπως και όταν λόγω απρόβλεπτων μεταβολών, η εκτέλεση της σύμβασης καθίσταται υπέρμετρα επαχθής ακόμη και για τον πιο επιμελή ανάδοχο. Τούτο δε με το δεδομένο ότι ο αντισυμβαλλόμενος εργολήπτης αντιμετωπίζεται από

τη νομολογία ως ειδική κατηγορία διοικούμενου , στον οποίο , λόγω ειδικών γνώσεων και δυνατοτήτων , αναγνωρίζονται λιγότερα δικαιώματα από τον μέσο συναλλασσόμενο ενώ απαιτείται υψηλότερος βαθμός επιμέλειας.

Εξάλλου, το δικαστήριο της ουσίας διαθέτει ευρεία ευχέρεια κατά την ερμηνεία των αμφισβητούμενων συμβατικών όρων. Στο σημείο αυτό μάλιστα εντοπίζεται κατά τη γνώμη μας , η εξουσία αλλά και η ευθύνη του δικαστή της σύμβασης ο οποίος καλείται να κρίνει με πλήρη αιτιολογία τη σχέση του νόμου με τη συμβατική ρήτρα. Μια σύμφωνη με το νόμο ερμηνεία των όρων της σύμβασης μπορεί να αποδειχθεί σοφή. Με δεδομένο μάλιστα το φίλτρο που ισχύει πλέον στην αναίρεση μετά το ν. 3900/2010, και περιορίζει την επικοινωνία και το διάλογο μεταξύ ΣτΕ και διοικητικών δικαστηρίων, η ευθύνη των διοικητικών εφετείων που καλούνται πράγματι να κρίνουν τελειωτικά τις σχετικές διαφορές, καθίσταται ακόμη μεγαλύτερη.