



ΑΤΟΜΙΚΗ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ 109/2015

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΟΥ

Αθήνα, 26-5-2015
Αριθμ. Πρωτ.: 2296

Ταχ/Δ/νση : Καρ. Σερβίας 10
Ταχ. Κωδ. : 101 84 ΑΘΗΝΑ.
Τηλέφωνο : 210-3375039
FAX : 210-3375040

ΠΡΟΣ

Τη Γενική Διεύθυνση Οικονομικών
Υπηρεσιών της Γενικής Γραμματείας
Πληροφοριακών Συστημάτων και
Διοικητικής Υποστήριξης του
Υπουργείου Οικονομικών

Σχετικό : Το υπ'αρ.ΓΔΟΥ326/6-3-2015 έγγραφό σας.

I.- Επί του ερωτήματος που μας θέσατε με το σχετικό έγγραφό σας, αναφορικά με το εάν πρέπει η Διοίκηση ν' απαιτήσει την προσκόμιση της εγγυητικής επιστολής τραπεζής της παρ. 5 του άρθρου 326 του Ν.4072/2012 προκειμένου να συμμορφωθεί προς το υπ'αρ. 5/2014 Πρακτικό συνεδρίασης του Τριμελούς Συμβουλίου του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (άρθρο 2 του Ν.3068/2002), σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα:

II.- Συνοπτικά, το πραγματικό της εξεταζόμενης υπόθεσης

Στις 22-12-2008 υπεγράφη μεταξύ του Δημοσίου (Υπουργείο Οικ/κών) και της αναδόχου εταιρείας U Σ.Π.Α.Ε.Ε. δημόσια σύμβαση, μετά δε τη σύνταξη αρμοδώς πρωτοκόλλων πρώτα προσωρινής και έπειτα οριστικής παραλαβής επιβλήθηκε στην ως άνω εταιρεία με απόφαση του Υπουργού Οικ/κών, χρηματική ρήτρα ποσού 400.000 ευρώ, που εν συνεχεία μειώθηκε στο ποσό των 200.000 ευρώ και παρακρατήθηκε από το οφειλόμενο τίμημα, με την υπ'αρ. 1047502/ΕΞ2011/28-3-2011 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών με την οποία και ενεκρίθη η οριστική παραλαβή. Αυτή η απόφαση ακυρώθηκε, ως προς την επιβολή της ρήτρας, με την υπ'αρ. 3724/2012 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία έγινε αντίστοιχα δεκτή προσφυγή της υπόψη εταιρείας.

Το Δημόσιο προσέβαλε την ως άνω απόφαση με την άσκηση της από 11-4-2013 (αρ.κατ. 221/11-4-2013) αιτήσεως αναιρέσεως, ενώ η ενδιαφερόμενη εταιρεία ζήτησε την απόδοση του ποσού της ρήτηρας που ακυρώθηκε, αλλά της αντιτάχθηκε ότι η καταβολή αυτού του ποσού προϋποθέτει την προσκόμιση εκ μέρους της ισόποσης εγγυητικής επιστολής τράπεζας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 326 παρ. 5 του Ν. 4072/2012 (βλ. και άρθρο 4 παρ. 1 του Ν.3068/2002).

Επί νομικού ερωτήματος που έθεσε η Υπηρεσία το Ν.Σ.Κ. (Α' Τμήμα) γνωμοδότησε, δια της υπ'αρ. 11/2014 Γνωμοδότησής του, ότι η καταβολή του ποσού των 200.000 ευρώ θα γίνει με την προσκόμιση της πιο πάνω αναφερόμενης εγγυητικής επιστολής. Όμως, η ενδιαφερόμενη εταιρεία προσέφυγε με την από 22-7-2013 αίτηση στο Τριμελές Συμβούλιο του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (άρθρο 2 του Ν.3068/2002). Τούτο διαπίστωσε ότι στην πλήρη συμμόρφωση του Δημοσίου συμπεριλαμβάνεται η εκ μέρους του τελευταίου καταβολή του παρακρατηθέντος ποσού των 200.000 ευρώ, και μάλιστα άνευ προσκόμισης εγγυητικής επιστολής, με τη σκέψη του ανεφάρμοστου ως αντισυνταγματικών των διατάξεων που προβλέπουν τέτοια προσκόμιση. Κατά συνέπεια, κλήθηκε ο Υπουργός Οικονομικών να καταβάλει το ποσό αυτό εντός τριμήνου από την κοινοποίηση του εκδοθέντος υπ'αρ. 5/18-3-2014 Πρακτικού του Συμβουλίου.

