



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

**Αριθμός Γνωμοδότησης 39/2019
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Δ' ΤΜΗΜΑ**

Συνεδρίαση της 20^{ης} Φεβρουαρίου 2019

Σύνθεση:

Προεδρεύων: Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ., λόγω κωλύματος της Προέδρου του Τμήματος Χρυσάφουλας Αυγερινού, Αντιπροέδρου Ν.Σ.Κ.

Μέλη: Γεώργιος Κανελλόπουλος, Αικατερίνη Γρηγορίου, Γαρυφαλιά Σκιάνη, Παναγιώτης Παππάς, Αθανάσιος Θεοχάρης, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής : Αθανάσιος Θεοχάρης, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους

Αριθμός Ερωτήματος: Το έγγραφο με αριθμό πρωτ. Φ.095/241/55984/Σ.12723/23-7-2018 του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας, της Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων, της Διεύθυνσης Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων και Διασφάλισης Ποιότητας, του Τμήματος Κατάρτισης Συμβάσεων ΑΩ/ΠΝ, που υπογράφεται από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας.

Ερωτάται: Αν είναι έγκυρη και, συνακόλουθα, αν ισχύει ή όχι, η τροποποίηση της Σύμβασης ΑΩ 10/03, λόγω της έκδοσης απόφασης από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας για την έγκριση του σχεδίου της, παρά το γεγονός ότι δεν υπογράφηκε ακολούθως σχετική σύμβαση, από τον εξουσιοδοτηθέντα προς τούτο Γενικό Διευθυντή της Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων (ΓΔΑΕΕ), λαμβανομένου υπόψη ότι, από την έγκριση του άνω σχεδίου της μέχρι σήμερα, η αντισυμβαλλόμενη εταιρεία έχει προχωρήσει στην υλοποίηση των προγραμμάτων που είχαν περιληφθεί στο υπόψη σχέδιο τροποποίησης.

Για το ερώτημα αυτό, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Δ' Τμήμα), γνωμοδότησε ως εξής:

Ιστορικό

Από το ως άνω Ερώτημα και τα συνοδευτικά του φακέλου στοιχεία, προκύπτει το ακόλουθο πραγματικό:

1. Η Σύμβαση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων (ΣΑΩ) 10/03 μεταξύ ΥΠΕΘΑ/ΓΓΟΣΑΕ (νυν ΥΠΕΘΑ/Γενική Διεύθυνση Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων - ΓΔΑΕΕ) και της εταιρείας «I..... M.... & Offshore» (νυν I.....B.V), απορρέει από τη Σύμβαση Κύριας Προμήθειας (ΣΚΠ) 010B/2003 «Εκσυγχρονισμός Μέσης Ζωής Έξι (6) Φρεγατών τύπου S» (πρόγραμμα EMZ Φρεγατών) με δικαίωμα προαίρεσης (OPTION) για δύο (2) επιπλέον Φρεγάτες, μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου (Υπουργείο Εθνικής Άμυνας) και της εταιρείας «Ελληνικά Ναυπηγεία ΑΕ» (ΕΝΑΕ). Σημειώνεται ότι η ΣΑΩ έχει λήξει και είναι σε διαδικασία εκκαθάρισης.

2. Τα κυριότερα στοιχεία της ΣΑΩ είναι τα ακόλουθα:

α. Ο Προμηθευτής αναλάμβανε την αμετάκλητη υποχρέωση να υλοποιήσει ο ίδιος ή να προκαλέσει άλλα αποδεκτά μέρη να υλοποιήσουν αποδεκτά Προγράμματα ΑΩ, συνολικής πιστωτικής αξίας, τουλάχιστον, ίσης με το 129 % της αξίας της ΣΚΠ. Η συνολική αξία της ΣΚΠ, που αφορά στον συγκεκριμένο προμηθευτή, ήταν 10.154.400€, επομένως, η συνολική πιστωτική αξία που αναλάμβανε να υλοποιήσει ο προμηθευτής, ανερχόταν στο ποσό των 13.103.000 €, σύμφωνα με τις παρ. 8.3 και 8.4 του άρθρου 8 της σύμβασης.

β. Διάρκεια της ΣΑΩ: Ο Προμηθευτής είχε την υποχρέωση να υλοποιήσει τις υποχρεώσεις ΑΩ, μέσα σε χρονική διάρκεια ίση με επτά (7) έτη από την ημερομηνία ενεργοποίησης της Σύμβασης, ήτοι έως 21 Μαρτίου 2010.

3. Στις 29 Μαΐου 2009, η προμηθεύτρια εταιρεία υπέβαλε αίτημα τροποποίησης Νο 1 της Σύμβασης ΑΩ, το οποίο περιλάμβανε αλλαγές στα Παραρτήματα «Α» (περιγραφές προγραμμάτων) και «Γ» (χρονοδιάγραμμα υλοποίησης προγραμμάτων). Το αίτημα τροποποίησης υπαγορεύτηκε από την ανάγκη εναρμονισμού της ΣΑΩ με την τροποποίηση Νο 2 της ΣΚΠ 010B/2003.

