

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

I. ΔΕΔΟΜΕΝΑ

Ο Δήμος Παύλου Μελά έθεσε υπόψη μου την από 27.12.2007 Σύμβαση παραχώρησης χρήσης κοινοχρήστων χώρων που συνήφθη μεταξύ αυτού και της εταιρίας με την επωνυμία «ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε.» για την τοποθέτηση στεγάστρων με σκοπό την προβολή υπαίθριας διαφήμισης. Η εν λόγω Σύμβαση υπεγράφη σε εκτέλεση της υπ' αριθμ. 697/08.11.2007 απόφασης της Δημορχιακής Επιτροπής με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διενεργηθέντος στις 31.10.2007 δημόσιου πλειοδοτικού διαγωνισμού στην ως άνω πλειοδότητρια εταιρία και της παραχωρήθηκε το δικαίωμα πενταετούς χρήσης (και συγκεκριμένα από τις 28.03.2008 έως και τις 28.03.2013) εξήντα πέντε (65) συνολικά κοινοχρήστων χώρων για ισάριθμα πλαίσια και στέγαστρα και για την εκμετάλλευση των επ' αυτών τοποθετούμενων διαφημίσεων, με τους ειδικότερους όρους και συμφωνίες που διαλαμβάνονται σ' αυτήν (εννοείται την από 27.12.2007 Σύμβαση).

Προϊόντος όμως του χρόνου διαμορφώθηκαν νέα πραγματικά και νομικά δεδομένα στο χώρο της υπαίθριας διαφήμισης που επηρέασαν την εύρυθμη λειτουργία της εν λόγω Σύμβασης. Ήδη από τα τέλη του 2008 η διεθνής και εγχώρια οικονομική κρίση επηρέασε επί τα χείρω όλα τα οικονομικά δεδομένα και άλλαξε σημαντικά την πολιτική και τους διατιθέμενους προϋπολογισμούς διαφήμισης των διαφόρων καταναλωτικών προϊόντων καταφέροντας καίριο πλήγμα στο σύνολο των διαφημιστικών εταιριών. Η κατάσταση στο χώρο της υπαίθριας διαφήμισης βαίνει επιδεινούμενη και λόγω της εφαρμογής της κυβερνητικής πολιτικής, η οποία με ερμηνευτικές εγκυκλίους του ΥΠΕΣ μετέβαλε άρδην το καθεστώς της υπαίθριας διαφήμισης, το οποίο – κατά την τελευταία, τουλάχιστον, τριετία – βρίσκεται σε στάδιο απαγορεύσεων και νέων εξελίξεων, με αποτέλεσμα να καθίσταται πρακτικά αδύνατη η εύρυθμη και νομότυπη λειτουργία της υπαίθριας διαφήμισης.

Η πρόσφατη νομολογιακή εναρμόνιση των ισχυουσών διατάξεων για τη διενέργεια υπαίθριας διαφήμισης με τη Σύμβαση της Βιέννης, η υπ' αριθμ. 4422/Εγκ.9/2009 Εγκύκλιος του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου (σε συνέχεια της υπ' αριθμ. 553/Εγκ.3/2008 Εγκυκλίου) σύμφωνα με την οποία η τοποθέτηση παράνομων υπαίθριων διαφημιστικών πλασιών λογίζεται διαρκές έγκλημα και συνεπάγεται την εφαρμογή της αυτόφωρης διαδικασίας, αλλά και οι ειδικότεροι όροι και προϋποθέσεις που καθορίστηκαν από τον Οργανισμό Αστικών Συγκοινωνιών και από τις Οδηγίες Σχεδιασμού του ΥΠΕΚΑ για την αυτόνομη διακίνηση των πεζών και των ατόμων με αναπηρία (βλ. Υ.Α. υπ' αριθμ. 52907 σε ΕτΚ φύλλο 2621/31.12.2009) καθιστούν επιτακτική την επανεξέταση των διατιθέμενων από την ως άνω Σύμβαση κοινοχρήστων χώρων, καθώς καθίσταται μάλλον βέβαιο ότι – με τα νέα δεδομένα – οι περισσότεροι εξ αυτών έπαψαν πλέον να πληρούν τις εκ του νόμου τασσόμενες ελάχιστες προϋποθέσεις νομιμότητάς τους.

Το εν λόγω πρόβλημα γνωστοποίησε η εταιρία «ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε.» στον αντισυμβαλλόμενο Δήμο – όπως προκύπτει από τη σχετική αλληλογραφία – δηλώνοντας την αδυναμία της να εκπληρώσει στο ακέραιο τους όρους της προκείμενης Συμβάσεως και αιτούμενη την εξεύρεση κοινά αποδεκτής λύσης που θα μπορούσε να συνίσταται είτε στην τροποποίηση των όρων των Συμβάσεως είτε ακόμα και σε λύση αυτής.

