ΘΕΜΑ: ΥΠΕΡΗΜΕΡΙΑ ΤΟΥ ΚΥΡΙΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΚΑΙ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΓΙΑ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΘΕΤΙΚΩΝ ΖΗΜΙΩΝ (ΑΡΘΡΟ 36.παρ.11 ν.3669/2008)

ΟΜΙΛΗΤΡΙΑ-ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ : ΕΙΡΗΝΗ ΓΑΡΔΙΚΙΩΤΗ, Δικαστική Πληρεξούσια Α'ΝΣΚ

Η αποζημίωση του αναδόχου για την αποκατάσταση ζημιών, λόγω υπερημερίας του κυρίου του έργου, ρυθμίζεται ευθέως από την διάταξη του άρθρου 7 παρ. 2 του ν.1418/1984, όπως κωδικοποιήθηκε με το άρθρο 36 παρ.11 του ν.3669/2008, με την οποία θεσπίζονται οι προυποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για να θεμελιωθεί δικαίωμα του αναδόχου για την αποζημίωσή του για τις θετικές και μόνο ζημίες που υπέστη, λόγω της υπερημερίας του κυρίου του έργου.

Η διάταξη ορίζει, ως γενική υποχρέωση του εργοδότη, να εκτελεί τις συμβατικές του υποχρεώσεις έγκαιρα και να μην περιέχεται σε υπερημερία, να μην καθυστερεί δηλαδή την εκτέλεση των υποχρεώσεων του. Επισημαίνεται ότι υπερημερία του κυρίου του έργου επέρχεται και άνευ υπαιτιότητας αυτού[1]. Ετσι συχνότερες αιτίες υπερημερίας του εργοδότη, που γεννούν οικονομικές διαφορές, αποτελούν οι καθυστερήσεις στην απόδοση ελεύθερου του χώρου όπου θα εκτελεσθεί το έργο, συνεπεία λχ μη έγκαιρης συντέλεσης των απαλλοτριώσεων ή για οποιοδήποτε άλλο λόγο που αφορά τρίτο πρόσωπο, ή καθυστερήσεις στις πληρωμές του αναδόχου ή καθυστερήσεις στην παράδοση των αναγκαίων μελετών στον ανάδοχο, εφόσον απαιτούνται, για λόγο που αφορά είτε το κύριο του έργου είτε τρίτο πρόσωπο[2].

Συνέπεια της υπερημερίας είναι η υποχρέωση καταβολής στον ανάδοχο αποζημίωσης.

Στις επόμενες παραγράφους εξετάζεται αναλυτικά στην παράγραφο Ι ποιες είναι οι ειδικότερες προυποθέσεις για την θεμελίωση δικαιώματος αποζημίωσης, όταν υπάρχει υπερημερία του κυρίου του έργου και ποιο ειδικότερα χρονικό διάστημα αφορά η αποζημίωση, στην παράγραφο ΙΙ τι αποτελεί θετική ζημία και τι περιλαμβάνεται εν γένει στην έννοια των

[1] ΑΠ 2145/2014

[2] Ιδ. Ενδεικτικά ΣτΕ 1007/2005, 2362/2009. Επίσης ΣτΕ 4597/1998 και 25/2004 (κατάληψη του εργοταξίου από περιοίκους), ΣτΕ 2134/2008, 837/2012 και 5110/2012 (διακοπή εργασιών συνεπεία απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ), ΣτΕ 3201/2002,1516/2006, 769/2011 και 206/2017 (καθυστέρηση ολοκλήρωσης αναγκαστικών απαλλοτριώσεων και ανεύρεση αρχαιοτήτων), ΣτΕ 837/2012 (καθυστέρηση έκδοσης αδείας λιμεναρχείου), ΣτΕ 1952/2013 (μη έκδοση άδειας υλοτομίας από την αρμόδια υπηρεσία)

θετικών ζημιών του αναδόχου, στην παράγραφο ΙΙΙ εάν είναι συνταγματική και συμβατή με την ΕΣΔΑ, το Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλλο και το Διεθνές Σύμφωνα για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, η θέσπιση των προυποθέσεων αυτών, στην παράγραφο IV εάν υπάρχει έδαφος εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 200, 288 και 281 του ΑΚ και τέλος στην παράγραφο V γίνεται μία συνοπτική αναφορά στο ν.4412/2016, που ρυθμίζει πλέον την εν λόγω αξίωση.