4. Η διαπραγμάτευση που ακολούθησε, κατέληξε σε κοινά αποδεκτό σχέδιο τροποποίησης της ΣΑΩ, για το οποίο εκδόθηκε θετική γνωμοδότηση της Κεντρικής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών της Γενικής Δνσης Αμυντικών Εξοπλισμών

και Επενδύσεων (ΚΓΕΠ / ΓΔΑΕΕ) και, στη συνέχεια, ο Υπουργός Εθνικής Άμυνας, με τη Φ. 095.1/86384/Σ. 1481/19-3-2010 απόφασή του, αποδέχθηκε την πιο πάνω γνωμοδότηση της ΚΓΕΠ/ΓΔΑΕΕ, ενέκρινε το προτεινόμενο σχέδιο Τροποποίησης υπ' αριθ. 1 της Σύμβασης ΑΩ 10/03 και εξουσιοδότησε τον Γενικό Διευθυντή της ΓΔΑΕΕ για την υπογραφή της συγκεκριμένης τροποποίησης.

5. Μέχρι την 15^η Σεπτεμβρίου 2010, ο (τότε) Γενικός Δντής της ΓΔΑΕΕ δεν είχε υπογράψει τα υποβληθέντα, για τον σκοπό αυτό, αντίτυπα της πιο πάνω τροποποίησης, επισημαίνοντας, με ιδιόχειρη σημείωση του, στο σχετικό συνοδευτικό των πιο πάνω αντιτύπων Ενημερωτικό Σημείωμα της ΓΔΑΕΕ, ότι η από 14 Ιουνίου 2010 επιστολή του ΣΔΟΕ, που ενημερώνει την υπηρεσία ότι το πρόγραμμα EMZ Φρεγατών διερευνάται, καθιστά μη δυνατή, στην παρούσα φάση, την υπογραφή και θέση σε ισχύ της εγκριθείσας τροποποίησης, προκειμένου να αποφευχθεί οποιαδήποτε μεταβολή των στοιχείων της σύμβασης, η οποία, ενδεχομένως, να παρήγαγε έννομες συνέπειες και δυσχέρειες στο έργο της διερεύνησης, πρότεινε δε, να επαναπροωθηθεί ο φάκελος, μετά το τέλος των ερευνών. Στα πλαίσια της διαδικασίας αυτής και δεδομένου ότι, στο μεταξύ, είχε τοποθετηθεί νέος Γενικός Διευθυντής ΓΔΑΕΕ, ο Αναπληρωτής Υπουργός Εθνικής Άμυνας, επέστρεψε τον φάκελο, με ιδιόχειρη εντολή να ενημερωθεί ο νέος Γενικός Διευθυντής και να εξεταστεί το « .. κατά πόσο η τροποποίηση άρθρων της σύμβασης επηρεάζει την έρευνα του ΣΔΟΕ».

6. Ακολούθησε αλληλογραφία με το ΣΔΟΕ και επανεξέταση του φακέλου της υπόθεσης σε συνεργασία με το ΓΝΥ/ΓΔΑΕΕ, με κατάληξη την επανεισαγωγή του θέματος στην ΚΓΕΠ, η οποία, με την από 22-2-2012 Γνωμοδότηση της, με αριθμό 19/2012, γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της ανάκλησης της Φ. 095.1/86384/Σ. 1481/19-3-2010 απόφασης του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, λαμβάνοντας υπόψη ότι η ΣΑΩ είχε λήξει από την 21^η Μαρτίου 2010 και ότι η τροποποίηση δεν ήταν, πλέον, δυνατή. Στη συνέχεια, συντάχθηκε σχετικό Φύλλο Ενημέρωσης Εισήγησης (ΦΕΕ), με το οποίο η ΓΔΑΕΕ εισηγήθηκε την αποδοχή της πιο πάνω Γνωμοδότησης της ΚΓΕΠ και την υπογραφή του διαβιβασθέντος σχεδίου ανάκλησης της Φ. 095.1/86384/Σ. 1481/19-3-2010 απόφασης του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, το οποίο, όμως, ουδέποτε υπογράφηκε από τον Υπουργό.

7. Κατά το χρονικό διάστημα από 11 Ιουλίου 2012 έως και 28 Φεβρουαρίου 2017, επανυποβλήθηκαν πέντε (5) όμοιες εισηγήσεις, με τις οποίες η ΓΔΑΕΕ εισηγήθηκε την αποδοχή της πιο πάνω Γνωμοδότησης της ΚΓΕΠ και την υπογραφή του

σχεδίου ανάκλησης της πιο πάνω απόφασης του Υπουργού Εθνικής Άμυνας. Τέτοια απόφαση, όμως, ουδέποτε υπογράφηκε από τον αρμόδιο, προς τούτο, Υπουργό Εθνικής Άμυνας.

8. Ο φάκελος της υπόθεσης (πρόγραμμα EMZ Φρεγατών) διαβιβάσθηκε στην Εισαγγελία Εφετών Αθηνών (Εισαγγελέα εγκλημάτων διαφθοράς) για διερεύνηση, χωρίς να έχει υπάρξει, μέχρι και την ημερομηνία υποβολής του παρόντος ερωτήματος, κάποια σχετική ενημέρωση προς την αρμόδια υπηρεσία για την εξέλιξη αυτής.