II. ΕΡΩΤΗΜΑ

Κατόπιν τούτων, ο Δήμος Παύλου Μελά ερωτά αν υπάρχει δυνατότητα ή μη λύσης της από 27.12.2007 Σύμβασης παραχώρησης της χρήσης κοινοχρήστων χώρων για την τοποθέτηση στεγάστρων με σκοπό την προβολή υπαίθριας διαφήμισης που συνήφθη μεταξύ αυτού και της εταιρίας με την επωνυμία «ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε.» για το τελευταίο έτος της (ήτοι από 28.03.2012 και εφεξής).

III. ΑΠΑΝΤΗΣΗ

Η γνώμη μου επί του τεθέντος ερωτήματος είναι η ακόλουθη, ερειζόμενη στη συνδυασμένη ερμηνεία του κειμένου της Συμβάσεως, των ισχυουσών νομοθετικών διατάξεων, καθώς και των αρχών και κανόνων δικαίου που δέον όπως τύχουν εφαρμογής εν προκειμένω για τη βέλτιστη δυνατή αντιμετώπιση της διαμορφωθείσας κατάστασης.

A. Η φύση της από 27.12.2007 Συμβάσεως ως διοικητικής τοιαύτης

Η δράση του Κράτους και των λοιπών ΝΠΔΔ εκδηλώνεται μέσα από νομικές πράξεις και υλικές ενέργειες. Ειδικότερα, οι νομικές πράξεις των οργάνων των δημοσίων νομικών προσώπων διακρίνονται σε δύο βασικά είδη, με κριτήριο τον τρόπο με τον οποίο επέρχονται τα έννομα αποτελέσματά τους: Αφενός σε διοικητικές πράξεις, με τις οποίες θεσμοθετείται μονομερώς ένας κανόνας δικαίου, και, αφετέρου, σε συμβάσεις, οι οποίες καταρτίζονται επί τη βάσει της νομικής ισοτιμίας της βούλησης και της συμβατικής ελευθερίας των συμβαλλόμενων μερών.

Εν γένει, Σύμβαση είναι η νομική πράξη η οποία καταρτίζεται μεταξύ δύο ή περισσότερων προσώπων (των συμβαλλομένων) με τη σύμπτωση της δήλωσης της βούλησής τους (δηλαδή με συμφωνία ή ομοφωνία της βούλησής τους) και έχει ως αντικείμενο τη δημιουργία μιας νομικής κατάστασης (και ειδικότερα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων), που αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση των συμφερόντων και στην πραγματοποίηση των σκοπών τους οποίους επιδιώκει κάθε συμβαλλόμενος. Τα

συμφέροντα και οι σκοποί αυτοί είναι δυνατό να είναι κοινοί ή να διαφέρουν, χωρίς αναγκαίως να αντιτίθενται¹.

Στα πλαίσια αυτά, το Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ έχουν την ευχέρεια να προβαίνουν, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν οι κείμενες διατάξεις του νόμου, στη σύναψη συμβάσεων είτε με άλλα δημόσια νομικά πρόσωπα είτε με ιδιώτες, φυσικά ή νομικά πρόσωπα, με σκοπό την άμεση ή έμμεση εξυπηρέτηση συγκεκριμένων σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Από την πλευρά του ο αντισυμβαλλόμενος του Δημοσίου ιδιώτης αποβλέπει καταρχήν στην εξυπηρέτηση των ατομικών του συμφερόντων, και όταν πρόκειται για νομικό πρόσωπο, των συμφερόντων των φυσικών προσώπων, στα οποία διανέμονται τα κέρδη και, σε περίπτωση διάλυσης, η περιουσία του νομικού προσώπου.

Περαιτέρω, οι διοικητικές συμβάσεις αποτελούν αμφοτεροβαρείς δικαιοπραξίες του δημοσίου δικαίου και όχι συνήθεις όμοιες του ιδιωτικού δικαίου². Ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως διοικητικής έχει ιδιαίτερη σημασία για το εφαρμοστέο δίκαιο στις τυχόν διαφορές που θα προκύψουν από την εφαρμογή της.