I. ΠΡΟΥΠΟΘΕΣΕΙΣ

Προκειμένου ο ανάδοχος να θεμελιώσει δικαίωμα αποζημίωσης, θα πρέπει να τηρήσει την διαγραφόμενη εκ της ανωτέρω διάταξης διαδικασία. Ειδικότερα απαιτείται η υποβολή πρώτα έγγραφης όχλησης στον κύριο του έργου και ακολούθως η υποβολή αίτησης αποζημίωσης, η οποία έγγραφη όχληση και αίτηση θα πρέπει να έχουν το διαγραφόμενο από την διάταξη περιεχόμενο και να υποβληθούν στον διαγραφόμενο από την διάταξη χρόνο..Αναλυτικότερα:

Α. ΕΓΓΡΑΦΗ ΟΧΛΗΣΗ

Ο ανάδοχος για να θεμελιώσει δικαίωμα αποζημίωσης θα πρέπει όπως προαναφέρθηκε να υποβάλλει πρώτα έγγραφη όχληση στον κύριο του έργου.

Α.1 Περιεχόμενο έγγραφης όχλησης

Η έγγραφη αυτή όχληση, από απόψεως περιεχομένου, δεν απαιτείται μεν να είναι ειδική, θα πρέπει όμως τουλάχιστον να αναφέρονται σε αυτήν συγκεκριμένα τα συνιστώντα την υπερημερία του κυρίου του έργου περιστατικά και οι θετικές ζημίες που προκαλούνται στον ανάδοχο από τα περιστατικά αυτά για τις οποίες θα ζητηθεί στο μέλλον αποζημίωση.[3] Οι θετικές ζημίες (η έννοια των οποίων αναπτύσσεται κατωτέρω στην παράγραφο ΙΙ) πρέπει να προσδιορίζονται συγκεκριμένα κατά είδος (λχ μισθώματα, τόκοι κ.α.) και δεν μπορεί ο ανάδοχος εάν δεν αναφέρεται στην έγγραφη αυτή όχληση κάποιο είδος θετικής ζημίας να ζητήσει στο μέλλον με την αίτηση αποζημίωσης που θα υποβάλλει (κατά τα κατωτέρω αναφερόμενα) αποζημίωση και για αυτή[4]. Η απαίτηση αναφοράς του είδους της ζημίας δεν καθιστά την όχληση ειδική, αλλά καθιστά κατ'αρχήν προσδιορίσιμη τη ζημία που υφίσταται ο ανάδοχος από την υπερημερία του κυρίου του έργου.

Α.2 Χρόνος υποβολής έγγραφης όχλησης

Η παραπάνω έγγραφη όχληση πρέπει να υποβληθεί, μετά την έναρξη της υπερημερίας του κυρίου του έργου, άλλως είναι πρόωρη και δεν επιφέρει τα έννομα αποτελέσματά της.[5]

---

[3] ΣτΕ 944/2018, 206/2017,1615/2015, 2582/2014

[4] Ιδ. ΣτΕ 651/2006 με την οποία κρίθηκε ότι δεν απαιτείται να αναφέρονται στην όχληση τα ονοματεπώνυμα των αργούντων υπαλλήλων, τα στοιχεία πρόσληψης και αρκεί να αναφέρονται οι ειδικότητες των αργούντων υπαλλήλων

[5] ΣτΕ 1615/2015, 1814/2010, ΑΠ 1866/2014, 1876/2014..

Περαιτέρω, η ανωτέρω έγγραφη όχληση, εφόσον αφορά ζημιογόνα γεγονότα που έχουν ήδη λάβει χώρα, πριν την υποβολή της τελικής επιμέτρησης, πρέπει να υποβληθεί, το αργότερο μέχρι την υποβολή της τελικής επιμέτρησης, αφού, μετά την υποβολή της τελικής επιμέτρησης, μόνο για οψιγενείς αιτίες μπορεί ο ανάδοχος να εγείρει σχετικές απαιτήσεις.[6]

Β. ΑΙΤΗΣΗ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ

Ακολούθως, μετά την, κατά τα ανωτέρω, υποβολή της έγγραφης όχλησης ο ανάδοχος πρέπει, εφόσον φυσικά επιθυμεί να αποζημιωθεί, να υποβάλει αίτηση αποζημίωσης στον κύριο του έργου, με την οποία να ζητά την αποκατάσταση **των θετικών και μόνο ζημιών** που προκλήθηκαν (η έννοια των οποίων αναπτύσσεται όπως προαναφέρθηκε στην παράγραφο ΙΙ).