Νομοθετικό και Συμβατικό Πλαίσιο.

9. Με το ν. 3433/2006 «*Προμήθειες αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων*» (Α' 20) επανακαθορίστηκε το νομικό καθεστώς των προμηθειών αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων και καταργήθηκε το π.δ. 284/1989, πλην, όμως, στο άρθρο 73 του νόμου αυτού ορίζεται ότι: «1. Η ισχύς του νόμου αυτού αρχίζει δύο μήνες μετά τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. 2. Προμήθειες αμυντικού υλικού που ήδη έχουν προκηρυχθεί ή εκτελούνται κατά το χρόνο που ο νόμος αυτός τίθεται σε ισχύ εξακολουθούν να διέπονται και να ρυθμίζονται από τις ισχύουσες διατάξεις...»

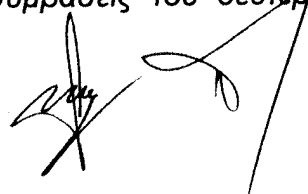
10. Στα άρθρα 105, 109 και 118 του ν. 3978/2011 «*Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών στους τομείς της Άμυνας και της Ασφάλειας - Εναρμόνιση με την Οδηγία 2009/81/ΕΚ - Ρύθμιση θεμάτων του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας*» (Α' 137), ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Άρθρο 105 Εκτέλεση συμβάσεων

1. Οι διατάξεις του ν. 3433/2006 περί Εγχώριας Βιομηχανικής Συμμετοχής (ΕΒΣ), Ελληνικής Προστιθέμενης Αξίας (ΕΠΑ) και Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων (ΑΩ), καθώς και οι κανονιστικές πράξεις που έχουν εκδοθεί κατ' εξουσιοδότησή τους, καταργούνται.

Άρθρο 109. Μεταβατικές διατάξεις.

1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος. Ως έναρξη διαδικασίας σύναψης νοείται: α) η αποστολή προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, για τις συμβάσεις του δεύτερου



Μέρους, β) η δημοσίευση προκήρυξης στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, για τις συμβάσεις του τρίτου Μέρους, γ) η ανάρτηση στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, για τις συμβάσεις που ανατίθενται με τη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού και δ) η λήψη απόφασης σύναψης σύμβασης, για τις υπόλοιπες περιπτώσεις.

2. Διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξης τους.

3. Συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου, εκτελούνται σύμφωνα με το καθεστώς που τις διείπε κατά το χρόνο σύναψής τους.

Άρθρο 118. Έναρξη ισχύος

Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».

11. Στα άρθρα 1, 9, 17 παρ. 5, 30 παρ. 10 και 66 του εκδοθέντος κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 50 παρ. 5 του ν.δ. 721/1970 (Α'251) π.δ. 284/1989 «Τροποποίηση, συμπλήρωση και μεταγλώττιση του π.δ. 785/1978 « Περί Προμηθειών, Εργολαβιών και Εκτελέσεως Εργασιών των Ενόπλων Δυνάμεων» (Α' 181), όπως ισχύει, ορίζονται τα ακόλουθα:

«Άρθρο 1 Αντικείμενο

Με το παρόν Προεδρικό Διάταγμα, ρυθμίζονται αποκλειστικά οι μέθοδοι και οι διαδικασίες προμηθειών, εργολαβιών, εργασιών και παροχής υπηρεσιών που πραγματοποιούνται στο εσωτερικό και στο εξωτερικό της χώρας με τη φροντίδα του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας για την ικανοποίηση των κάθε φύσεως αναγκών του.

Άρθρο 9 Οικονομική εξουσία στις Προμήθειες Ενόπλων Δυνάμεων

1. Ο έγκαιρος προγραμματισμός των αναγκών των Ενόπλων Δυνάμεων σε υλικά, εφόδια και εργολαβίες και η υλοποίηση του εγκρινόμενου προγράμματος προμηθειών για την ικανοποίησή τους, αποτελούν ένα σύνολο ενεργειών, που διακρίνονται μεταξύ τους, και των οποίων την ανώτατη οικονομική εξουσία ασκεί ο Υπουργός Εθνικής Άμυνας.

2. Οι προμήθειες πραγματοποιούνται, ή από τη Γενική Διεύθυνση Εξοπλισμών ή

από τα Γενικά Επιτελεία, ή και από τα κλιμάκια Διοίκησης των Ενόπλων Δυνάμεων που υπάγονται σ' αυτά, με τα αρμόδια από τον νόμο όργανα για τις προμήθειες, σε συνάρτηση με την οικονομική εξουσία που μεταβιβάζεται κάθε φορά από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας.3....

Άρθρο 17 Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών

...5. Η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών έχει την αρμοδιότητα να κρίνει και να γνωματεύει εγγράφως για τις παρακάτω περιπτώσεις προμηθειών, που υπάγονται στην αρμοδιότητα της Γενικής Διεύθυνσης Εξοπλισμών και των Γενικών Επιτελείων και των οποίων το συνολικό ύψος κάθε δαπάνης υπερβαίνει το χρηματικό όριο των διαγωνισμών που γίνονται με έγγραφες ενσφράγιστες προσφορές:

α. Για την προτίμηση ακριβότερης προσφοράς, λόγω ποιοτικής υπεροχής, ή συμφερότερων όρων του υπό προμήθεια είδους.