Για να χαρακτηριστεί μια σύμβαση ως διοικητική γίνεται δεκτό ότι πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά τρία βασικά γνωρίσματα ή κριτήρια:

α) Η έννομη σχέση της σύμβασης να ρυθμίζεται από διατάξεις του δημοσίου δικαίου, δηλαδή να μετέχει σ' αυτήν η δημόσια διοίκηση με υπερέχουσα θέση απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο και η εν λόγω σύμβαση να υπόκειται σε αποκλίσεις από τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου, δηλαδή σε μονομερείς ρυθμίσεις από τη δημόσια διοίκηση. Με άλλες λέξεις, να διέπεται από «εξαιρετικό νομικό καθεστώς» (ΣτΕ 4617/1988, 2336/1993) ή να περιλαμβάνει ρήτρες που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο (ΑΕΔ 10/1992) ή να έχει «διοικητικό χαρακτήρα»³. Το εξαιρετικό αυτό καθεστώς υπέρ του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου πρέπει να προκύπτει είτε απευθείας από διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας είτε από όρους της σύμβασης, οι οποίοι πρέπει να είναι δυνατόν να περιληφθούν στη σύμβαση βάσει της σχετικής νομοθεσίας⁴.

β) Το ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη να είναι το Κράτος ή άλλο ΝΠΔΔ ή να καταρτίζεται η σύμβαση για λογαριασμό αυτών.

γ) Το αντικείμενο της σύμβασης να έχει σχέση με την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας με λειτουργική έννοια ή να εξυπηρετεί δημόσιο σκοπό που καθορίζεται από τις σχετικές διατάξεις.

Σε κάθε περίπτωση, όμως, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η υπεροχή της δημόσιας διοίκησης δεν εξαλείφει τα θεμελιώδη γνωρίσματα της συμβατικής

¹ Επ. Σπηλιωτόπουλου, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2005, σελ. 198-199.

² Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, εκδόσεις Σάκκουλα 2008, σελ. 755.

³ Τάχος, *ό.π.*, σελ.756.

⁴ Επ. Σπηλιωτόπουλου, *ό.π.*, σελ.202.

σχέσης και κατά το ιδιωτικό δίκαιο (άρθρο 361 ΑΚ). Διότι η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης, της δεσμευτικής δύναμης (*pacta sunt servanda*) και της σχετικότητας αυτών (που δεσμεύουν, κατ' αρχήν, τα αντισυμβαλλόμενα μέρη), δεν αγνοούνται από το δίκαιο των διοικητικών συμβάσεων · ο αντισυμβαλλόμενος με τη δημόσια διοίκηση ιδιώτης εκούσια, κατ' ελεύθερη βούληση, δέχεται να μετάσχει στη σύμβαση δημόσιου δικαίου. Εξάλλου, το γεγονός ότι η δημόσια διοίκηση υπερέχει στη συμβατική σχέση δεν μπορεί να αποχαρακτηρίσει τη σύμβαση. Διότι και στο ιδιωτικό δίκαιο αναγνωρίζονται παρόμοιες συμβατικές σχέσεις, υπό τη μορφή των «συμβάσεων προσχώρησης» ή «αναγκαστικών συμβάσεων». Τέλος, η υπεροχή της δημόσιας διοίκησης στην έννομη σχέση της σύμβασης δημόσιου δικαίου, δεν αναιρεί την αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης, διότι και κατά τη διάταξη του άρθρου 3 ΑΚ *«Η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή κανόνων δημόσιας τάξης»*. Αλλά κανόνες δημόσιας τάξης είναι κατεξοχήν οι κανόνες του διοικητικού δικαίου⁵.