Β.1 Για ποιό χρονικό διάστημα οφείλεται αποζημίωση

Η αποζημίωση του αναδόχου, δεν αφορά, από απόψεως χρόνου προκλήσεως ζημιών, όλες τις θετικές ζημίες που έχουν προκληθεί οποτεδήποτε σε αυτόν, αλλά αφορά μόνο τις θετικές ζημίες, οι οποίες προκαλούνται μετά την επίδοση από τον ανάδοχο της σχετικής προαναφερόμενης έγγραφης όχλησης, δηλαδή όχι για προγενέστερο της οχλήσεως χρόνο και μέχρι την υποβολή της παραπάνω αίτησης αποζημίωσης. Επομένως με την αίτηση αυτή δύναται να ζητήσει αποζημίωση για τις θετικές ζημίες, οι οποίες προκλήθηκαν **κατά το χρονικό διάστημα από την υποβολή, κατά τα ανωτέρω, της έγγραφης όχλησης μέχρι την υποβολή της αίτησης** και οι οποίες απορρέουν από το ζημιογόνο γεγονός, το οποίο δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του αναδόχου[7]. Τούτο επιβάλλεται για να μην αιφνιδάζεται ο κύριος του έργου από αξιώσεις του αναδόχου για θετικές ζημίες του υποβαλλόμενες εκ των υστέρων, λόγω υπερημερίας του κυρίου του έργου ως προς την εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεών του και για να υφίσταται η δυνατότητα ελέγχου των ζημιογόνων γεγονότων και του ύψους των ζημιών κατά τον χρόνο της επελεύσεώς των.

Β. 2. Ποιο ειδικότερα πρέπει να είναι το περιεχόμενο της αίτησης και ποιες οι συνέπειες από την μη υποβολή κάποιου αιτήματος του αναδόχου ή την έλλειψη του απαιτούμενου περιεχομένου.

Στην παραπάνω έγγραφη αίτηση αποζημίωσης, από απόψεως των ειδικότερων αιτημάτων του αναδόχου, θα πρέπει να περιέχονται σε αυτήν στο σύνολο τους τα αιτήματα αποζημίωσης του αναδόχου, που αφορούν ζημίες που έχουν προκληθεί στο παραπάνω χρονικό διάστημα, συνεπεία του αυτού ζημιογόνου γεγονότος ή γεγονότων, τα οποία αποτέλεσαν το λόγο για την υποβολή έγγραφης όχλησης, καθώς επίσης θα πρέπει τα

[6] Ιδ. Αρθρο 52 ν.3669/2008 και.ΣτΕ 2107/2016
[7] ΣτΕ 944/2018, 1615/2015, 2582/2014, ΑΠ 1876/2014, 1866/2014

αιτήματα αυτά να διατυπώνονται κατά τρόπο σαφή και ορισμένο. Ετσι δεν δύναται να αποζημιωθούν αιτήματα, τα οποία δεν υποβλήθηκαν καθόλου με την αίτηση καταβολής αποζημίωσης, ή αιτήματα που υποβλήθηκαν μεν με την αίτηση, αλλά αφορούσαν ένα μέρος, κατά το λοιπό μέρος που δεν περιέχεται στην αίτηση. Το αυτό ισχύει και για τα αιτήματα που υποβλήθηκαν αορίστως[8].

Β. 3. Χρόνος υποβολής αίτησης

Η υποβολή της αίτησης, εφόσον πρόκειται για απαιτήσεις που έχουν ήδη γεννηθεί, πρέπει, όπως άλλωστε κατά τα προαναφερόμενα και η σχετική έγγραφη όχληση που έχει προηγηθεί, <u>να υποβληθεί έως την υποβολή της τελικής επιμέτρησης[9].</u>

Β. 4. Συμπέρασμα

Συμπερασματικά η περιέλευση του εργοδότη σε υπερημερία συνεπάγεται την υποχρέωση του για καταβολή στον ανάδοχο αποζημίωσης, για τις θετικές ζημίες που υφίσταται εκ του λόγου αυτού, εφόσον υποβάλλει έγγραφη όχληση, μετά την έναρξη της υπερημερίας και ακολούθως αίτηση αποζημίωσης, οι οποίες έχουν το απαιτούμενο εκ της διατάξεως περιεχόμενο, η δε αποζημίωση περιορίζεται χρονικά μόνο στις ζημιές που υπέστη ο ανάδοχος από την επίδοση γραπτής όχλησης στον εργοδότη και εφεξής.