β. Για την τροποποίηση των όρων σύμβασης στις περιπτώσεις που ορίζονται στο άρθρο 66 του παρόντος. γ....

Άρθρο 30

...10. Για προμήθειες υλικών από το εξωτερικό..... κατατίθεται στη Γενική Διεύθυνση Εξοπλισμών επιπλέον και προσφορά Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων. Η αξιολόγηση και διαπραγμάτευση των προσφορών καθώς και η κατάρτιση της σχετικής σύμβασης για Αντισταθμιστικά Ωφελήματα γίνεται από τη ΓΔΕ/Διεύθυνση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων.

Άρθρο 66 Τροποποίηση όρων υπογραφής σύμβασης

1. Τροποποίηση όρων συμβάσεων μετά την υπογραφή της δεν επιτρέπεται, εκτός από τις παρακάτω περιπτώσεις για τις οποίες κρίνει και αποφασίζει, χωρίς βλάβη των συμφερόντων του Δημοσίου, εκείνος που έχει την οικονομική εξουσία ή δικαιοδοσία σύμφωνα με το νόμο και με βάση τα στοιχεία και δεδομένα κάθε περιπτώσεως και συγκεκριμένα: α. της μεταβολής των συμβατικών προμηθειών β. της παραλαβής υλικού με έκπτωση τιμής. γ. της απαλλαγής προμηθευτή από την παράδοση υπολοίπου που δεν υπερβαίνει το 10% της συμβατικής ποσότητας των υλικών.

2. Πρόταση διαλύσεως της σύμβασεως με κοινή συγκατάθεση των συμβαλλομένων ή αυξήσεως της συμβατικής τιμής ή τροποποιήσεως άλλης θεμελιώδους

διατάξεως της συμβάσεως, συνοδεύεται και από γνωμοδότηση των Νομικών Υπηρεσιών Διοικήσεως για λήψη σχετικής αποφάσεως. Ως θεμελιώδεις, κατ' αρχήν, θεωρούνται εκείνες που δεν περιλαμβάνονται στις περιπτώσεις της παρ. 1 του παρόντος άρθρου ή σε κάθε περίπτωση οι αναφερόμενες σε αντικείμενο της συμβάσεως, των οποίων η τροποποίηση προκαλεί βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου».

12. Περαιτέρω, στις Κατευθυντήριες Οδηγίες (Κ.Ο.) για τα Αντισταθμιστικά Ωφελήματα προμηθειών των ενόπλων δυνάμεων (Μαΐος 1996) και, ειδικότερα, στο άρθρο 26, ορίζονται τα εξής:

«α. Μετά την επιλογή του αναδόχου προμηθευτή και πριν την έκδοση της κατακυρωτικής απόφασης,

(1) Επιτροπή διαπραγματεύσεων του ΥΕΘΑ/ΓΔΕ/ΔΑΩ συντάσσει σχέδιο σύμβασης ΑΩ. Η επιτροπή απαρτίζεται από εκπροσώπους της ΓΔΕ και του αρμόδιου ΓΕ.

(2) Το σχέδιο σύμβασης αφού εγκριθεί από τον αρμόδιο ΥΦΕΘΑ, υπογράφεται από τον Διευθυντή του ΥΕΘΑ/ΓΔΕ/ΔΑΩ και από νόμιμα εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο του ανάδοχου προμηθευτή και αποτελεί την Σύμβαση ΑΩ. Έγκριση από τον ΥΦΕΘΑ απαιτείται μόνον όταν η πιστωτική αξία της Σύμβασης ΑΩ υπερβαίνει τα 300 εκατ, δρχ. Η ίδια διαδικασία εφαρμόζεται και σε περιπτώσεις συναλλαγών/προγραμμάτων ΑΩ που συμφωνούνται στα πλαίσια υποχρεώσεων από προυπάρχουσες συμβάσεις ΑΩ.

(3) Στις περιπτώσεις που τα προταθέντα ΑΩ από τον ανάδοχο προμηθευτή έχουν αξιολογηθεί και κριθεί ανεπαρκή για το Ελληνικό Δημόσιο το ΥΕΘΑ/ΓΔΕ/ΔΑΩ διατηρεί το δικαίωμα όπως διαπραγματευτεί με τον προμηθευτή την βελτιστοποίηση του συνόλου των προταθέντων ΑΩ.

β. Η Σύμβαση ΑΩ συντάσσεται με βάση τις Κατευθυντήριες Οδηγίες για τα Α.Ω και τυχόν άλλους σχετικούς με τα ΑΩ όρους που είχαν περιληφθεί στην διακήρυξη. γ....».

13. Εξάλλου, στην προκειμένη περίπτωση της ΣΑΩ 10/2003 συμφωνήθηκαν, μεταξύ των άλλων, και τα εξής:

«Άρθρο 26 Τροποποιήσεις

26.1. Οποιαδήποτε τροποποίηση στην παρούσα Σύμβαση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων δε θεωρείται έγκυρη αν δεν γίνει εγγράφως και δεν υπογράφεται από εξουσιοδοτημένους αντιπροσώπους και των δύο μερών.