Σε ό,τι αφορά, ειδικότερα, την προκείμενη από 27.12.2007 Σύμβαση επισημαίνονται και τα ακόλουθα: Στο άρθρο 22 ΚΚΔ ορίζεται ότι *«Η διοικητική σύμβαση υποβάλλεται στον έγγραφο τύπο, εκτός αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά...»* και κατά τη διάταξη του άρθρου 192 του ισχύοντος Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα *«Η εκμίσθωση των ακινήτων των Δήμων γίνεται με δημοπρασία»*. Περαιτέρω, στο άρθρο 3 του π.δ. 270/1981 *«Περί καθορισμού των οργάνων, της διαδικασίας και των όρων διενέργειας δημοπρασιών δι' εκποίησης ή εκμίσθωσης πραγμάτων των δήμων και κοινοτήτων»* (ΦΕΚ Α' 77) ορίζεται ότι *«η πρώτη δημοπρασία γνωστοποιείται δια διακηρύξεως...»*. Η προκείμενη διακήρυξη – όπως προκύπτει από το προοίμιό της – έχει εκδοθεί κατ' επίκληση των διατάξεων των άρθρων του π.δ. 270/1981, του άρθρου 253 του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα, των διατάξεων των άρθρων του ν.2946/2001 *«Υπαίθρια Διαφήμιση, Συμπολιτείες Δήμων και Κοινοτήτων και άλλες διατάξεις»* (ΦΕΚ Α' 224), αποσκοπούσε δε στη σύναψη σύμβασης με την οποία επρόκειτο να παραχωρηθούν ιδιαίτερα δικαιώματα επί κοινοχρήστων χώρων για την προβολή υπαίθριας διαφήμισης. Με άλλα λόγια, η εκδιδόμενη προ της καταρτίσεως της μισθωτικής σύμβασης πράξη για την εκμίσθωση των αναφερόμενων σ' αυτήν κοινοχρήστων χώρων δεν φέρει το χαρακτήρα πράξεως διαχειρίσεως ιδιωτικής περιουσίας του Δήμου, αλλά αφορά στην εξυπηρέτηση λόγων δημοσίου συμφέροντος. Ακολούθως, η ρύθμιση με την από 27.12.2007 καταρτισθείσα Σύμβαση του τρόπου άσκησης του διαφημιστικού έργου στους χώρους που παραχωρήθηκαν, συνιστά ρύθμιση του τρόπου άσκησης του δικαιώματος ελεύθερης έκφρασης στο πεδίο της διαφήμισης, η οποία ασκείται σε υπαίθριους και δη κοινόχρηστους χώρους, ενώ, εξάλλου, η υπαγωγή της υπαίθριας διαφήμισης σε κανόνες και διαδικασίες – μέρος των οποίων αποτελεί και η κατόπιν δημοπρασίας, βάσει ειδικών όρων, παραχώρηση κοινοχρήστων χώρων –

⁵ Τάχος, ό.π., σελ. 757-758.

εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον από την άποψη της προστασίας των χώρων όπου απαγορεύεται η άσκηση διαφημιστικού έργου, καθώς και της ασφάλειας κατά την κυκλοφορία πεζών και οχημάτων (ΣτΕ 2665/1997, 3146/1998, 4145/2001, 814/2002). Απ' όλα τα ανωτέρω – και δοθέντος ότι η από 27.12.2007 Σύμβαση φέρει τα γνωρίσματα υπό στοιχεία [α], [β] και [γ] – ευχερώς συνάγεται ότι αποτελεί, αναντίρρητα, Διοικητική Σύμβαση, και δέον όπως αντιμετωπιστεί ως τέτοια κατά την περαιτέρω εξέταση του ανακύψαντος ζητήματος.

Β. Κανόνες που διέπουν την εκτέλεση και τη λύση της Διοικητικής Σύμβασης

Η φύση της διοικητικής σύμβασης ως μέσου άσκησης της δραστηριότητας της δημόσιας διοίκησης για την επιδίωξη του δημοσίου συμφέροντος επιβάλλει την εφαρμογή ορισμένων γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου και ειδικών κανόνων σχετικών με την εκτέλεση και τη λύση των διοικητικών συμβάσεων. Και εφόσον η εξέλιξη των συμβατικών σχέσεων είναι ομαλή και η εκτέλεση της σύμβασης κανονική, δεν υπάρχει πρόβλημα. Δεν αποκλείεται όμως να ανακύψει πρόβλημα κατά την εκτέλεση της σύμβασης – όπως εν προκειμένω συνέβη – το οποίο δύναται να αντιμετωπιστεί από τη Διοίκηση και τον αντισυμβαλλόμενο με έναν ή περισσότερους από τους κάτωθι αναλυτικά αναφερόμενους τρόπους:

α) Δυνατότητα του συμβαλλόμενου δημόσιου νομικού προσώπου να μεταβάλει μονομερώς τους όρους εκτέλεσης της Σύμβασης: Πολλές φορές οι σχετικές διατάξεις ή και η σύμβαση προβλέπουν τη δυνατότητα μεταβολής ορισμένων όρων σχετικών με την παροχή του αντισυμβαλλομένου, με μονομερή δήλωση της βούλησης του αρμόδιου οργάνου του δημόσιου νομικού προσώπου που είναι υποχρεωτική για τον αντισυμβαλλόμενο. Γίνεται δε δεκτό ότι η δυνατότητα αυτή υπάρχει και αν ακόμη δεν προβλέπεται από τους όρους της σύμβασης ή από ειδικές διατάξεις (ΔΕΦΑΘ 497/1987 ΝΔΕ 6/1)⁶. Πλην, όμως, η επέμβαση αυτή του Κράτους ή του ΝΠΔΔ δεν νοείται απεριόριστη. Διότι ως φραγμό έχει την τήρηση των διατάξεων προστασίας ιδίως της ιδιοκτησίας και της περιουσίας κατ' άρθρο 17 Σ., ή τις αρχές της χρηστής διοίκησης, της καλής πίστης και της ασφάλειας δικαίου. Άλλωστε, η αυθαίρετη τροποποίηση των όρων συνιστά καθολική αναίρεση της νομικής φύσης της σύμβασης. Κατόπιν τούτων, εκτιμώ ότι, υπ' αυτό το σκεπτικό, ο Δήμος Παύλου Μελά δεν επιχείρησε – και ορθά – να τροποποιήσει μονομερώς τους όρους της από 27.12.2007 Συμβάσεως.