Εάν η αίτηση αποζημίωσης, απορριφθεί δικαιούται ο ανάδοχος, μετά την τήρηση της ενδικοφανούς διαδικασίας, να προσφύγει στο αρμόδιο διοικητικό εφετείο. Αν, αντίθετα, γίνει δεκτή, μπορεί να ζητήσει να του καταβληθεί το ποσό της αποζημίωσης με την υποβολή στην Διοίκηση του σχετικού λογαριασμού (άρθρο 40 παρ.5 του πδ 409/1985, όπως κωδικοποιήθηκε με το άρθρο 53 παρ.6 ν.3669/2008). Δεν μπορεί όμως, ο ανάδοχος, να προσφύγει κατ'ευθείαν στο διοικητικό εφετείο, χωρίς, προηγουμένως, να έχει υποβάλει τα ανωτέρω και χωρίς να έχει τηρήσει τη σχετική ενδικοφανή διαδικασία. Συνεπώς, αίτημα για αποζημίωση, κατ'εφαρμογήν των διατάξεων της παρ.2 του άρθρου 7 του ν.1418/1984, το οποίο είτε δεν υποβλήθηκε με την παραπάνω αίτηση εν όλω ή εν μέρει, είτε υποβλήθηκε με αυτήν αορίστως, υποβαλλόμενο για πρώτη φορά με τα ενδικοφανή μέσα (ένσταση και αίτηση θεραπείας) και την προσφυγή είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο, ενώ το αυτό ισχύει εάν του αιτήματος αποζημίωσης, δεν είχε προηγηθεί η απαιτούμενη έγγραφη όχληση ή εάν αυτή δεν είχε το απαιτούμενο εκ του νόμου περιεχόμενο[10].

ΙΙ. ΘΕΤΙΚΗ ΖΗΜΙΑ-ΕΝΝΟΙΑ ΑΥΤΗΣ

Η έννοια της θετικής ζημίας ορίζεται στο άρθρο 298 του ΑΚ ως η μείωση της υπάρχουσας περιουσίας του δανειστή (στην προκειμένη περίπτωση του αναδόχου) και αντιδιαστέλλεται η

[8] ΣτΕ 944/2018, 2107/2016, 2582/2014
[9] Ιδ.Νομολογία ΣτΕ στην υποσημείωση 6
[10] ΣτΕ 944/2018, 3201/2002, 900/2009, 2362/2009, 206/2017,1615/2015, 2582/2014

έννοια της θετικής ζημίας προς το διαφυγόν κέρδος, το οποίο είναι αυτό που προσδοκά κανείς με πιθανότητα, σύμφωνα με την συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί και το οποίο στην προκειμένη περίπτωση δεν αποζημιώνεται, αφού κατά τη ρητή διατύπωση της διάταξης του άρθρου 36 παρ.11 ν.3669/2008 αποζημιώνονται μόνο οι θετικές ζημίες.

Κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 36 παρ.11 ν.3669/2008, ως θετικές ζημίες θεωρούνται οι πραγματικές δαπάνες του αναδόχου που συνεπάγονται αύξηση του παθητικού ή μείωση του ενεργητικού της περιουσίας του ή σωρευτικά αμφότερα, δηλαδή οποιαδήποτε δαπάνη, που τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με το υπόψη έργο και συνεχίζεται, παρά τη διακοπή του έργου ή προκαλείται ακριβώς λόγω της διακοπή του. Ετσι κατά τη νομολογία, συνήθεις θετικές ζημίες του αναδόχου, είναι οποιοδήποτε ποσό καταβάλει ο ανάδοχος, κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, για μισθούς και έξοδα (σίτισης, ενδιαίτησης, ασφάλισης κλπ) προσωπικού, για μισθώματα μηχανημάτων (λόγω σταλίας) είτε αυτά είναι μισθωμένα είτε είναι ιδιόκτητα, διότι στην τελευταία περίπτωση, πρόκειται για το ποσό που κατεβλήθη για την αγορά τους και αποσβέννυται, μειουμένης της αξίας τους, για έξοδα του εργοταξίου, για προμήθειες εγγυητικών επιστολών, καθώς και η ζημία του αναδόχου εκ της επιβαρύνσεως με τους τόκους επί του αναπόσβεστου μέρους της προκαταβολής που έλαβε, ενώ θετική είναι και η ζημία από την καθυστέρηση σύνταξης και έγκρισης Συγκριτικού πίνακα..[11]

Το ύψος της αποζημίωσης που θα καταβληθεί είναι ζήτημα αποδείξεως από τον ανάδοχο και ανταποδείξεως από τον εργοδότη και δεν τίθεται συνήθως κάποιος περιορισμός, πλην της περίπτωσης που η υπερημερία οφείλεται στην καθυστέρηση εξόφλησης λογαριασμού του έργου, οπότε στην περίπτωση αυτή, κατά τη ρητή διατύπωση της διάταξης του άρθρου 36 παρ.11 εδάφιο β. του ν.3669/2008 οι θετικές ζημίες (σ.σ.εφόσον φυσικά αποδειχθεί η αιτία και η έκταση της ζημίας) οφείλονται κατά το μέτρο που υπερβαίνουν τον τόκο υπερημερίας.

ΙΙΙ. ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑ ΡΥΘΜΙΣΗΣ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑ ΑΥΤΗΣ ΜΕ ΕΣΔΑ, ΠΡΩΤΟ ΠΡΟΣΘΕΤΟ ΠΡΩΤΟΚΟΛΛΟ και ΔΙΕΘΝΕΣ ΣΥΜΦΩΝΟ ΓΙΑ ΑΤΟΜΙΚΑ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ.

Η διάταξη του άρθρου 36 παρ.11 ν.3669/2008 με την οποία υποβάλλεται στον ανάδοχο η υποχρέωση υποβολής έγγραφης όχλησης, προκειμένου να αποζημιωθεί λόγω της υπερημερίας του κυρίου του έργου για την θετική του ζημία, όπως έχει κριθεί δεν αντίκειται στις διατάξεις α) των άρθρων του Συντάγματος 4 παρ.1, 2, 5 παρ.1, 20 παρ.1, 25 παρ.1 β) του άρθρου 6 παρ.1 της Ε.Σ.Δ.Α γ) του άρθρου 1 του Πρώτου

[11] ΣτΕ 206/2017, 2363/2015, 4225/2014, Ολ.ΣτΕ 1302/2009

Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαικής Σύμβασης και δ) του άρθρου 14 του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα (ν.2462/1997).[12]

IV. ΕΦΑΡΜΟΓΗ Ή ΜΗ ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΤΩΝ ΑΡΘΡΩΝ 280, 288 και 281 του ΑΣΤΙΚΟΥ ΚΩΔΙΚΑ.

Οπως παγίως έχει κριθεί η αποζημίωση του αναδόχου για την αποκατάσταση ζημιών, λόγω υπερημερίας του κυρίου του έργου ρυθμίζεται ευθέως από την διάταξη του άρθρου 7 παρ. 2 του ν.1418/1984, όπως κωδικοποιήθηκε με το άρθρο 36 παρ.11 του ν.3669/2008 και δεν καταλείπεται, κατ'αρχήν, περιθώριο συμπληρωματικής εφαρμογής, σύμφωνα με το άρθρο 30 παρ.11 του αυτού νόμου των διατάξεων των άρθρων 200, 288 και 281 του ΑΚ. Εξάλλου, η εφαρμογή των διατάξεων αυτών του ΑΚ, απαιτεί να συντρέχουν πραγματικά περιστατικά και στοιχεία που καθιστούν ιδιαιτέρως επαχθή την εκτέλεση της παροχής για τον ανάδοχο, τα οποία σε κάθε περίπτωση θα πρέπει ο ανάδοχος να αναφέρει σαφώς και ορισμένως.[13]

V. ΤΟ ΑΡΘΡΟ 137 Ν.4412/2016.

Στο ν.4412/2016 οι σχετικές με την υπερημερία του εργοδότη διατάξεις αποτέλεσαν ιδιαίτερο άρθρο (137) στο οποίο παραμένει ο βασικός κορμός των ρυθμίσεων του ν.3669/2008 και προστίθενται αναλυτικότερες διατάξεις, σύμφωνα με τη διαμορφωμένη πάγια νομολογία, για την έννοια της όχλησης, των θετικών ζημιών και ιδιαιτέρως της αποζημίωσης που οφείλεται για τις σταλίες του μηχανικού εξοπλισμού του αναδόχου.

[12] ΑΠ 1886/2014, ΣτΕ 3006/2013

[13] ΣτΕ 2363/2015, 262/2006, 4080/2013 κ.α., με τις οποίες έχει κριθεί ότι η εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 200 και 288 ΑΚ συνάπτεται με πραγματικά περιστατικά και στοιχεία, από τα οποία πρέπει να προκύπτει ότι η εκτέλεση της παροχής κατέστη για τον ανάδοχο του έργου υπερμέτρως επαχθής και τα οποία θα πρέπει να αναφέρονται συγκεκριμένα στο δικόγραφο, άλλως ο σχετικός ισχυρισμός είναι σε κάθε περίπτωση απορριπτέος ως αόριστος.