Κατά τη συνεδρίαση της 30-9-2014 το ίδιο ως άνω Συμβούλιο διαπίστωσε ότι ο αρμόδιος Υπουργός δεν είχε ανταποκριθεί στην ταχθείσα προς συμμόρφωση προθεσμία και για τον λόγο αυτό επέβαλε στο Δημόσιο χρηματική κύρωση (βλ. άρθρο 3 παρ. 3 του Ν.3068/2002), ύψους 3.000 ευρώ.

Ετέθη το ερώτημα, περί του εάν η Διοίκηση οφείλει, συμμορφούμενη με τις προαναφερθείσες δικαστικές αποφάσεις, να καταβάλει το ποσό των 200.000 ευρώ, διαρκούσης της εκκρεμοδικίας της αναιρέσεως του Δημοσίου και αντίθετα προς την υπ'αρ. 11/2014 Γνωμοδότηση του ΝΣΚ., λαμβανομένου υπόψη και ότι ο αρμόδιος Υπουργός Οικ/κών δεν απεδέχθη τη Γνωμ/ση ως προς το τμήμα της για την προσκόμιση τραπεζικής εγγυητικής επιστολής.

III.- Κρίσιμες νομικές επισημάνσεις

1) Η συνταγματική υποχρέωση της Διοίκησης για συμμόρφωση με τις δικαστικές αποφάσεις.

Η πίστη και υπακοή στο Σύνταγμα συνιστά θεμελιώδη υποχρέωση όλων των δημόσιων υπαλλήλων και λειτουργών – στους οποίους συμπεριλαμβάνονται και οι

Υπουργοί (βλ. άρθρα 103 παρ. 1, 33 παρ. 2 και 120 παρ. 2 του Συντάγματος, 19 παρ. 1, 29 και 107 του Ν.3528/2007 κ.ά.).

Εξάλλου, μεταξύ των συνταγματικών διατάξεων περιλαμβάνεται η παρ. 5 του άρθρου 95 του Σ. που υποχρεώνει τη Διοίκηση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις, δοθέντος ότι τέτοιου είδους συμμόρφωση εμπεδώνει τη νομιμότητα της διοικητικής δράσης και αποτελεί αναγκαίο συστατικό ενός κράτους δικαίου, που επίσης κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα (βλ. άρθρο 25 παρ. 1).

Ο αρμόδιος δημόσιος λειτουργός ή υπάλληλος που παραβιάζει την θεμελιώδη υποχρέωση συμμόρφωσης προς τις δικαστικές αποφάσεις έχει εκ του Συντάγματος ευθύνη, που συγκεκριμενοποιείται κάθε φορά σε εφαρμογή των οικείων διατάξεων νόμου.

2) Η υποχρέωση συμμόρφωσης σύμφωνα με τον Ν.3068/2002 και το Π.Δ. 61/2004

Σύμφωνα και κατ' επιταγή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 95 του Σ. εκδόθηκε ο εκτελεστικός Νόμος 3068/2002 (Α' κεφάλαιο, άρθρα 1 έως και 6) και, σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 3 αυτού του Νόμου, το Π.Δ. 61/2004. Τα νομοθετήματα αυτά, που αποβλέπουν στη διασφάλιση της συμμόρφωσης της Διοίκησης, προσδιορίζουν ιδίως τα δικαστικά όργανα και τη διαδικασία εξειδίκευσης του περιεχομένου της υποχρέωσης συμμόρφωσης προς την εκάστοτε εξεταζόμενη δικαστική απόφαση όπως και διαπίστωσης για το εάν η Διοίκηση έχει συμμορφωθεί, ή όχι.

Από το όλο περιεχόμενο των ρυθμίσεων του Ν.3068/2002 και του Π.Δ. 61/2004 συνάγεται ότι δεν παρέχεται ευχέρεια στη Διοίκηση ν' αμφισβητήσει την επιτασσομένη από το αρμόδιο τριμελές συμβούλιο (βλ. άρθρο 2 του Ν.3068/2002) ενέργεια που κατ' αυτό συμπεριλαμβάνεται ή ταυτίζεται με το περιεχόμενο της υποχρέωσης συμμόρφωσης. Αληθώς, η γενική εκ του Συντάγματος υποχρέωση συμμόρφωσης συμπίπτει με ό,τι σχετικώς κρίνει το αρμόδιο τριμελές συμβούλιο. Η μόνη ευχέρεια που έχει η Διοίκηση, μετά την έκδοση του πρακτικού διαπίστωσης μη συμμόρφωσης, αναφέρεται στην τασσομένη με το πρακτικό εύλογη προθεσμία για τις επιβαλλόμενες ενέργειές της (βλ. την παρ. 1 του άρθρου 3 του Ν.3068/2002).