Άρθρο 28 Εφαρμοζόμενο Δίκαιο

28.1. Η εγκυρότητα, κατάρτιση και εκτέλεση αυτής της Σύμβασης Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων θα διέπεται από τους νόμους της Ελληνικής Δημοκρατίας.

Άρθρο 30 Λοιπές διατάξεις

30.1. Η παρούσα Σύμβαση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων αποτελεί τη μοναδική και ολοκληρωμένη συμφωνία μεταξύ των μερών αναφορικά με το αντικείμενο θέματος και υπερισχύει από οποιοδήποτε έγγραφο ή συμφωνία πάνω στα οποία βασίζεται, με εξαίρεση την Σύμβαση Κύριας Προμήθειας αναφορικά με την τιμή του τμήματος της Σύμβασης Κύριας Προμήθειας που αφορά τον Προμηθευτή.».

Ερμηνεία διατάξεων – Εφαρμογή

Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις και ρήτρες της σύμβασης, ερμηνευόμενες αυτοτελώς, αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, ενόψει και όλου του νομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται, του σκοπού που εξυπηρετούν και την υπαγωγή, σε αυτές, των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη μας από την ερωτώσα υπηρεσία, προκύπτουν τα ακόλουθα συμπεράσματα:

14. Από τις διατάξεις, τόσο του ν. 3978/2011 (άρθρο 109 παρ. 3) όσο και του προϊσχύσαντος ν. 3433/2006 (άρθρο 73 παρ. 2), προκύπτει ότι οι συμβάσεις που είχαν, ήδη, προκηρυχθεί ή εκτελούνταν κατά την έναρξη ισχύος των ανωτέρω νόμων, εξακολουθούν να διέπονται από τις προγενέστερες διατάξεις. Επομένως, η εξεταζόμενη Σύμβαση ΑΩ 10/2003, που διεπόταν κατά το χρόνο σύναψής της από τις διατάξεις του π.δ. 284/1989, που ίσχυε από 26-11-1989 μέχρι 7-4-2006, οπότε άρχισε να ισχύει ο ν. 3433/2006 και από 16-06-2011 και εφεξής, που άρχισε να ισχύει ο ν. 3978/2011, εξακολουθεί να εκτελείται με βάση τις διατάξεις του πιο πάνω προεδρικού διατάγματος (βλ. ΝΣΚ 180/2018 και τις εκεί παραπομπές).

15. Η σύναψη συμβάσεων για την παροχή αντισταθμιστικών ωφελημάτων αφορά στην υποχρέωση του προμηθευτή αμυντικού υλικού από το εξωτερικό ή υλικού που η αξία του εισαγόμενου μέρους υπερβαίνει το ποσό που ορίζεται, κάθε φορά, με αποφάσεις του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, να καταθέσει, ταυτόχρονα με την προσφορά για την κύρια σύμβαση προμήθειας, και προσφορά Α.Ω. Κατά την κρατούσα στην επιστήμη θεωρία, αντικείμενο της σύμβασης ΑΩ είναι η «αντισταθμιστική παροχή», η οποία αποτελεί ένα μη χρηματικό αντάλλαγμα προς τον αγοραστή, μια έκπτωση σε είδος υπό ευρεία έννοια, συνιστάμενη σε ανάληψη υποχρεώσεων παροχής που μειώνουν, κατά τον ένα ή τον άλλο τρόπο, το τίμημα. Ο σκοπός μιας σύμβασης ΑΩ είναι να επιστραφεί, άμεσα ή έμμεσα, στο Δημόσιο, ένα τμήμα της δαπάνης που καταβλήθηκε για την αγορά συγκεκριμένων

προϊόντων (Λ.Ν. Γεωργακόπουλος, Η σύγχρονη πρακτική του Εμπορικού Δικαίου, σελ. 320).

16. Ειδικότερα, στις προμήθειες των στρατιωτικών εξοπλισμών, ως Αντισταθμιστικά Ωφελήματα νοούνται το σύνολο των ανταποδοτικών πράξεων που αναλαμβάνει, εκ του νόμου, ο προμηθευτής να πραγματοποιήσει, ως αντιστάθμισμα μιας συγκεκριμένης προμήθειας. Σε επίπεδο δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης το ρυθμιστικό πεδίο που διέπτε τις συμβάσεις ΑΩ ήταν, ιδίως, το άρθρο 346 (πρώην 296) παρ. 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ). Η πολιτική του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας επί των ΑΩ αποτυπώθηκε στις Κατευθυντήριες Οδηγίες που εξέδωσε τον Μάιο του 1996 ο ΥΠΕΘΑ, αλλά και στις Υπουργικές Αποφάσεις που τις αντικατέστησαν, διαδοχικά, μετά την κατάργησή τους (121080/06.12.2006, ΦΕΚ Β/1850 και ακολούθως 248298/2008, ΦΕΚ Β' 1322/08.07.2008 ΥΠΕΘΑ).