β) Αναπροσαρμογή της Σύμβασης σε περίπτωση απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών: Είναι δυνατό η οικονομική ισορροπία της σύμβασης να διαταραχθεί ή και να ανατραπεί από έκτακτα γεγονότα, εξωσυμβατικά, τελείως ασυνήθιστα και που δεν μπορούν να προβλεφθούν, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε η εκπλήρωση της

⁶ Επ. Σπηλιωτόπουλου, ό.π., σελ.219-220.

σύμβασης από τον αντισυμβαλλόμενο να γίνει ιδιαίτερα επαχθής ή και αδύνατη. Στην περίπτωση αυτή ο αντισυμβαλλόμενος / ανάδοχος μπορεί να ζητήσει αναπροσαρμογή, δηλαδή αναγωγή της παροχής ένεκα της σύμβασης στο προσήκον μέτρο ή και λύση της σύμβασης, κατ' εφαρμογή στην ουσία των διατάξεων ανυπαίτιας αδυναμίας εκπλήρωσης της παροχής λόγω ανωτέρας βίας (ΔΕΦΑΘ 2744/1996 ΔιΔικ 1997/1462) και απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών (κατά την ειδική διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ) βάσει των οποίων έχει συναφθεί η σύμβαση (ΣτΕ 1136/1999, ΔΕΦΑΘ 379/2003 ΕΔΚΑ 2004/776), έστω και αν υποστηρίζεται ότι στις διοικητικές συμβάσεις δεν εφαρμόζεται το άρθρο 388 ΑΚ, αλλά η «αρχή του απρόβλεπτου» (ΣτΕ 74/1992, ΔΕΦΑΘ 2968/1987, ΔΕΦΑΘ 2888/1996 ΔιΔικ 1997/1463).

Κατά τη γενική, λοιπόν, αρχή του διοικητικού δικαίου («αρχή του απρόβλεπτου»), παρεμφερή προς τον κανόνα του άρθρου 388 ΑΚ (απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών), αν και εφόσον κριθεί ότι συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις, ο αντισυμβαλλόμενος έχει δικαίωμα σε αποκατάσταση της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης με αναπροσαρμογή των ποσών ή, ακόμα, και σε λύση αυτής. Όταν το δικαίωμα αυτό γεννηθεί, ο αντισυμβαλλόμενος έχει αντίστοιχη αξίωση κατά του δημόσιου νομικού προσώπου και μπορεί να ασκήσει σχετικό ένδικο βοήθημα, στηριζόμενο στη γενική αυτή αρχή και στη σύμβαση, ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου (ΔΕΦΑΘ 2968/1987, 85/1988 ΝΔΕ 6/9, ΔΕΦΑΘ 1567/1994 ΕΔΚΑ 1995/422)⁷.

Στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η αντισυμβαλλόμενη εταιρία «ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε.» στηρίχθηκε στην «αρχή του απρόβλεπτου» αποπειρώμενη να καταδείξει στο Δήμο Παύλου Μελά ότι από την υπογραφή της από 27.12.2007 Σύμβασης και μέχρι και σήμερα μεσολάβησε απρόοπτη και ουσιώδης μεταβολή των οικονομικών συνθηκών και των νομοθετικών δεδομένων, τόση και τέτοια που να δύναται να δικαιολογήσει είτε την αναπροσαρμογή της σύμβασης προς όφελός της, είτε ακόμα και την από κοινού λύση αυτής κατά το μέρος που δεν έχει εκτελεστεί. Πλην όμως η ανάδοχος εταιρία δεν προσέφυγε στη Δικαιοσύνη – ως όφειλε και μπορούσε να πράξει – προκειμένου να διαγνωστεί με ασφάλεια και με την έκδοση τελεσίδικης δικαστικής απόφασης το βάσιμο και ορθοδίκαιο ή μη του αιτήματός της. Ως εκ τούτου, παραμένει υπό την ευθύνη και τη διακριτική ευχέρεια της δημόσιας διοίκησης, ήτοι του Δήμου Παύλου Μελά, να κρίνει αν στην προκειμένη περίπτωση συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της «αρχής του απρόβλεπτου» και σταθμίζοντας και το δημόσιο συμφέρον, στην ικανοποίηση του οποίου αποσκοπεί η σύμβαση, να αποφανθεί σχετικά με: (i) τη δυνατότητα ή μη αναπροσαρμογής των όρων της σύμβασης προς όφελος της αναδόχου και προς αποκατάσταση της οικονομικής ισορροπίας που η τελευταία επικαλείται, ή (ii) τη δυνατότητα ή μη λύσης της σύμβασης, είτε

⁷ Επ. Σπηλιωτόπουλου, ό.π., σελ.221.