Η μη ανταπόκριση της Διοίκησης προς την ταχθείσα προθεσμία, ιδίως στην περίπτωση διαπίστωσής της από το ίδιο ως άνω δικαστικό όργανο, θέτει ζήτημα για

παράβαση της συνταγματικής διάταξης, που προβλέπει κατά τα ως άνω την υποχρέωση συμμόρφωσης.

3) Οι γνωμ/σεις του ΝΣΚ στο πλαίσιο της υποχρέωσης συμμόρφωσης του Ν.3068/2002

Οι γνωμοδοτήσεις που εκδίδονται σύμφωνα με τις οικείες περί ΝΣΚ διατάξεις ισχύουν βεβαίως μετά την έκδοσή τους ως γνωμοδοτήσεις, όμως καθίστανται υποχρεωτικές για τη Διοίκηση πράξεις μόνο από και δια της αποδοχής τους αρμοδίως, και στην έκταση κατά την οποία έγιναν αποδεκτές (βλ. την παρ. 4 του άρθρου 7 του Ν.3086/2002, ΦΕΚ Α' 324).

Εάν ο αρμόδιος Υπουργός αποδεχτεί την εκδοθείσα γνωμοδότηση του ΝΣΚ μόνο για ένα μέρος της, που π.χ. αφορά σε ένα σκέλος του ερωτήματος, καθίσταται υποχρεωτική η γνωμ/ση μόνο για το γενόμενο αποδεκτό μέρος της. Αντίθετα, δεν αποβαίνει υποχρεωτική για τη Διοίκηση τμήμα της γνωμοδότησης που δεν έτυχε αποδοχής.

Σε περίπτωση που τυχόν από την αποδεκτή γνωμοδότηση (ή το αποδεκτό τμήμα της) απορρέει υποχρέωση της Διοίκησης για συγκεκριμένη ενέργεια και αυτή η υποχρέωση δεν είναι λογικά συμβατή με ενέργεια επιτασσόμενη από το τριμελές συμβούλιο συμμόρφωσης του Ν.3068/2002, υπερισχύει η υποχρέωση συμμόρφωσης προς ό,τι επιτάσσει το Συμβούλιο που αρμοδίως διαπίστωσε τη μη συμμόρφωση της Διοίκησης.

Τούτο οφείλεται προεχόντως στην ιεραρχική διάρθρωση των πηγών του δικαίου, δηλ. στο γεγονός ότι το πρακτικό διαπίστωσης της μη συμμόρφωσης ερείδεται σε διάταξη του Συντάγματος που χαρακτηρίζεται από τυπική ισχύ ανώτερη της ισχύος της παρ. 4 του άρθρου 7 του Ν.3086/2002.

Επιπρόσθετα, παρατηρείται ότι μία γνωμοδότηση του Ν.Σ.Κ. που έχει γίνει αποδεκτή εκφράζει απλώς τη βούληση της Διοίκησης, η οποία όμως υπόκειται στους εκ του Συντάγματος περιορισμούς, όπως είναι και οι διατάξεις του εκδιδόμενου πρακτικού του τριμελούς συμβουλίου, για τη διασφάλιση συμμόρφωσης της Διοίκησης.

IV.- Συμπεράσματα

Το Τριμελές Συμβούλιο του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών έκρινε ως εξής:

1) Εάν δεν είχε εκδοθεί η απόφαση επιβολής χρηματικής ρήτρας 200.000 ευρώ το Δημόσιο θα είχε καταβάλει στην αντισυμβαλλόμενη εταιρεία το ποσό των



200.000 ευρώ, ως μέρος του οφειλόμενου τιμήματος από τη σύμβαση. Με την ακύρωση της απόφασης επιβολής χρηματικής ρήτρας εξέλιπε η νόμιμη αιτία παρακρατήσεως του εν λόγω ποσού και γι' αυτό η ακυρωτική υπ' αρ. 3724/2012 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών θεμελίωσε την υποχρέωση του Δημοσίου προς καταβολή του ποσού των 200.000 ευρώ. Άρα, το Δημόσιο δεν συμμορφώνεται, πλήρως και επαρκώς, προς την υπ' αριθ. 3724/2012 απόφαση, αν δεν αποδώσει στην εταιρεία το ως άνω ποσό, και δη χωρίς προσκόμιση ισόποσης εγγυητικής επιστολής τράπεζας σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 326 του Ν.4072/2012, διότι αυτές κρίθηκαν ανεφάρμοστες ως αντίθετες προς το Σύνταγμα.