17. Οι συμβάσεις ΑΩ, ρυθμίζονται, κατά περιεχόμενο, από τις εκδοθείσες, κατά καιρούς, για το σκοπό αυτό, Κατευθυντήριες Οδηγίες, που εφαρμόζονται ομοιόμορφα από την αρμόδια υπηρεσία του ΥΠ.ΕΘ.Α. και δημιουργούν, έτσι, μία διοικητική πρακτική στον τομέα των ΑΩ. Παράλληλα δε, όπως από το περιεχόμενο της εξεταζόμενης ΣΑΩ προκύπτει, ιδίως δε, από το άρθρο 28 αυτής, έχει, συμβατικά, συμφωνηθεί, ότι αυτή και, συνακόλουθα, και οι - εξ αυτής αναφερόμενες μεταξύ των συμβληθέντων μερών- διαφορές, διέπονται από τον νόμο που ισχύει για τη σύμβαση προμήθειας, ο οποίος, στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως προαναφέρθηκε (βλ. παρ. 13), είναι οι διατάξεις του π.δ. 284/1989.

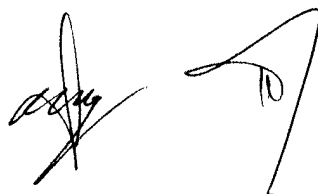
18. Οι όροι που συνομολογούνται στη σύμβαση Α.Ω., διέπουν κατά πρώτο λόγο και κατά προέχουσα διαδοχική τάξη τις σχέσεις των συμβαλλομένων, με την προϋπόθεση ότι οι συμβατικοί κανόνες τελούν σε αρμονία με τον νόμο, με κανόνες δηλαδή δημόσιας τάξης και συγκεκριμένα, τόσο με τις ειδικές αναγκαστικού δικαίου διατάξεις που διέπουν δεδομένη κατηγορία διοικητικών συμβάσεων, που από τη φύση τους είναι δημόσιας τάξης, διότι διασφαλίζουν το δημόσιο συμφέρον, όσο και με τις γενικές ρήτρες του δικαίου, που επιβάλλουν την εφαρμογή των χρηστών ηθών, της καλής πίστης και των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου, οι οποίοι από τη φύση τους είναι δημόσιας τάξης. Μόνον, επομένως, αν συμβατικοί όροι αντιτίθενται προς τις ανωτέρω διατάξεις και αρχές δεν είναι εφαρμοστέοι (βλ. ΝΣΚ 180/2018 και τις εκεί παραπομπές).

19. Με την παράγραφο 1 του άρθρου 66 του π.δ. 284/1989, θεσπίζεται ο κανόνας της απαγόρευσης τροποποίησης όρων σύμβασης μετά την υπογραφή της, πλην συγκεκριμένων, εξαιρετικών περιπτώσεων, οι οποίες ρητά αναφέρονται στις διατάξεις της παραγράφου αυτής και υπό τις τασσόμενες στην παράγραφο 2 προϋποθέσεις, αφού τηρηθεί, πριν την λήψη της σχετικής απόφασης, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, η κατ' άρθρο 17 παρ.1 και 5 περ. β' έκδοση γνωμοδότησης της Κεντρικής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών (ΚΓΕΠ) και, στις περιπτώσεις της πιο πάνω παραγράφου 2, η έκδοση γνωμοδότησης του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

20. Από συγκεκριμένο όρο της 10/2003 ΣΑΩ (άρθρο 28), προκύπτει, ότι ρητά συμφωνήθηκε μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, αυτή, να διέπεται από τους νόμους της Ελληνικής Δημοκρατίας και, επομένως, και από τον νόμο που ισχύει για τη σύμβαση προμήθειας. Τούτο σημαίνει ότι, για τα ζητήματα που αναφύονται κατά την εκτέλεσή της, έχουν εφαρμογή, κατά κύριο, βεβαίως, λόγο και κατά προέχουσα ιεραρχική τάξη, οι ρήτρες της σύμβασης, κατ' εφαρμογή της αρχής *pacta sunt servanda*, πλην, όμως, σε περίπτωση που ένα ζήτημα δεν μπορεί να επιλυθεί με βάση τους όρους της σύμβασης ή την ερμηνεία τους, αυτό έχει ως αυτόθροη συνέπεια την εφαρμογή του δικαίου που έχει συμφωνηθεί και, εν προκειμένω, των διατάξεων του π.δ/τος 284/1989 (βλ.Ολ. Ν.Σ.Κ. 47/2003 και ΝΣΚ 177/2014).

21. Από συγκεκριμένο, ομοίως, όρο της ίδιας, πιο πάνω, ΣΑΩ (άρθρο 26), προκύπτει, ότι ρητά συμφωνήθηκε μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, ότι οποιαδήποτε τροποποίηση στη σύμβαση, προκειμένου, αυτή, να είναι έγκυρη, πρέπει να γίνει με γραπτή συμφωνία και να υπογραφεί από εξουσιοδοτημένους αντιπροσώπους και των δύο μερών. Συναφώς, ιδιαίτερα επισημαίνεται, ότι η εν λόγω σύμβαση περιέχει ρήτρα πληρότητας, ήτοι ότι τα συμβαλλόμενα μέρη δεσμεύονται αποκλειστικά από τα συνομολογηθέντα στη σύμβαση (άρθρο 30).