ολόκληρης, είτε κατά το μέρος που δεν έχει εκτελεστεί και να αρνηθεί την εκτέλεσή της. Στην περίπτωση, όμως, που το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο προκρίνει την επιλογή της λύσης της συμβάσεως δεν δύναται να εκδώσει νόμιμη πράξη έκπτωσης του αντισυμβαλλομένου.

γ) Δυνατότητα λύσης της Σύμβασης: Η δημόσια διοίκηση έχει τη δυνατότητα να λύσει οποτεδήποτε τη Σύμβαση, καταγγέλλοντάς την, αν ο ανάδοχος δεν εκπληρώνει όπως και όποτε πρέπει τις συμβατικές του υποχρεώσεις. Η λύση της σύμβασης μπορεί να επέλθει είτε βάσει ειδικών διατάξεων δημοσίου δικαίου είτε και βάσει των διατάξεων των άρθρων 382-384 και 389 ΑΚ. Συνεπώς, και επειδή στην προκειμένη περίπτωση καθίσταται αδιστακτως βέβαιο ότι η ανάδοχος εταιρία «ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε.» δεν κατόρθωσε να εκπληρώσει στο ακέραιο τις συμβατικές της υποχρεώσεις (γεγονός που και η ίδια συνομολογεί στην έγγραφη αλληλογραφία της με τον Δήμο Παύλου Μελά) ο Δήμος είχε κάθε δικαίωμα να προχωρήσει σε καταγγελία και λύση της προκειμένης συμβάσεως για το τελευταίο έτος αυτής.

δ) Δυνατότητα επιβολής προστίμων (ή ποινικών ρητρών) καθυστέρησης: Η επιβολή προστίμων (ή ποινικών ρητρών) καθυστέρησης γίνεται με μονομερή πράξη του αρμόδιου οργάνου του δημόσιου νομικού προσώπου και προϋποθέτει την εκπρόθεσμη εκπλήρωση των υποχρεώσεων του αντισυμβαλλομένου. Στην προκειμένη περίπτωση δεν ετέθη τέτοιο ζήτημα.

ε) Δυνατότητα κήρυξης της έκπτωσης του αντισυμβαλλομένου: Η κήρυξη της έκπτωσης του αντισυμβαλλομένου είναι μονομερής πράξη του οργάνου του συμβαλλόμενου δημόσιου νομικού προσώπου ή άλλου αρμόδιου διοικητικού οργάνου που απευθύνεται προς τον αντισυμβαλλόμενο και με την οποία λύεται η σύμβαση και επιβάλλονται σ' αυτόν κυρώσεις. Βασική προϋπόθεση για την έκδοση της πράξης αυτής είναι η ολική ή μερική μη εκτέλεση των υποχρεώσεων από τον αντισυμβαλλόμενο μέσα στις συμβατικές προθεσμίες ή μετά την παρέλευση του χρονικού διαστήματος το οποίο κατά περίπτωση ορίζουν οι σχετικές διατάξεις ή οι όροι της διακήρυξης ή της σύμβασης ή το οποίο θεωρείται εύλογο. Πρέπει επίσης να γίνει δεκτό ότι στην περίπτωση συμβάσεων μακράς διάρκειας (όπως π.χ. είναι οι συμβάσεις παραχώρησης), και αν ακόμη αυτό δεν προβλέπεται από τη σύμβαση ή τις σχετικές διατάξεις, το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο έχει δικαίωμα να λύσει μονομερώς τη σύμβαση με πράξη έκπτωσης, εάν ο αντισυμβαλλόμενος δεν εκτελεί προσηκόντως τις συμβατικές του υποχρεώσεις. Με την κήρυξη δε της έκπτωσης του αντισυμβαλλομένου είναι δυνατό να επιβληθεί ως κύρωση και η μερική ή ολική κατάπτωση της εγγύησης καλής εκτέλεσης⁸.

Επειδή, στην προκειμένη από 27.12.2007 Σύμβαση, ρητά αναφέρονται, μεταξύ άλλων, υπό τον τίτλο «Λήξη – Καταγγελία – Έκπτωση αναδόχου» και τα ακόλουθα: «Όλοι οι όροι της παρούσης συμβάσεως θεωρούνται ουσιώδεις. Η παράβαση οποιουδήποτε συμβατικού όρου ή υποχρεώσεως από τον ανάδοχο δίνει

⁸ Επ. Σπηλιωτόπουλου, ό.π., σελ.216-217.

στο Δήμο Σταυρούπολης το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση και να κηρύξει έκπτωτο τον ανάδοχο... Η κήρυξη του αναδόχου ως έκπτωτου από τα δικαιώματά του γίνεται με απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου Μετά την κήρυξη έκπτωτου του αναδόχου, η κατατεθειμένη εγγύηση εκτελέσεως της συμβάσεως θα καταπίπτει υπέρ του Δήμου σαν ποινική ρήτρα...».

Ακολούθως, το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Παύλου Μελά συνήλθε στις 14.05.2012 σε τακτική δημόσια συνεδρίαση και εξέδωσε την υπ' αριθμ. 282/2012 απόφασή του – όπως αυτή συμπληρώθηκε με την υπ' αριθμ. πρωτ. 53167/30.07.2012 «διόρθωση – συμπλήρωση της αρ. 282/12 απόφασης Δ.Σ.» - σύμφωνα με την οποία: «**ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΚΑΤΑ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑ**

1) Απορρίπτει συνολικά τα με αρ. πρωτ. 56441/25-8-11 και 56444/25-8-11 αιτήματα της εταιρίας ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε. και εμμένει στην τήρηση των όρων της σύμβασης.

2) Απορρίπτει το αίτημα για τροποποίηση της από 27/12/2007 σύμβασης παραχώρησης χρήσης κοινοχρήστων χώρων για τοποθέτηση στεγάστρων με σκοπό την προβολή υπαίθριας διαφήμισης.

3) Την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών, καθώς η εταιρία ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε. έχει εκπληρώσει πλημμελώς τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Η κατάπτωση αφορά στην αρ.63587/19.12.2007 εγγυητική επιστολή και για το ποσό των μέχρι σήμερα οφειλών της εταιρίας βάσει των προβλεπόμενων στην αναφερόμενη σύμβαση».

Η εν λόγω υπ' αριθμ. 282/2012 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου - κατά τον τρόπο που διατυπώθηκε - εγείρει αναμφίβολα ορισμένα ερμηνευτικά ζητήματα που ενδεχομένως να πλήττουν και τη νομιμότητά της. Και εξηγούμε:

(i) Πράξεις με τις οποίες κηρύσσεται έκπτωτος ο αντισυμβαλλόμενος, καταπίπτουν εγγυητικές επιστολές και επιβάλλονται σ' αυτόν ποινικές ρήτρες ή πρόστιμα, όπως και άλλες πράξεις που εκδίδονται μονομερώς από τα διοικητικά όργανα στο πλαίσιο των συμβατικών σχέσεων, έχουν χαρακτήρα ατομικών διοικητικών πράξεων. Δεδομένου δε ότι οι πράξεις αυτές είναι επαχθείς για τον αντισυμβαλλόμενο, όταν εκδίδονται συνεπεία μιας υπαίτιας συμπεριφοράς του, πρέπει πριν από την έκδοσή τους να του παρέχεται η δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης, και αν ακόμα δεν το προβλέπουν οι σχετικές διατάξεις. Επίσης πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένες. Δε θα πρέπει να παραβλέπεται το γεγονός ότι οι πράξεις αυτές δημιουργούν διοικητικές διαφορές ουσίας και είναι δυνατόν να προσβληθούν με προσφυγή στο αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο (ΣτΕ 1565/2000)⁹.

(ii) Στην προκείμενη περίπτωση επιβλήθηκε ως διοικητική κύρωση η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών επειδή η ανάδοχος εταιρία εκπλήρωσε πλημμελώς τις συμβατικές της υποχρεώσεις. Πλην όμως τόσο από το κείμενο της από 27.12.2007 Συμβάσεως όσο και από τους γενικούς κανόνες του διοικητικού δικαίου συνάγεται

⁹ Επ. Σπηλιωτόπουλου, ό.π., σελ. 218.

ότι η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συνιστά παρεπόμενη διοικητική κύρωση της πράξης έκπτωσης του αναδόχου και της, συνεπεία αυτής, λύσης της σύμβασης και δεν δύναται – νομοτύπως – να επιβληθεί αυτοτελώς. Ως εκ τούτου, η υπ' αριθμ. 282/2012 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου, μη κάνοντας λόγο για κήρυξη έκπτωτης της εταιρίας ΔΟΜΗΣΗ ΓΟΥΩΛ Α.Ε. και για λύση της προκείμενης σύμβασης, εγείρει ερμηνευτικά ζητήματα τόσο ως προς το σκοπό που επιδιώκει, όσο και ως προς τη νομιμότητα με την οποία πρέπει να είναι εφοδιασμένη. Με άλλα λόγια, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ούτε η από 27.12.2007 σύμβαση έχει λυθεί, ούτε ότι έχει κηρυχθεί έκπτωτη η ανάδοχος εταιρία. Τότε όμως γιατί επιβάλλεται ως διοικητική κύρωση η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών; Το λογικό και νομικό κενό είναι εμφανές. Αλλά ακόμα και αν ήθελε ερμηνευτεί ότι η έκπτωση της εταιρίας και η λύση της σύμβασης αποτελούν λογικά προαπαιτούμενα της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, και ως τέτοια εννοούνται, λόγω του επαχθούς για τον αντισυμβαλλόμενο χαρακτήρα της προκείμενης ατομικής διοικητικής πράξης, θα έπρεπε να αναφέρονται ρητά.

Γ. Συμπερασματικά

Απ' όσα ανωτέρω εξετάστησαν ανενδοιάστως συνάγεται ότι ο Δήμος Παύλου Μελά είχε την διακριτική ευχέρεια να επιλέξει μία από τις ανωτέρω αναφερόμενες λύσεις προκειμένου να αντιμετωπίσει την ανώμαλη εξέλιξη της προκείμενης συμβατικής σχέσης, μεταξύ των οποίων σαφώς συμπεριλαμβάνεται και η δυνατότητα λύσης, με καταγγελία, της από 27.12.2007 Σύμβασης για το τελευταίο έτος αυτής.

Η λύση, ωστόσο, που ο Δήμος προέκρινε – όπως αυτή αποτυπώθηκε στην από 282/2012 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου – με την οποία απορρίπτονται τα αιτήματα της αναδόχου εταιρίας για τροποποίηση των όρων της σύμβασης και αποφασίζεται η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών λόγω πλημμελούς εκπλήρωσης των υποχρεώσεων της μοιάζει να μην μπορεί να επιλύσει με τον πλέον ικανοποιητικό τρόπο το ανακύψαν ζήτημα, για όλους τους λόγους που ανωτέρω εξετάστησαν.

Παραταύτα, εναλλακτικές οδοί διευθέτησης του ζητήματος εξακολουθούν να υπάρχουν. Και εξηγούμαι: Οι διοικητικές συμβάσεις αποτελούν διμερείς διοικητικές πράξεις με σειρά ιδιομορφιών υπέρ ενός των συμβαλλομένων, δηλαδή της δημόσιας διοίκησης. Εντούτοις, δεν παύουν να αποτελούν συμβάσεις. Το κυρίαρχο στοιχείο τους είναι το συμβατικό. Έτσι, κατά την ερμηνεία τους πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η αληθινή βούληση των συμβαλλομένων (173 ΑΚ), η καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (άρθρα 200 και 288 ΑΚ και ιδίως άρθρα 42 παρ.1 και 144 παρ.4 ΚΔΔ) και κατά την έννοια της χρηστής διοίκησης, σε συνδυασμό με τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν το σύγχρονο διοικητικό δίκαιο και ιδίως εκείνη της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος. Θεωρώ συνεπώς ότι είναι εφικτή η από

κοινού λύση της σύμβασης, με καταβολή από πλευράς της εταιρίας του έως σήμερα οφειλόμενου ποσού, σε όποιο ύψος ανέρχεται αυτό, ενδεχομένως ρυθμιζόμενου ανάλογα με τη νομοθετική ρύθμιση που θα προκύψει για τις ληξιπρόθεσμες οφειλές στο εγγύς μέλλον (βλ. εφημερίδα ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ, 19.08.2012, όπου αναφέρεται ότι αναμένεται από το Υπουργείο Οικονομικών ρύθμιση για όλες τις ληξιπρόθεσμες οφειλές σε 45 δόσεις).

Υπ' αυτή την έννοια, εκτιμώ ότι - στην προκειμένη περίπτωση - χωρεί επαναστάθμιση των τιθέμενων πραγματικών και νομικών ζητημάτων από το αρμόδιο διοικητικό όργανο και τυχόν ανάκληση της διοικητικής του πράξης και έκδοση νέας, αν και εφόσον ήθελε κριθεί ότι διαφορετική επιλογή δύναται να εξυπηρετήσει εναργέστερα το δημόσιο συμφέρον.

Θεσσαλονίκη, 20.08.2012

Ο γνωμοδοτών δικηγόρος

Σπύρος Χριστοφορίδης