Το πιο πάνω Τριμελές Συμβούλιο διαπίστωσε, με το υπ' αρ.5/2014 Πρακτικό, πλημμελή συμμόρφωση της Διοίκησης προς την υπ' αριθ. 3724/2012 δικαστική απόφαση και ακολούθως με την υπ' αρ. 109/2014 απόφασή του διαπίστωσε ότι η Διοίκηση εξακολούθησε, ακόμη και μετά την παρέλευση της ταχθείσας τρίμηνης προθεσμίας έως και την ημέρα συνεδρίασης στις 30-9-2014, να μην συμμορφώνεται προς την ως άνω απόφαση, με συνέπεια να επιβάλει, για τον λόγο αυτό, χρηματική κύρωση ύψους 3.000 ευρώ.

Και μετά την επιβολή της κύρωσης η Διοίκηση θεωρείται ότι εξακολουθεί να μην συμμορφώνεται προς την υπ' αρ. 3724/2012 δικαστική απόφαση ενόσω δεν προβαίνει στην απαιτούμενη κατά τις αποφάσεις του Συμβουλίου ενέργεια συμμόρφωσης, ως προς την οποία δεν μπορεί να προβάλλει αμφισβήτηση ανεξάρτητα από το εάν συμφωνεί προς την νομική ορθότητα της αιτιολογίας του Συμβουλίου και ιδίως της κρίσεώς του για τη αντισυνταγματικότητα των επίμαχων διατάξεων νόμου.

2) Εξάλλου, η μη αποδοχή από τον αρμόδιο Υπουργό, κατά την 24-2-2015, του τιμήματος της υπ' αρ.11/2014 Γνωμ/σης ΝΣΚ, που αφορά στην εξάρτηση της καταβολή των 200.000 ευρώ από την προσκόμιση εγγυητικής επιστολής, και η οποία (μη αποδοχή) προκύπτει εξ αντιδιαστολής από την αποδοχή της Γνωμ/σης κατά το άλλο κεφάλαιό της, είναι ευθυγραμμισμένη εξ αντικειμένου προς τη δεσμευτικότητα των προγενέστερων αποφάσεων του Τριμελούς Συμβουλίου του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Αντίστοιχα, η αντίθετη προς αυτές τις δικαστικές αποφάσεις γνώμη του ΝΣΚ, που δεν έτυχε αποδοχής και γι' αυτό δεν τίθεται θέμα υποχρεωτικότητάς της για τη Διοίκηση, δεν μπορεί να επηρεάσει την υποχρέωση της τελευταίας προς διενέργεια

της καταβολής, σύμφωνα με τη δεσμευτικότητα της δικαστικής διαπίστωσης για πλημμελή συμμόρφωσή της προς την υπ' αριθ. 3724/2012 απόφαση του Διοικ. Εφετείου Αθηνών.

3) Η μετά τις δύο δικαστικές αποφάσεις του Τριμελούς Συμβουλίου παράλειψη της οφειλόμενης συμμόρφωσης της Διοίκησης προς την υπόψη δικαστική απόφαση (3724/2012) δεν τελεί σε αρμονία με την αντίστοιχη επιταγή του Συντάγματος και δημιουργεί τον κίνδυνο για την ενεργοποίηση πειθαρχικής δίωξης ή και αστικής ευθύνης των υπευθύνων χωρίς ν' αποκλείεται και η άσκηση ποινικής δίωξης (βλ. ιδίως το άρθρο 259 του Π.Κ.), σύμφωνα με τις προβλέψεις του Συντάγματος και του νόμου (βλ. άρθρα 95 παρ. 5 του Σ., 5 του Ν.3068/2002 και 11 του Ν.3242/2004). Επιπλέον, η εξακολούθηση μη συμμόρφωσης ενέχει τον κίνδυνο επιβολής και νέας χρηματικής κύρωσης (βλ. την παρ. 3 του άρθρου 3 του Ν.3068/2002), όχι κατ' ανάγκη στο ίδιο ύψος με εκείνο της ήδη επιβληθείσας κύρωσης.