22. Η γραμματική εκφορά του πιο πάνω συμβατικού όρου (άρθρο 26) είναι απολύτως σαφής και, επομένως, δεν επιτρέπει διαφορετική, από τα οριζόμενα, ερμηνευτική προσέγγιση. Κατά συνέπεια, προκειμένου να θεωρηθεί έγκυρη η τροποποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης θα πρέπει να συντρέξουν, σωρευτικά, τόσο η γραπτή κατάρτιση της σχετικής τροποποιητικής σύμβασης, όσο και η υπογραφή της από εξουσιοδοτημένους αντιπροσώπους των συμβαλλομένων μερών.



23. Στην προκειμένη περίπτωση, μετά από σχετικό αίτημα της προμηθεύτριας εταιρείας, τις μεταξύ των συμβαλλομένων μερών διαπραγματεύσεις, που κατέληξαν σε κοινά αποδεκτό σχέδιο τροποποίησης της ΣΑΩ και τη σχετική θετική γνωμοδότηση του αρμοδίου συλλογικού οργάνου, εκδόθηκε η Φ. 095.1/86384/Σ.1481/19-3-2010 απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, με την οποία έγινε αποδεκτή η πιο πάνω γνωμοδότηση της ΚΓΕΠ/ΓΔΑΕΕ, εγκρίθηκε το προτεινόμενο σχέδιο τροποποιητικής σύμβασης και εξουσιοδοτήθηκε ο Γενικός Διευθυντής της ΓΔΑΕΕ για την υπογραφή της συγκεκριμένης σύμβασης, όπως, δε, προκύπτει από τα διαβιβασθέντα στοιχεία του φακέλου και, ιδίως, το διδόμενο πραγματικό του ερωτήματος, το κείμενο της επίμαχης τροποποιητικής σύμβασης, ουδέποτε υπογράφηκε από τον εξουσιοδοτηθέντα, προς τούτο, Γενικό Διευθυντή της ΓΔΑΕΕ.

24. Η έκδοση της εγκριτικής του σχεδίου της τροποποιητικής σύμβασης απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι συνιστά την αξιούμενη, από το άρθρο 26 της εξεταζόμενης σύμβασης, έγγραφη κατάρτιση και υπογραφή της τροποποιητικής σύμβασης, από τους εξουσιοδοτημένους αντιπροσώπους και των δύο μερών, ούτε ότι τις υποκαθιστά, δεδομένου ότι αυτή εκδόθηκε για τον σκοπό αυτόν, ήτοι, προκειμένου να καταστεί δυνατή, σύμφωνα με την πιο πάνω αναφερόμενη συμβατική πρόβλεψη, η πιο πάνω αξιούμενη κατάρτιση και υπογραφή της τροποποιητικής σύμβασης.

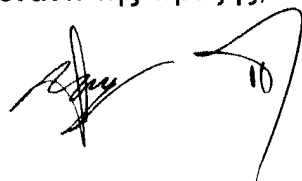
25. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση, αξιοσημείωτο είναι το γεγονός, ότι η εγκριτική του σχεδίου της τροποποιητικής σύμβασης απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, με αριθμό Φ. 095.1/86384/Σ.1481, η οποία εκδόθηκε την 19^η Μαρτίου 2010, ήτοι, δύο (2) ημέρες πριν από τη λήξη ισχύος της ΣΑΩ, δεν γνωστοποιήθηκε, με οποιονδήποτε τρόπο, στην προμηθεύτρια εταιρεία, εντός του πιο πάνω χρόνου ισχύος της σύμβασης. Τούτο δε διότι στο έγγραφο της ερωτώσας υπηρεσίας, με αριθμό πρωτοκόλλου Φ 095/27/9674/11-2-2019, που εστάλη στο Γραφείο Νομικού Συμβούλου του ΥΕΘΑ, αναφέρεται κατά λέξη ότι «.....α. Δεν ευρέθη στο αρχείο της ΓΔΑΕΕ έγγραφο γνωστοποίησης στην προμηθεύτρια εταιρεία της Φ 095.1/86384/Σ.1481/19-3-2010 Υπουργικής Απόφασης. Υφίσταται έγγραφο του προέδρου της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων, που απεστάλη με fax προς την εταιρεία, με το οποίο την ενημερώνει για την διαβίβαση δύο (2) αντιτύπων του κειμένου της Τροποποίησης Νο 1 της Σύμβασης, προκειμένου να υπογραφούν από αυτή. β.....». Σημειώνεται συναφώς δε, ότι το πιο πάνω μνημονευόμενο έγγραφο

του Προέδρου της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων, εστάλη την 20^η Μαΐου 2010, ήτοι, δύο (2) μήνες μετά την λήξη της ΣΑΩ.

