



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΟΥ
ΓΕΝΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑΣ ΑΙΓΑΙΟΥ &
ΝΗΣΙΩΤΙΚΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ & ΝΗΣΙΩΤΙΚΗΣ
ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ**

Αριθμός Γνωμοδότησης 44/2016
(Ατομική)

Αρ. Ερωτήματος: 4122.72-10/4112/2015/25-2-2016 της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται εάν είναι νόμιμο το σχέδιο συμβάσεως μεταξύ της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής του Υπουργείου Ναυτιλίας & Νησιωτικής Πολιτικής αφενός και της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "Εταιρεία Ύδρευσης και Αποχέτευσης Πρωτεύουσας Α.Ε." (Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε.) αφετέρου για την παροχή νερού προκειμένου να υδροδοτηθούν τα άνυδρα νησιά των Κυκλάδων μέχρι την 31.12.2016, ενόψει των όρων που διαλαμβάνει η σύμβαση για τα έτη 2015 και 2016.

Γνωμοδοτών : Ιωάννης Μπακόπουλος, Πάρεδρος ΝΣΚ

Μυτιλήνη 29.2.2016

Επί του ως άνω ερωτήματος που υπογράφεται από το ειδικά εξουσιοδοτημένο (κατά το άρθρο 40 παρ. 4 της 1000.0/35289/1.12.2015 απόφασης του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής, ΦΕΚ Β' 2582/1-12-2015, Μεταβίβαση αρμοδιοτήτων και δικαιώματος υπογραφής «Με εντολή Υπουργού» στο Γενικό Γραμματέα Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής και σε υπηρεσιακά όργανα του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής) Γενικό Γραμματέα της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής του Υπουργείου Ναυτιλίας & Νησιωτικής

Πολιτικής και ερευνάται υπό το φως των κείμενων και εφαρμοστέων διατάξεων, η γνώμη μας, είναι η ακόλουθη:

I. ΤΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ ΤΟΥ ΕΡΩΤΗΜΑΤΟΣ.

1. Την 12.8.2005 υπεγράφη σύμβαση υδροδότησης των άνυδρων νησιών των Κυκλάδων μεταξύ της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής του Υπουργείου Ναυτιλίας & Νησιωτικής Πολιτικής αφενός και της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "Εταιρεία Ύδρευσης και Αποχέτευσης Πρωτεύουσας Α.Ε." (Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε.) αφετέρου. Η σύμβαση αυτή αφορούσε την παροχή νερού μέχρι το τέλος του έτους 2005. Η παροχή νερού από την ΕΥΔΑΠ Α.Ε. συνεχίστηκε για τα έτη 2006, 2007 και 2008.
2. Νέα Σύμβαση μεταξύ των ως άνω αντισυμβαλλόμενων με το ίδιο περιεχόμενο υπεγράφη την 28.7.2009 με ισχύ μέχρι την 31.12.2009. Η σύμβαση εκείνη ρύθμιζε τους όρους για τις διατεθείσες ποσότητες των ετών 2006, 2007, 2008 και για το Α' τρίμηνο του έτους 2009, καθώς και την εξόφληση των οφειλών που είχαν προκύψει σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες κοινές υπουργικές αποφάσεις.
3. Εν τω μεταξύ η προμήθεια ποσοτήτων νερού για τα άνυδρα νησιά των Κυκλάδων συνεχίστηκε και τα έτη 2010 έως 2015 με συμφωνία και χωρίς την υπογραφή σχετικής σύμβασης μεταξύ των μερών. Ήδη, μετά από συνεννόηση, κατέστη εφικτή η εξόφληση παλαιών οφειλών που γεννήθηκαν και κατέστησαν ληξιπρόθεσμες από τον Μάιο του έτους 2013 έως και τον Ιούνιο του έτους 2015 συνολικού ύψους 238.575, 42 Ευρώ.
4. Πλέον ανεξόφλητες έως σήμερα είναι οι απαιτήσεις της Ε.ΥΔΑΠ που αφορούν το β' εξάμηνο του έτους 2015, συνολικού ύψους 45.496, 89 Ευρώ. (*Ενημερωτικό σημείωμα Νο 246/ 1-2-2016 του Τμήματος Πρωτογενούς Τομέα, Φυσικών Πόρων & Ενέργειας της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής*).
5. Στο πλαίσιο αυτό προωθείται η υπογραφή νέας σύμβασης παροχής νερού για την κάλυψη των αναγκών σε ύδωρ των άνυδρων νησιών των Κυκλάδων μεταξύ των αυτών αντισυμβαλλομένων. Το α' μέρος του υπό εξέταση σχεδίου της Σύμβασης αναφέρεται και περιγράφει την προμήθεια που παρείχε η ΕΥΔΑΠ Α.Ε. σε ύδωρ κατά τα έτη 2010 - 2014.
6. Στο β' μέρος αναφέρονται οι όροι παροχής ύδατος για τα έτη 2015 και 2016 με ανώτατη ενδεικτική παρεχόμενη ποσότητα ύδατος έως 600.000 κυβικά μέτρα. Το συνολικό οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης για το σύνολο των ετών από το 2010 έως το 2016 ανέρχεται σε 1.259.490 Ευρώ .

II. ΚΡΙΣΙΜΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ.

7. Με την διάταξη του άρθρου 1 του Ν. 2286/1995 "Προμήθειες Δημοσίου Τομέα" προβλέπεται ότι: " Στις διατάξεις του νόμου αυτού υπάγονται οι κάθε είδους προμήθειες αγαθών που ενεργούνται από: α) το Δημόσιο....." Με την διάταξη του άρθρου 2 του ως άνω νόμου καθορίζονται οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών. Στην παράγραφο 12 του ίδιου άρθρου διακρίνονται οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών σε συνοπτικές, ανοικτές, κλειστές και με διαπραγμάτευση. Στο εδάφιο δ' του άρθρου αυτού προβλέπεται ότι: " ... διαπραγμάτευση (εξαιρετική ή απευθείας ανάθεση) είναι η διαδικασία που οι επιμέρους φορείς προσφεύγουν στους προμηθευτές της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους των υπό σύναψη συμβάσεων με έναν ή περισσότερους από αυτούς, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού". Κατά την διάταξη του άρθρου 22 του ΠΔ 118/2007 " Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου" προβλέπεται ότι: " Προμήθειες με διαπραγμάτευση (εξαιρετική ή απευθείας ανάθεση) με ή χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης μπορεί να γίνουν εάν συντρέχει μία από τις περιπτώσεις που προβλέπονται στο άρθρο 2 παρ. 13 του Ν. 2286/1995". Στο άρθρο 2 παρ. 13 του Ν. 2286/1995 ορίζεται ότι: " Η διαδικασία του τελευταίου εδαφίου της προηγούμενης παραγράφου (ήτοι της παρ. 12 εδάφιο δ' - απευθείας ανάθεση) μπορεί να τηρηθεί στις ακόλουθες περιπτώσεις: I...II. Όταν για τεχνικούς.....λόγους....τα προς προμήθεια αγαθάπαραδίδονται μόνο από ορισμένο προμηθευτή..".

8. Επειδή, ο ν. 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (φ. 19) προβλέπει, στο άρθρο 5 παρ. 1 και 2, ότι η σύναψη και η εκτέλεση των συμβάσεων προμηθειών του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. που αποτελούν οργανισμούς της καθ ύλην αυτοδιοικήσεως γίνονται σύμφωνα με τον Κανονισμό Προμηθειών Δημοσίου (Κ.Π.Δ.), ο οποίος θεσπίζεται με προεδρικό διάταγμα. Βάσει της εξουσιοδοτικής αυτής διατάξεως εκδόθηκε ο ανωτέρω Κανονισμός (π.δ. 394/1996, φ. 266), στις διατάξεις του οποίου υπάγονται, κατά το άρθρο 1 παρ. 1 αυτού, «οι κατά το άρθρο 1 του ν. 2286/1995 προμήθειες αγαθών που εκτελούνται από το Δημόσιο και τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.)». Σύμφωνα, όμως, με την παρ. 2 του ίδιου άρθρου 1, «Κατ εξαίρεση: α) ... β) οι προμήθειες αγαθών οι οποίες δεν εντάσσονται στο ενιαίο πρόγραμμα προμηθειών εκτελούνται σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 79 έως 85 του Ν. 2362/1995 (ΦΕΚ 247Α/1995), συμπληρωματικώς δε και με τις διατάξεις του παρόντος».

III. ΕΡΜΗΝΕΙΑ – ΥΠΑΓΩΓΗ.

9. Περαιτέρω, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση της αρχής της νομιμότητας, οι συστατικές ατομικές διοικητικές πράξεις δεν αναπτύσσουν αναδρομική ισχύ, δηλαδή τα έννομα αποτελέσματά τους δεν μπορούν να ανατρέχουν σε χρόνο προγενέστερο της έκδοσής τους (ή της κοινοποίησής τους, όπου αυτή απαιτείται) και τούτο προεχόντως διότι η διοικητική ενέργεια προκαλείται και προσδιορίζεται με βάση την επικαιρότητα, τόσο από πλευράς τυπικής νομιμότητας (αρμοδιότητα οργάνου, τύπος, διαδικασία), όσο και από πλευράς ουσιαστικής νομιμότητας, με την έννοια ότι η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής του νόμου πρέπει να υφίσταται κατά το χρόνο της ενέργειας της διοίκησης. Κατ' εξαίρεση της αρχής αυτής, αναδρομική ισχύς αναγνωρίζεται μόνον στις περιπτώσεις που α) ρητώς επιτρέπεται από τις σχετικές διατάξεις ή σαφώς προκύπτει από αυτές, β) πρόκειται για πράξεις που εκδίδονται σε συμμόρφωση με αποφάσεις δικαστηρίων και γ) ανακαλείται παράνομη πράξη. Επειδή δε και η συμβατική δράση της δημόσιας διοίκησης διέπεται από την αρχή της νομιμότητας - και όχι από τον κανόνα της συμβατικής ελευθερίας του άρθρου 361 Α.Κ. - στην ίδια ως άνω κατ' αρχήν απαγόρευση της αναδρομικής ισχύος υπόκεινται και οι διοικητικές συμβάσεις (βλ. Πράξ. IV Τμ. Ελ. Συν. 128/2005, 152/2007). Περαιτέρω, ο ν.2362/1995 «Περί Δημοσίου Λογιστικού, ελέγχου των δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ 247, Α') ορίζει στο άρθρο 80 υπό τον τίτλο «Τύπος συμβάσεων» ότι *«Για το κύρος συμβάσεως του Δημοσίου με αντικείμενο αξίας μεγαλύτερης των τετρακοσίων χιλιάδων (400.000) δραχμών [ήδη 2.500,00 ευρώ] ή που γεννά διαρκή υποχρέωση αυτού, απαιτείται η κατάρτισή της να γίνει με ιδιωτικό τουλάχιστον έγγραφο. Το ανωτέρω ποσό μπορεί να τροποποιείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών. Επί συμβάσεως, η αποδοχή της προτάσεως δύναται να γίνει και με χωριστό έγγραφο, η υπό του αντισυμβαλλομένου όμως του Δημοσίου εκπλήρωση της παροχής του αίρει την εκ της ελλείψεως του γραπτού τύπου της αποδοχής ακυρότητα της συμβάσεως.»* Κατά την διάταξη δε του άρθρου 85 του Ν. 2362/1995 *«Η καθ' οιονδήποτε τρόπο παραβίαση των διατάξεων των άρθρων 79 έως και 84 του παρόντος νόμου επέagetαι την απόλυτη ακυρότητα της συμβάσεως....»*. Επίσης, ο κυρωθείς με το άρθρο πρώτο του ν.2690/1999 (ΦΕΚ 45, Α') Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας ορίζει στο άρθρο 22 ότι: *« Η διοικητική σύμβαση υποβάλλεται στον έγγραφο τύπο, εκτός αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά. Για την κατάρτισή της, η πρόταση και αποδοχή είναι δυνατόν να γίνονται με διαφορετικά έγγραφα.»* Με τις ως άνω

διατάξεις θεσπίζεται εξαίρεση από την αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών που ισχύει στο ιδιωτικό δίκαιο και επιβάλλεται ως κανόνας επί των διοικητικών συμβάσεων ο έγγραφος τύπος, για λόγους ασφάλειας δικαίου. Όπως δε προκύπτει από το άρθρο 80 του ν.2362/1995, που προβλέπει την έγγραφη κατάρτιση της σύμβασεως «για το κύρος της», δηλαδή ως προϋπόθεση για την έγκυρη σύναψή της, ο τύπος αυτός είναι καταρχήν συστατικός και όχι απλώς αποδεικτικός, χωρίς να αποκλείεται όμως αντίθετη ειδική νομοθετική ρύθμιση, που να ορίζει ρητά ότι ο έγγραφος τύπος έχει αποδεικτικό μόνο χαρακτήρα. Σε κάθε περίπτωση το Δημόσιο και τα ν.π.δ.δ. δεν δύνανται να ορίζουν, σε σύμβαση που υπογράφουν, χρόνο ισχύος αυτής προγενέστερο του χρόνου κατά τον οποίο αυτή, κατά τα ανωτέρω, συνήφθη (βλ. Πράξ. IV Τμ. Ελ.Σ. 124/2007).

10. Αλλά, όπως συνάγεται από όλες τις προεκτεθείσες διατάξεις σε συνδυασμό ερμηνευόμενες, οι διοικητικές αρχές δεν δύνανται να συνομολογούν σε σύμβαση που υπογράφουν όρους με αναδρομική ισχύ ούτε δύνανται να ορίζουν χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης που ανατρέχει σε διάστημα προγενέστερο της κατά τα ανωτέρω συνάψεως αυτής. (ΕΣ 171/2011,, Τμήμα IV).

11. Υπό το φως της ερμηνείας των ως άνω διατάξεων παρατηρείται ότι η σύναψη με την ΕΥΔΑΠ Α.Ε. σύμβασης παροχής νερού στο Υπουργείο Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής για την κάλυψη των αναγκών ύδρευσης των κυκλαδίτικων νησιών με διαδικασία απευθείας ανάθεσης και διαπραγμάτευσης των επιμέρους όρων αυτής, χωρίς την προκήρυξη διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι σύμφωνη με τις διατάξεις των άρθρων 1 και 2 του Ν. 2286/1995, όπως αυτές ισχύουν, και 22 του ΠΔ 118/2007. Πράγματι, τεχνικοί και όχι μόνο λόγοι υποχρεώνουν την προμήθεια αποκλειστικά από την ΕΥΔΑΠ Α.Ε. της παροχής νερού για τα άνυδρα νησιά των Κυκλάδων, διαδικασία που ξεκίνησε και λειτουργεί απρόσκοπτα με συμβάσεις και συμφωνίες που προηγήθηκαν κατά τα προηγούμενα δέκα έτη, ήτοι από το 2005 έως και σήμερα.

12. Έως τον Ιούνιο του έτους 2015, όπως αναφέρθηκε, εξοφλήθηκαν, όλες οι οφειλές του Ελληνικού Δημοσίου προς την ΕΥΔΑΠ Α.Ε. για την ως άνω αιτία (σχτ. το 246 ενημερωτικό σημείωμα της Δ/σης Μελετών, Έργων, Φυσικών Πόρων & Ενέργειας της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής). Στο προς υπογραφή προωθούμενο σχέδιο σύμβασης η διάθεση αυτών των ποσοτήτων νερού και η εξόφληση των οφειλόμενων στην ΕΥΔΑΠ Α.Ε. περιγράφεται αναλυτικά για τα έτη 2010 έως και 2014 και για το πρώτο εξάμηνο του 2015 ενώ αναφέρεται

περιγραφικά και η δρομολόγηση της διαδικασίας εξόφλησης των λογαριασμών του τρίτου τριμήνου του έτους 2015.

13. Στο σημείο αυτό είναι κρίσιμο να διευκρινιστεί ότι η αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης που συναντάται και στον χώρο των διοικητικών συμβάσεων επιβάλλει την τήρηση του έγγραφου τύπου ως συστατικού στοιχείου της συμφωνίας των μερών και υπό την έννοια αυτή την ανάληψη υποχρεώσεων για το μέλλον. Δεν δύναται, λοιπόν, στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων η έλλειψη του συστατικού έγγραφου τύπου να θεραπευθεί μεταγενέστερα με την εκ των υστέρων σύναψη σύμβασης για την ανάληψη και κάλυψη αναδρομικών δεσμεύσεων.

14. Όμως, η προς υπογραφή σύμβαση, μολοντί ο ένας των συμβαλλομένων είναι το Δημόσιο και με αυτή επιδιώκεται η εξυπηρέτηση δημοσίου σκοπού, δεν προκύπτει ότι είναι δυνατόν να χαρακτηριστεί ως διοικητική, εφόσον προς τούτο απαιτείται να διαπιστωθεί, εκ του όλου περιεχομένου της, του κανονιστικού καθεστώτος από το οποίο διέπεται και των τυχόν περιεχομένων σε αυτή, αποκλινουσών του κοινού δικαίου, ρητρών, ότι το Δημόσιο ευρίσκεται σε υπερέχουσα θέση και ότι η προμηθεύτρια εταιρεία αποδέχθηκε συμβατικούς όρους, που εξασφαλίζουν στο Δημόσιο εξαιρετικό συμβατικό καθεστώς και του παρέχουν τη δυνατότητα να επιβάλλει κυρώσεις ή να παρεμβαίνει μονομερώς προς το συμφέρον του στη διαμόρφωση του συμβατικού τους δεσμού (ΑΕΔ 3/1999, ΟΛΑΠ 7/2001 ΕλλΔνη 2001.381, ΟΛΑΠ 8/2000 ΕλλΔνη 2000.667, ΑΠ 1378/2011 ΤΝΠ, Διοικ. Εφ. Αθ. 613/2014).

15. Κατόπιν αυτών, και ενόψει της διάταξης του άρθρου 80 του Ν.2362/1995, τυχόν, ανάληψη υποχρεώσεων που γεννήθηκαν πριν την σύναψη του προωθούμενου σχεδίου της σύμβασης δεν δύναται να στηριχθούν σε αυτήν, λόγω μη τήρησης οποιουδήποτε έγγραφου τύπου (ούτε καν έγγραφη πρόταση προς συνομολόγηση σύμβασης δεν υπάρχει). Ανεξαρτήτως, λοιπόν, της δρομολόγησης της διαδικασίας εξόφλησης προς την ΕΥΔΑΠ ΑΕ των οφειλόμενων, λόγω των ποσοτήτων νερού που παρεδόθησαν κατά το δεύτερο εξάμηνο του έτους 2015, η διαδικασία αυτή της εξόφλησης των οφειλόμενων δεν μπορεί νομικά να στηριχθεί στην σύμβαση που θα υπογραφεί, μπορεί απλώς να περιγραφεί σε αυτήν, όπως άλλωστε ιστορικά στο Α' μέρος της σύμβασης περιγράφονται οι ποσότητες νερού που παραδόθηκαν και το αντίτιμο που ήδη κατεβλήθη (Οικονομικό αντικείμενο ετών 2010, 2011, 2012, 2013 και 2014 : 927.590 Ευρώ).

16. Συνεπώς, στην προς υπογραφή σύμβαση και ειδικότερα στο Β' μέρος αυτής οι μόνοι έγκυροι όροι για την διάθεση ποσοτήτων νερού που η ΕΥΔΑΠ Α.Ε. αναλαμβάνει την υποχρέωση να παράσχει στο Υπουργείο Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής αφορούν το έτος 2016. Για το έτος 2015 η εκπλήρωση των υποχρεώσεων που ανέλαβε το Δημόσιο μπορεί να περιγράφεται και να διαπιστώνεται στην σύμβαση δεν μπορεί όμως να συστήνεται και να ερείδεται σε αυτήν.

IV. ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΡΩΤΗΜΑΤΟΣ.

Ενόψει των παραπάνω έχω την γνώμη ότι:

α. Το προς υπογραφή σχέδιο σύμβασης παροχής νερού, μεταξύ της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου & Νησιωτικής Πολιτικής του Υπουργείου Ναυτιλίας & Νησιωτικής Πολιτικής αφενός και της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "Εταιρεία Ύδρευσης και Αποχέτευσης Πρωτεύουσας Α.Ε." (Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε.) αφετέρου, είναι νόμιμο, ως προς τους όρους εκείνους που αφορούν την διάθεση ποσοτήτων νερού για το έτος 2016 για την κάλυψη των αναγκών σε ύδωρ των άνυδρων νησιών των Κυκλάδων.

β. Το ως άνω σχέδιο συμβάσεως είναι, επίσης, νόμιμο εφόσον περιγράφει και δεν συστήνει αναληφθείσες υποχρεώσεις παροχής νερού από την ΕΥΔΑΠ Α.Ε. για το έτος 2015 και πριν.

Ο Γνωμοδοτών



ΙΩΑΝΝΗΣ ΜΠΑΚΟΠΟΥΛΟΣ

Πάρεδρος ΝΣΚ