4) Ωστόσο, εξυπακουόμενο σιωπηρώς θεμέλιο των αποφάσεων του Τριμελούς Συμβουλίου αποτελεί η συνέχιση ισχύος της υπ' αριθ. 3724/2012 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Και τούτο, καθ' όσον σε περίπτωση ευδοκίμησης της από 11-4-2013 (αρ. κατ. 221/11-4-2013) αιτήσεως του Δημοσίου και αναιρέσεως (ακυρώσεως) της απόφασης, ανατρέπεται εξυπαρχής η ακύρωση της Σ5 1047502/ΕΞ 2011/28-3-2011 αποφάσεως, που αναβιώνει και παρέχει, εκ νέου, επαρκή νόμιμο λόγο για την παρακράτηση και μη απόδοση του ποσού των 200.000 ευρώ.

Συνέπεια της παραπάνω επισήμανσης είναι η υποχρέωση της Διοίκησης να ελέγξει και να διαπιστώσει ότι, κατά τον χρόνο της εκ μέρους της καταβολής του ποσού τούτου, δεν έχει εκδοθεί απόφαση του ΣΤΕ που να έχει αναιρέσει την υπ' αριθ. 3724/2012 απόφαση.

Ο έλεγχος μπορεί να βασισθεί, μεταξύ άλλων, σε πληροφορίες από τον χειριζόμενο την υπόθεση δικαστικό εκπρόσωπο του Δημοσίου ή σε προσκόμιση σχετικής υπεύθυνης δήλωσης ή βεβαίωσης της Γραμματείας του Δικαστηρίου εκ μέρους της ενδιαφερόμενης εταιρείας.

Εάν τυχόν, κατά το κρίσιμο χρονικό σημείο της καταβολής, διαπιστώνεται ότι η αίτηση αναιρέσεως του Δημοσίου έχει συζητηθεί από το Δικαστήριο, που όμως δεν έχει ακόμη εκδώσει την απόφασή του, η Διοίκηση δικαιούται ν' αναμείνει πριν από την καταβολή για εύλογο χρόνο τη δημοσίευση της δικαστικής απόφασης, σύμφωνα με την αρχή προστασίας του δημοσίου συμφέροντος η οποία εν προκειμένω



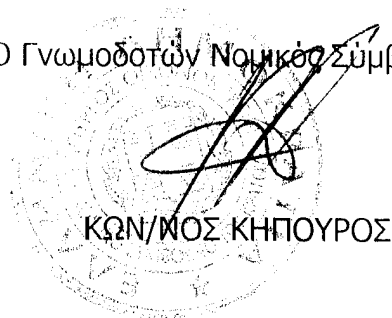
συνδυάζεται με την καλή πίστη που δεσμεύει την εταιρεία, καθ' όσον αφορά στον τρόπο άσκησης των αξιώσεων της από τη μετά του Δημοσίου σύμβαση.

Άλλωστε ισχύει νομική υποχρέωση για την εύλογη διάρκεια μίας διοικητικής δίκης (βλ. το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ και τα άρθρα 53-58 του Ν.4055/2012).

V.- Κατ' ακολουθία των προεκτιθεμένων, η απάντηση στο ερώτημά σας είναι ότι υφίσταται υποχρέωση της Διοίκησης να ενεργήσει σύμφωνα με το υπ' αρ. 5/2014 Πρακτικό (βλ. και την υπ' αρ. 109/2014 απόφαση) του Τριμελούς Συμβουλίου του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, προκειμένου να επιτευχθεί η κατά το δικαστικό αυτό όργανο πλήρης συμμόρφωση της Διοίκησης προς την υπ' αρ. 3724/2012 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Η εκπλήρωση της ως άνω υποχρέωσης της Διοίκησης δεν παρακωλύεται ούτε καθ' οιονδήποτε τρόπο επηρεάζεται α) από την αντίθετη προς την αιτιολογία του Τριμελούς Συμβουλίου κρίση του ΝΣΚ στην υπ' αρ. 11/2014 Γνωμοδότησή του, περί εφαρμογής των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 326 του Ν.4072/2012, β) ούτε από την εκκρεμοδικία καθ' εαυτήν της αιτήσεως του Δημοσίου για την αναίρεση της πιο πάνω δικαστικής απόφασης, για την οποία (αίτηση) προσδιορίστηκε, βάσει του οικείου φακέλου, ως δικάσιμος η 12-10-2015 με την υπ' αρ. 1636/2013/13-5-2015 Πράξη του ΣτΕ. Όμως η εκπλήρωση της υποχρέωσης προς καταβολή της Διοίκησης επιβάλλεται να συντελεσθεί με τον τρόπο και τους περιορισμούς που επισημαίνονται ανωτέρω, υπό στοιχ. IV4.

Ο Γνωμοδοτών Νομικός Σύμβουλος



ΚΩΝ/ΝΟΣ ΚΗΠΟΥΡΟΣ