Σύμφωνα, επομένως, με τα αμέσως πιο πάνω αναφερόμενα πραγματικά περιστατικά, ουδεμία επιρροή μπορεί να έχει, αναφορικά με τη διαδικασία κατάρτισης της επίμαχης τροποποιητικής σύμβασης, η έκδοση, και μόνον, της πιο πάνω απόφασης του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, αλλά ούτε, επίσης, η γνωστοποίηση ταύτης, στην προμηθεύτρια εταιρεία, μετά τη λήξη ισχύος της ΣΑΩ, δεδομένου ότι δεν είναι επιτρεπτή τροποποίηση σύμβασης ΑΩ, μετά τον χρόνο λήξης της ισχύος της, για τον λόγο ότι ενδεχόμενη σύναψη τροποποιητικής σύμβασης, μετά το εν λόγω χρονικό σημείο, θα συνιστούσε νέα σύμβαση συναφθείσα κατά παράβαση της αρχής της νομιμότητας (Ν.Σ.Κ. 153/2017, 48/2016 171/2010, 13,14/2009, 514/2008, 448/2001).

26. Τέλος, όπως από τη διατύπωση του εξεταζομένου ερωτήματος προκύπτει, ο προβληματισμός της ερωτώσας υπηρεσίας εγείρεται, κυρίως, λόγω του γεγονότος ότι, η προμηθεύτρια εταιρεία προέβη στην υλοποίηση των προγραμμάτων της σύμβασης, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σχέδιο της τροποποιητικής σύμβασης, παρά το γεγονός ότι, όπως έχει προαναφερθεί, ουδέποτε έλαβε χώρα η υπογραφή της σχετικής τροποποιητικής σύμβασης, από τα συμβαλλόμενα μέρη .

27. Στην προκειμένη, όμως, περίπτωση, είναι προφανές ότι η τήρηση του τύπου της κατάρτισης και υπογραφής της σχετικής τροποποιητικής σύμβασης πρέπει να προηγείται της εκτέλεσης της παροχής που αποτελεί το αντικείμενο της τροποποίησης και όχι να έπεται αυτής. Περαιτέρω, όπως από τη φύση, τον σκοπό και το πνεύμα της διάταξης του άρθρου 66 του π.δ. 284/1989 συνάγεται, η εκτέλεση των τροποποιουμένων όρων της σύμβασης πρέπει να έπεται της τροποποίησης και όχι να προηγείται αυτής, όταν, μάλιστα, αντικείμενο της τροποποίησης είναι η εκτέλεση προσθέτων εργασιών μη προβλεπόμενων στη σύμβαση ή προβλεπόμενων, αλλά με διαφορετικό τρόπο ή χρόνο εκτέλεσης, πρέπει πρώτα αυτές να αποφασισθούν από το αρμόδιο για τη λήψη απόφασης όργανο, να προσδιορισθεί το κόστος τούτων και ακολούθως, εφ' όσον επιτευχθεί και καταρτισθεί έγγραφη συμφωνία μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, να εκτελεστούν. Αλλά, και από άλλη άποψη είναι απαραίτητο η εκτέλεση εργασιών να ακολουθεί την τροποποίηση της σύμβασης. Έτσι, η από τον νόμο και τη σύμβαση προβλεπόμενη τήρηση τύπου πρέπει να είναι επίκαιρη και υπό την έννοια ότι ο τύπος πρέπει να ακολουθεί τη φυσική, αυτού, σειρά έναντι της πράξης, αναγκαίο,



επομένως, είναι, η κατάρτιση και υπογραφή της τροποποιητικής σύμβασης να προηγείται, χρονικά, της πράξης (βλ. ΝΣΚ 332/2005 και τις εκεί παραπομπές). Υπό τα δεδομένα, επομένως, αυτά, ουδεμία επιρροή μπορεί να έχει, αναφορικά με τη νομιμότητα της όλης διαδικασίας, η προηγούμενη της υπογραφής της τροποποιητικής σύμβασης υλοποίηση προγραμμάτων από την αντισυμβαλλόμενη εταιρεία.

Απάντηση.

28. Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, επί του τεθέντος Ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Δ') γνωμοδοτεί, ομόφωνα, ότι δεν είναι έγκυρη και, συνακόλουθα, δεν ισχύει η τροποποίηση της Σύμβασης ΑΩ 10/03 (με αριθμό 1 του σχεδίου της), λόγω της έκδοσης και μόνον της απόφασης του Υπουργού Εθνικής Άμυνας για την έγκριση του σχεδίου της, καθόσον ουδέποτε υπογράφηκε η σχετική σύμβαση από τον εξουσιοδοτηθέντα προς τούτο Γενικό Διευθυντή της Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων (ΓΔΑΕΕ), ουδεμία δε επιρροή μπορεί να έχει, αναφορικά με τη νομιμότητα της όλης διαδικασίας, η προηγούμενη της υπογραφής της τροποποιητικής σύμβασης υλοποίηση προγραμμάτων από την αντισυμβαλλόμενη εταιρεία.

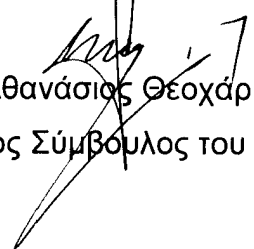
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 14 Μαρτίου 2019

Ο Προεδρεύων


Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Ο Εισηγητής


Αθανάσιος Θεοχάρης
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους