



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός Γνωμοδότησης 185/2021
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Τμήμα Δ΄

Συνεδρίαση της 21^{ης} Δεκεμβρίου 2021

Σύνθεση:

Προεδρεύων : Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ., κωλυομένου του Προέδρου του Τμήματος Παναγιώτη Παναγιωτουνάκου.

Μέλη : Δημήτριος Αναστασόπουλος, Αικατερίνη Γαλάνη, Στέργιος Κίκας, Δημήτριος Κατωπόδης, Αναστασία Ζαφειριάδου, Νικόλαος Μουκαζής, Ευτυχία Κασομένου και Θεόδωρος Ράπτης, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητές: Θεόδωρος Ράπτης, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους, Γεώργιος Κόκλας, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ. (γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός Ερωτήματος: Το έγγραφο με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.831/ΑΔ5022/Σ.1155/2.10.2020 του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας, Διοίκησης Αεροπορικής Υποστήριξης, Κλάδου Γ΄, Διεύθυνσης Οικονομικού (Γ3), Τμήματος 4^{ου}.

Περίληψη Ερωτήματος: Ζητείται γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, κατά το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ.284/1989, σχετικά με τη νομιμότητα διάλυσης, με κοινή συγκατάθεση των συμβαλλομένων, της σύμβασης 05/2007 μεταξύ του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας και της εταιρείας «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΑΕΡΟΠΟΡΙΚΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑ ΑΕ» (ΕΑΒ ΑΕ) για την προμήθεια ενός επίγειου συστήματος δορυφορικής ζεύξης του Μη Επανδρωμένου Αεροσκάφους (Μ.Ε.Α.) «ΠΗΓΑΣΟΣ», σε ό,τι αφορά στο υπόλοιπο μη εκτελεσθέν μέρος αυτής, που αντιστοιχεί στην παροχή των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών εννέα (9) μηνών

(υπόλοιπο της 1^{ης} φάσης) και στις παραδόσεις υλικών για τη 2^η φάση υλοποίησής της, σύμφωνα με το άρθρο 31 της σύμβασης.

Επί του παραπάνω ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Δ') γνωμοδότησε ως ακολούθως:

Στο παραπάνω έγγραφο ερώτημα της υπηρεσίας και στα στοιχεία του φακέλου που το συνοδεύουν εκτίθεται το ακόλουθο πραγματικό:

Ιστορικό

1. Με την απόφαση με αριθμό Φ.831/ΑΠ.900698/Σ.18/21.12.2005/ΥΠΕΘΑ/ΓΕΑ εγκρίθηκε η αναγκαιότητα – σκοπιμότητα της προμήθειας των υλικών που απαιτούνται για την ανάπτυξη και την υλοποίηση του Επίγειου Συστήματος Δορυφορικής Ζεύξης του Μη Επανδρωμένου Αεροσκάφους (ΜΕΑ) «ΠΗΓΑΣΟΣ», με βάση τις διατάξεις του π.δ.284/1989. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από το έγγραφο αυτό, με την απόφαση της Ολομέλειας του Ανώτατου Αεροπορικού Συμβουλίου (ΑΑΣ) με αριθμό 78/17.4.2000, το Πρόγραμμα «ΠΗΓΑΣΟΣ» χαρακτηρίστηκε ως «απόρρητο» και με την απόφαση με αριθμό Φ.831/ ΑΠ.900668/ 8.8.2000/ ΥΠΕΘΑ/ ΓΕΑ, η προμήθεια των απαιτούμενων υλικών για την ανάπτυξη και την υλοποίηση του προγράμματος χαρακτηρίστηκε ομοίως ως «απόρρητη», για τον λόγο δε αυτόν, αποφασίσθηκε η προμήθεια να γίνει με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης (άρθρο 76 π.δ.284/1989).

2. Όπως προκύπτει από το έγγραφο του εξεταζόμενου ερωτήματος – αιτήματος, στις 18.12.2007 και σε εκτέλεση της κατακυρωτικής απόφασης Φ.831/ΕΠ.9870/Σ.1404/15.11.2007/ΔΑΥ/Γ2/5α, υπεγράφη μεταξύ του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας και της «ΕΑΒ ΑΕ» η σύμβαση με αριθμό 05/2007 «*Για την Προμήθεια Επίγειου Συστήματος Δορυφορικής Ζεύξης του ΜΕΑ ΠΗΓΑΣΟΣ*», συνολικού ποσού διακοσίων ενενήντα τεσσάρων χιλιάδων εκατόν σαράντα εννέα ευρώ (294.149,00 €), χωρίς τον αναλογούντα ΦΠΑ 19%, με βάση τις διατάξεις του π.δ. 284/1989.

3. Η σύμβαση αυτή αφορά στην προμήθεια συγκεκριμένων υλικών και παροχή υπηρεσιών, τα οποία ο προμηθευτής ανέλαβε να σχεδιάσει, κατασκευάσει, αναπτύξει, ελέγξει, εγκαταστήσει, πιστοποιήσει, παραδώσει σε λειτουργία, ώστε να υποστηρίξει ένα Αυτόνομο Εξειδικευμένο Δορυφορικό Τηλεπικοινωνιακό Δίκτυο ή

Ολοκληρωμένο με άλλα Τηλεπικοινωνιακά Δίκτυα του αγοραστή, για να παρέχει δορυφορικές τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες σε αυτόν.

Περαιτέρω, η σύμβαση προβλέπει την παράδοση υλικών στις Μονάδες Μ. ΓΕΑ, Μ.ΑΤΑ, 131 ΣΜ, 123 ΠΤΕ και 201 ΚΕΦΑ, τη μελέτη, σχεδίαση και υλοποίηση δικτύων και υπηρεσιών, την εγκατάσταση δορυφορικού δικτύου, την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών για εννέα μήνες, καθώς και την παροχή βιβλιογραφίας και εκπαίδευσης. Τα ανωτέρω προβλέπεται να υλοποιηθούν σε δύο φάσεις ως εξής: Η 1^η φάση αφορά στην προμήθεια υλικών και τη διασύνδεση συνολικά τεσσάρων Σημείων Ενδιαφέροντος (Σταθερό Διοικητικό Κέντρο ΓΕΑ, Σταθερό Διοικητικό Κέντρο ΑΤΑ, Φορητό Διοικητικό Κέντρο και Φορητό Απομακρυσμένο Σημείο Ελέγχου του UAV), στην προμήθεια ανταλλακτικών αρχικής υποστήριξης, καθώς και στην παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών για εννέα μήνες. Στη 2^η φάση υλοποίησης προστίθενται στα ανωτέρω Σημεία Ενδιαφέροντος επιπλέον τρία Φορητά Απομακρυσμένα Σημεία Ελέγχου.

4. Με την απόφαση ΑΝΥΕΘΑ με αριθμό Φ.831/ΑΔ.3161/Σ.1037/2.8.2016, αποφασίστηκε η μη κήρυξη της εταιρείας «ΕΑΒ ΑΕ» ως έκπτωτης από τη σύμβαση, λόγω της εκπρόθεσμης παράδοσης υλικών στο 201 ΚΕΦΑ πλέον του εξαμήνου (κατά 192 ημέρες). Στη συνέχεια, κατόπιν σχετικών αποφάσεων της ηγεσίας της Διοίκησης Αεροπορικής Υποστήριξης (ΔΑΥ), που διατυπώθηκαν στο πλαίσιο επίλυσης των εκκρεμοτήτων και περαιτέρω υλοποίησης - ολοκλήρωσης της σύμβασης, συγκλήθηκε σύσκεψη μεταξύ φορέων της Διοίκησης και εκπροσώπων της εταιρείας «ΕΑΒ ΑΕ», προκειμένου να συζητηθούν οι εκκρεμότητες της σύμβασης και να αποσαφηνιστεί η προοπτική υλοποίησής της στο μη εκτελεσθέν μέρος της, που αφορά στην παροχή των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών εννέα μηνών (υπόλοιπο της 1^{ης} φάσης) και την προμήθεια των υλικών της 2^{ης} φάσης της σύμβασης.

5. Ως αποτέλεσμα της ανωτέρω σύσκεψης, εκδόθηκε το από 30.5.2019 πρακτικό σύσκεψης, με το οποίο διατυπώθηκε, μεταξύ άλλων, η αναγκαιότητα της από κοινού μερικής λύσης της σύμβασης, στο μέρος που αυτή δεν έχει υλοποιηθεί, σύμφωνα με τις σχετικές συμβατικές προβλέψεις και τις διατάξεις του π.δ.284/1989.

Με την επιστολή της με αρ. πρωτ. 0100-2020-06-278/26.6.2020, η εταιρεία «ΕΑΒ ΑΕ» συμφωνεί για τη λύση της σύμβασης με κοινή συγκατάθεση των συμβαλλομένων, σε ό,τι αφορά στο υπόλοιπο μη εκτελεσθέν μέρος αυτής, ήτοι στην

παροχή των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών εννέα μηνών και στις παραδόσεις των υλικών της 2^{ης} φάσης υλοποίησής της.

6. Με την απόφαση με αρ. πρωτ. Φ.000/2889/Σ.674/16.6.2020/ΔΑΥ/Γ3/4, συγκλήθηκε σύσκεψη της Περιφερειακής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών (ΠΓΕΠ)/ΔΑΥ, η οποία με το πρακτικό με αριθ.4/1/6.7.2020 γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ :

α) Της τροποποίησης της σύμβασης σε ό,τι αφορά στις διενεργηθείσες παραδόσεις υλικών της 1^{ης} φάσης αυτής και στην διόρθωση σφαλμάτων, όπως αναλυτικά καταγράφονται στο πρακτικό, σύμφωνα με το άρθρο 34 της σύμβασης και τις διατάξεις των άρθρων 17 παρ.5 β', 18 παρ. 5 και 66 παρ. 1 α' του π.δ.284/1989,

β) της επιβολής ποινικών ρητρών στην αντισυμβαλλόμενη εταιρεία ΕΑΒ ΑΕ, για την εκπρόθεσμη παράδοση υλικών στο 201 ΚΕΦΑ,

γ) της οριστικής παραλαβής των υλικών της 1^{ης} φάσης, που έχουν παραληφθεί προσωρινά (πλην της παροχής των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών εννέα μηνών) και εν συνεχεία τη διενέργεια της αντίστοιχης πληρωμής, μετά από συμψηφισμό της ληφθείσας προκαταβολής και την παρακράτηση των προαναφερόμενων ποινικών ρητρών εκπρόθεσμης παράδοσης, και

δ) της διάλυσης της σύμβασης με κοινή συγκατάθεση των συμβαλλόμενων σε ό,τι αφορά στο υπόλοιπο μη εκτελεσθέν μέρος αυτής, δηλαδή την παροχή των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών εννέα μηνών και τις παραδόσεις υλικών για τη 2^η φάση υλοποίησής της, σύμφωνα με τις προβλέψεις του άρθρου 31 της σύμβασης και των άρθρων 17 παρ. 5 ζ', 18 παρ. 5 και 66 παρ. 2 του π.δ. 284/1989.

Επίσης, με το ως άνω Πρακτικό η Περιφερειακή Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών έκρινε ότι η από κοινού λύση της σύμβασης διασφαλίζει και ουδόλως θίγει τα συμφέροντα του Δημοσίου διότι:

- 1) Η σύμβαση ολοκληρώνεται στο βαθμό που μέχρι σήμερα έχει υλοποιηθεί.
- 2) Η ενδεχόμενη υλοποίηση στο σύνολο της σύμβασης (τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες και υλικά 2^{ης} φάσης υλοποίησης αυτής) δεν είναι εφικτή ούτε ωφέλιμη υπό τις παρούσες συνθήκες, δεδομένου ότι υφίσταται αδυναμία λειτουργίας του υφιστάμενου εξοπλισμού με τον ενεργό δορυφόρο Hellas Sat 3 και τον υπό ενεργοποίηση δορυφόρο Hellas Sat 4.

- 3) Τα υλικά της 2^{ης} φάσης υλοποίησης της σύμβασης είναι πλέον ξεπερασμένα τεχνολογικά - απαρχαιωμένα και δεν αποτελούν ενδεδειγμένη λύση ούτε ικανοποιούν πλέον τις απαιτήσεις της Υπηρεσίας.

7. Με την απόφαση με αρ. πρωτ. Φ831/ΑΔ 4174/Σ.954/21.8.2020/ΓΕΑ /ΔΑΥ, εγκρίθηκε η προαναφερόμενη ομόφωνη γνωμοδότηση της ΠΓΕΠ/ΔΑΥ.

Νομοθετικό πλαίσιο

8. Στα άρθρα 57, 66 και 76 του π.δ.284/1989 «*Τροποποίηση, συμπλήρωση και μεταγλώττιση του π.δ.785/1978 περί προμηθειών, εργολαβιών και εκτελέσεως εργασιών των Ενόπλων Δυνάμεων*» (Α' 133), όπως τροποποιήθηκε και ίσχυε πριν την κατάργησή του με το άρθρο 71 του ν. 3433/2006, ορίζονταν, μεταξύ άλλων, τα εξής:

Άρθρο 57. Προμήθεια χωρίς διεξαγωγή διαγωνισμού.

«1. Η προμήθεια υλικού χωρίς διαγωνισμό από το εσωτερικό ή εξωτερικό σε περιπτώσεις που αναφέρονται στις εξαιρέσεις των άρθρων 71 έως και 78, γίνεται με βάση έγγραφη προσφορά όπως παρακάτω:

α. Από το εσωτερικό.

Ζητείται, με έγγραφο της Υπηρεσίας των Ενόπλων Δυνάμεων που πραγματοποιεί την προμήθεια, υποβολή προσφοράς στην οποία πρέπει να περιλαμβάνονται.....».

Άρθρο 66. Τροποποίηση όρων υπογραφής σύμβασης.

«1. Τροποποίηση όρων σύμβασης 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 περίπτωσης και συγκεκριμένα: α. Της μεταβολής των συμβατικών προθεσμιών, χρόνου παράδοσης ή αντικατάστασης των υπό προμήθεια υλικών ή εργασιών που κρίθηκαν ακατάλληλες. β. Της παραλαβής υλικού με έκπτωση τιμής, με σύγχρονο προσδιορισμό του ποσοστού της για παραδόσεις υλικού, κατά παρέκκλιση των όρων της σύμβασης και εκτός των επιτρεπομένων ορίων ανοχής παρεκτροπών του προμηθευτή. γ. Της απαλλαγής προμηθευτή από την παράδοση υπολοίπου που δεν υπερβαίνει τα δέκα τοις εκατό της συμβατικής ποσότητας υλικών, λόγω ειδικών συνθηκών, με επιβολή ή όχι προστίμου σ' αυτόν.

2. Πρόταση διάλυσης σύμβασης με κοινή συγκατάθεση των συμβαλλόμενων ή απαλλαγής του προμηθευτή από την παράδοση υπολοίπου, που υπερβαίνει το δέκα τοις εκατό της συνολικής προμήθειας, ή αύξησης συμβατικής τιμής ή τροποποίησης άλλης θεμελιώδους διάταξης της σύμβασης, συνοδεύεται και από γνωμοδότηση των Νομικών Υπηρεσιών Διοίκησης για λήψη σχετικής απόφασης. Ως θεμελιώδεις διατάξεις, κατ' αρχήν θεωρούνται εκείνες που δεν περιλαμβάνονται στις περιπτώσεις της παρ. 1 του παρόντος άρθρου ή σε κάθε περίπτωση οι αναφερόμενες σε αντικείμενο της σύμβασης των οποίων η τροποποίηση προκαλεί βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου. 3....».

Άρθρο 76. Προμήθειες που απαιτούν μυστικότητα ενέργειας.

«1. Προμήθειες που απαιτούν, εξαιτίας της φύσης τους, μυστικότητα ενέργειας, πρέπει να χαρακτηρίζονται ως απόρρητες.

2. Ο χαρακτηρισμός αυτών των προμηθειών ως απόρρητων γίνεται με προηγούμενη απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας μετά από πλήρως αιτιολογημένη πρόταση της ΓΔΕ και των αρμόδιων Υπηρεσιών των Κλάδων των Ενόπλων Δυνάμεων, που υποβάλλονται ιεραρχικά.

3. Η διαδικασία πραγματοποίησης των απορρήτων προμηθειών συνίσταται στην απ' ευθείας ανάθεσή τους, ανεξάρτητα από το ύψος του χρηματικού ποσού, στους κατάλληλους προμηθευτές, μέσω των αρμοδίων φορέων».

9. Εξάλλου, στις διατάξεις των άρθρων 51, 52, 60, 61, 71 και 73 του ν.3433/2006 «Προμήθειες αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων» (Α' 20/7.2.2006) ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 51. Προμήθεια με διαπραγμάτευση.

«1. Προμήθεια με διαπραγμάτευση είναι η διαδικασία στο πλαίσιο της οποίας ο διενεργών την προμήθεια φορέας του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας προσφεύγει στους προμηθευτές της επιλογής του και διαπραγματεύεται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς.

2. Προμήθεια αμυντικού υλικού με διαπραγμάτευση, επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α.....β. Για προμήθειες που απαιτούν, εξαιτίας της φύσης τους, μυστικότητα ενέργειας, κρατικό απόρρητο ή συνοδεύονται από ειδικά μέτρα ασφαλείας για την προστασία βασικών συμφερόντων του Κράτους σε θέματα ασφαλείας, και

χαρακτηρίζονται ως απόρρητες. γ..... δ.....

3. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση γίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 52 του νόμου αυτού».

Άρθρο 52. Διαδικασία προμήθειας με διαπραγμάτευση.

«1. Η προμήθεια υλικού με διαπραγμάτευση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 51 γίνεται με βάση έγγραφη προσφορά όπως παρακάτω:

α. Από το εσωτερικό.

Ζητείται, με έγγραφο της υπηρεσίας των ΕΔ που πραγματοποιεί την προμήθεια, υποβολή προσφοράς στην οποία πρέπει να περιλαμβάνονται τουλάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία:2.....

3. Στις συμβάσεις προμηθειών αμυντικού υλικού, που συνάπτονται με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, μετά την αρχική έγκριση προμήθειας και τον τρόπο υλοποίησης αυτής, διαβιβάζονται στον υποψήφιο προμηθευτή οι γενικοί και ειδικοί όροι συμφωνιών, και καλείται για την υποβολή προσφοράς για να επακολουθήσει η διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατακύρωσης της προμήθειας και σύναψης σύμβασης. Οι όροι συμφωνιών είναι οι πλήρεις όροι διαγωνισμού με τις αναγκαίες προσαρμογές στον τρόπο προμήθειας χωρίς διαγωνισμό».

Άρθρο 60. Κατάρτιση συμβάσεων.

«1. 2. Στο σχέδιο σύμβασης προμηθειών περιέχονται οι ακόλουθοι γενικοί, οικονομικοί και τεχνικοί όροι που συμφωνήθηκαν από τα δύο μέρη και κατακυρώθηκαν:.....1θ. Οι περιπτώσεις τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης. κ.....».

Άρθρο 61 (όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο για την παρούσα υπόθεση χρόνο, πριν από την αντικατάστασή του με το άρθρο 174 του ν. 4782/2021, Α΄ 36). Τροποποίηση σύμβασης.

«1. Η σύμβαση τροποποιείται όταν αυτό προβλέπεται από συμβατικό όρο ή, εάν δεν προβλέπεται, τροποποιείται όταν συμφωνήσουν προς τούτο και τα δύο συμβαλλόμενα μέρη, ύστερα από γνωμοδότηση της ΚΓΕΠ ή ΠΓΕΠ και απόφαση του έχοντος την οικονομική αρμοδιότητα.

2. Η τροποποίηση θεμελιωδών συμβατικών διατάξεων πραγματοποιείται ύστερα από γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, το οποίο εξετάζει τη νομιμότητα της τροποποίησης και την αιτιολογία που τη συνοδεύει. Ως θεμελιώδεις διατάξεις, κατ' αρχήν θεωρούνται εκείνες που δεν περιλαμβάνονται στις περιπτώσεις της

παραγράφου 3 του παρόντος άρθρου ή, σε κάθε περίπτωση, οι αναφερόμενες σε αντικείμενο της σύμβασης, των οποίων η τροποποίηση προκαλεί βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου.

3. Διατάξεις που επιτρέπεται η τροποποίησή τους από τον έχοντα την οικονομική αρμοδιότητα, με βάση τα στοιχεία και δεδομένα κάθε περίπτωσης, χωρίς τη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, είναι οι ακόλουθες:

α. Η μεταβολή των συμβατικών προθεσμιών, κατά το άρθρο 37, χρόνου παράδοσης ή αντικατάστασης των υπό προμήθεια υλικών ή εργασιών που κρίθηκαν ακατάλληλες.

β. Η απαλλαγή προμηθευτή από την παράδοση υπολοίπου που δεν υπερβαίνει το δέκα τοις εκατό της συμβατικής ποσότητας υλικών, λόγω ειδικών συνθηκών, με επιβολή ή όχι προστίμου σε αυτόν».

Άρθρο 71. Καταργούμενες διατάξεις.

«Από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού καταργούνται οι διατάξεις του π.δ.284/1989 (ΦΕΚ 133 Α΄) και κάθε αντίθετη διάταξη που αφορά τις προμήθειες αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων και αναφέρεται σε θέματα ρυθμιζόμενα από το νόμο αυτόν».

Άρθρο 73. Έναρξη ισχύος-Μεταβατικές διατάξεις.

«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. Τέλος, στις διατάξεις των άρθρων 109, 117 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/EK - Ρύθμιση θεμάτων του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας» (Α΄ 137), ορίζονται τα ακόλουθα:

«Άρθρο 109 Μεταβατικές διατάξεις

«1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που εμπíπτουν 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:..... 2.....

3. Συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου, εκτελούνται σύμφωνα με το

καθεστώς που τις δείπτε κατά το χρόνο σύναψής τους.....».

Άρθρο 117. Καταργούμενες διατάξεις.

«Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργείται κάθε διάταξη νόμου ή κανονιστικής πράξης που ρυθμίζει διαφορετικά τα θέματα που ρυθμίζονται από τον παρόντα νόμο ή τις κανονιστικές πράξεις που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότησή του».

Άρθρο 118. Έναρξη ισχύος.

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

11. Στην υπ' αριθ. 05/2007 σύμβαση περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, οι ακόλουθοι όροι:

«ΑΡΘΡΟ 30 ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ – ΕΠΙΛΥΣΗ ΔΙΑΦΟΡΩΝ

30.1. Η παρούσα Σύμβαση θα διέπεται από το Π.Δ. 284/89, όπως τροποποιημένο ισχύει.....

ΑΡΘΡΟ 31 ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Ο Αγοραστής μπορεί να λύσει την παρούσα σύμβαση καθ' ολοκληρία ή μερικώς, εάν: 31.1.1.....31.6. Σε κάθε περίπτωση από τις παραπάνω που θα συντρέχουν λόγοι λύσεως της Σύμβασης, ή λύσεως μετά από αμοιβαία συμφωνία, ο ΑΓΟΡΑΣΤΗΣ και ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ θα συνέρχονται εντός ευλόγου χρόνου και θα αποφασίζουν από κοινού τους όρους και τις διαδικασίες της λύσης της Σύμβασης. Σε περίπτωση που ΑΓΟΡΑΣΤΗΣ και ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ δεν καταλήξουν σε κοινά αποδεκτή απόφαση, τότε θα εφαρμόζεται το ΑΡΘΡΟ 30 (ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ – ΕΠΙΛΥΣΗ ΔΙΑΦΟΡΩΝ) της παρούσας Σύμβασης».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς, αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, ενόψει και όλου του νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσονται, του σκοπού που εξυπηρετούν και την υπαγωγή σ' αυτές των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του Τμήματος από την υπηρεσία, συνάγονται τα ακόλουθα:

12. Για την έκδοση γνωμοδότησης του ΝΣΚ σύμφωνα με το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ.284/1989, όπως ζητείται, εξεταστέο προεχόντως είναι το ζήτημα του εφαρμοστέου νομοθετικού καθεστώτος, δεδομένου ότι μεταξύ αφενός της έκδοσης της προαναφερθείσας απόφασης με αριθμό Φ.831/ ΑΠ.900698/ Σ.18/ 21.12.2005

του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, με την οποία εγκρίθηκε η αναγκαιότητα – σκοπιμότητα της προμήθειας των υλικών που απαιτούνται για την υλοποίηση του προγράμματος «ΠΗΓΑΣΟΣ», και αφετέρου της κατακυρωτικής απόφασης (15.11.2007) και της υπογραφής της σχετικής σύμβασης με την εταιρεία ΕΑΒ ΑΕ (18.12.2007), μεταβλήθηκε το νομοθετικό καθεστώς των προμηθειών αμυντικού υλικού των ενόπλων δυνάμεων, καθώς δημοσιεύθηκε ο ν.3433/2006 (Α΄ 20/7.2.2006), που άρχισε να ισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ.1 αυτού, δύο μήνες μετά την δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, δηλ. από 8-4-2006, και με το άρθρο 71 του οποίου καταργήθηκαν από την έναρξη της ισχύος του οι διατάξεις του π.δ.284/1989.

13. Ο ν.3978/2011 δεν κατήργησε ρητά τις διατάξεις του ν.3433/2006, παρά μόνο όσες διατάξεις ρυθμίζουν διαφορετικά τα θέματα που ρυθμίζει ο εν λόγω νόμος (άρθρο 117). Σε κάθε περίπτωση, ο νόμος αυτός άρχισε να ισχύει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (16.6.2011), σύμφωνα με το άρθρο 118 αυτού, ενώ στην παράγραφο 3 του άρθρου 109 προβλέπεται ότι συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του, εκτελούνται σύμφωνα με το καθεστώς που τις διέπει κατά το χρόνο σύναψής τους. Κατά συνέπεια, η υπ΄ αριθ. 05/2007 σύμβαση, δεδομένου ότι έχει συναφθεί σε κάθε περίπτωση πριν από την 16.6.2011, διέπεται από το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο σύναψής της.

14. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 του ν.3433/2006, κρίσιμα κριτήρια για το νομοθετικό καθεστώς στο οποίο υπάγεται μια προμήθεια αμυντικού υλικού, είναι ο χρόνος που έχει αυτή προκηρυχθεί (δηλαδή ο χρόνος που έχει δημοσιευθεί η προκήρυξη) ή ο χρόνος που εκτελείται. Συνακόλουθα, συμβάσεις προμηθειών που ήδη έχουν προκηρυχθεί ή εκτελούνται κατά τον χρόνο που ο νόμος αυτός τίθεται σε ισχύ, δηλαδή πριν από την 8^η.4.2006, διέπονται και ρυθμίζονται από το π.δ.284/1989. Λόγω της αδιάσπικτης διατύπωσης της παραπάνω διάταξης, αλλά και προς ενιαία ρύθμιση του ζητήματος του νομοθετικού καθεστώτος που διέπει τις συμβάσεις αμυντικού υλικού, πρέπει να γίνει δεκτό ότι τα προαναφερθέντα κριτήρια εφαρμόζονται και στις περιπτώσεις προμηθειών που συνάπτονται με την εξαιρετική διαδικασία της απευθείας ανάθεσης. Στις περιπτώσεις αυτές, καλείται ο υποψήφιος προμηθευτής να υποβάλει έγγραφη προσφορά (βλ.

άρθρο 52 παρ. 1 α' και παρ. 3 ν.3433/2006), περιέχουσα τους βασικούς όρους της προμήθειας, ακολουθεί διαπραγμάτευση με στόχο την βελτίωση και διευκρίνιση των όρων της προσφοράς και η με βάση την κατακύρωση των όρων συμφωνιών και κατόπιν διαπραγματεύσεων σύνταξη σχεδίου σύμβασης και, τέλος, ακολουθεί η υπογραφή του συμβατικού κειμένου (ΓνωμΝΣΚ 82/2003).

Επομένως, στην τελευταία αυτή περίπτωση, κρίσιμο στοιχείο είναι ο χρόνος πρόσκλησης στον αντισυμβαλλόμενο να υποβάλει προσφορά και να αρχίσει τη διαπραγμάτευση. Αν μεν ο τελευταίος αυτός χρόνος, δηλαδή της πρόσκλησης για υποβολή προσφοράς και διαπραγμάτευση, προηγείται της θέσης σε ισχύ του νέου νόμου (8.4.2006), εφαρμόζονται οι διατάξεις του προϊσχύσαντος δικαίου, αν δε είναι μεταγενέστερος από την θέση σε ισχύ του νέου νόμου, εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν.3433/2006 (ΓνωμΝΣΚ 208/2007).

15. Στην προκείμενη περίπτωση, η εν λόγω προμήθεια χαρακτηρίστηκε ως απόρρητη και η διαδικασία υλοποίησης αυτής συνίσταται στην απευθείας ανάθεσή της στους κατάλληλους προμηθευτές (συγκεκριμένα στην ΕΑΒ), η δε σχετική σύμβαση καταρτίστηκε ύστερα από διαπραγματεύσεις μεταξύ του προμηθευτή και Επιτροπής που συγκροτήθηκε από ανώτατους ή και ανώτερους αξιωματικούς. Κατά συνέπεια, κρίσιμο στοιχείο προκειμένου να καθορισθεί το νομοθετικό καθεστώς στο οποίο υπάγεται η προμήθεια, είναι ο χρόνος που απευθύνθηκε πρόσκληση στον αντισυμβαλλόμενο να υποβάλει προσφορά και να αρχίσει τη διαπραγμάτευση.

Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, στην εγκριτική απόφαση της προμήθειας με αριθμ. πρωτ. Φ.831/ΑΠ.900698/Σ.18/21.12.2005 /ΓΕΑ /Δ3/4Γ, που υπογράφεται από τον τότε Υφυπουργό Εθνικής Άμυνας, αναγράφεται ότι : *«Έχοντας υπόψη: α.... β.... γ. Τις διατάξεις του ΠΔ 284/1989 "Περί Προμηθειών ,Εργολαβιών και Εκτελέσεως Εργασιών των Ε.Δ", όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με τις κατευθυντήριες οδηγίες εφαρμογής, το ΠΔ 189/97 και 136/02....»*. Στη συνέχεια, στην απόφαση με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.831/ΕΠ.3161./Σ.456/3.4.2007, με την οποία συγκροτήθηκε η Επιτροπή Διαπραγματεύσεων, αναφέρεται ότι: *«...κατόπιν των Φ.831/ ΑΠ.900698/ Σ.18/ 21-12-2005/ΓΕΑ/Δ3/4Γ και Φ.831/ ΑΠ.900743/ Σ.37/ 27-12-2006 / ΓΕΑ / Δ3/ 4Γ με τις οποίες καθορίστηκε το νομικό πλαίσιο της Α' και Β' φάσης του υπόψη προγράμματος, επισημαίνεται ότι οι εργασίες της ως άνω επιτροπής θα διέπονται από τις διατάξεις του ΠΔ 284/89 αντί Ν.2362/1995 και του Π.Δ. 394/1996»*. Τέλος, το

άρθρο 30 της σύμβασης ορίζει, ομοίως, ως εφαρμοστέο δίκαιο το π.δ.284/1989.

Όπως όμως προκύπτει από το έγγραφο με αριθμό πρωτ. Φ.831/ΑΔ1/Σ1/31.12.2020 της Διοίκησης Αεροπορικής Υποστήριξης, στο τηρούμενο από την υπηρεσία αυτή αρχείο δεν εντοπίστηκε έγγραφο με το οποίο κλήθηκε η εταιρεία ΕΑΒ ΑΕ προς διαπραγμάτευση. Επίσης, στο έγγραφο με αρ. πρωτ. Φ.831/1663/Σ.409/1.4.2021 της ίδιας υπηρεσίας αναφέρεται ότι δεν εντοπίστηκε ούτε το Πρακτικό Διαπραγματεύσεων με την ΕΑΒ.

Παραταύτα, στην από 15.6.2006 έγγραφη προσφορά που υπέβαλε η εταιρεία αυτή προς το ΓΕΑ αναφέρονται κατά λέξη τα εξής: *«Σε συνέχεια της σύσκεψης, μεταξύ εκπροσώπων της ΕΑΒ και της Π.Α., που έλαβε χώρα στα γραφεία της Δνσης ΓΕΑ/Γ3 της Π.Α. την 7^η Ιουνίου 2006 και μετά από σχετικό αίτημα των εκπροσώπων της Π.Α., υποβάλλεται με την επιστολή Τεχνική και η Οικονομική προσφορά...»*. Συνεκτιμώντας τα έγγραφα αυτά, προκύπτει εναργώς ότι η πρόσκληση στην ΕΑΒ να υποβάλει προσφορά διατυπώθηκε ατύπως στην προαναφερόμενη σύσκεψη της 7.6.2006, ήτοι μετά την έναρξη ισχύος του ν.3433/2006 στις 8.4.2006, αφού η δημοσίευσή του στο ΦΕΚ έγινε στις 7.2.2006. Στη συνέχεια ακολούθησε η συγκρότηση της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων με το Φ.831/ΕΠ.3161/Σ.456/3.4.2007 έγγραφο της Διοίκησης Αεροπορικής Υποστήριξης.

16. Ενόψει αυτών, καθίσταται σαφές ότι η εν λόγω σύμβαση υπάγεται στο καθεστώς του ν.3433/2006 και είναι αδιάφορο το ότι ως εφαρμοστέες διατάξεις αναφέρονται αυτές του π.δ.284/1989, αφού, λόγω της φύσης των σχετικών διατάξεων που ρυθμίζουν τις προμήθειες αμυντικού εξοπλισμού των ενόπλων δυνάμεων ως δημοσίας τάξεως (πρβλ. ΔΕΑ 2160/2008), δεν επιτρέπεται παρέκκλιση, έστω και με συμφωνία των συμβαλλόμενων μερών, ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι όταν εκδόθηκε η εγκριτική απόφαση της προμήθειας (21.12.2005) δεν υφίστατο ο ν.3433/2006, επομένως ορθώς με τα τότε δεδομένα η απόφαση αυτή όριζε ως εφαρμοστέο δίκαιο το π.δ.284/1989.

17. Κατ' ακολουθία, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 61 του ν.3433/2006, έλεγχος του ΝΣΚ προβλέπεται μόνο στην περίπτωση τροποποίησης θεμελιώδους διάταξης της σύμβασης. Στις περιπτώσεις λύσης του συμβατικού δεσμού, δεν προβλέπεται πλέον αρμοδιότητα του ΝΣΚ, όπως προβλεπόταν ρητά στην προϊσχύσασα διάταξη του άρθρου 66 του π.δ. 284/1989. Η στενή αυτή ερμηνεία

στοιχίζεται, άλλωστε, και με την αρχή της νομιμότητας που διέπει τη διοικητική δράση και επιβάλλεται να ακολουθείται κατά την εφαρμογή των διατάξεων που καθιερώνουν αρμοδιότητα κάποιου οργάνου (Γνωμ.ΝΣΚ 93/2008), στις οποίες ανήκουν και οι διατάξεις του άρθρου 61 του ν.3433/2006, οι οποίες ουδέν διαλαμβάνουν περί αρμοδιότητας του ΝΣΚ να γνωμοδοτεί σε περίπτωση διάλυσης της σύμβασης.

Απάντηση

18. Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, επί του εξεταζόμενου ερωτήματος - αιτήματος περί έκδοσης γνωμοδότησης του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους για τη νομιμότητα της διάλυσης της 05/2007 σύμβασης σε ό,τι αφορά το μη εκτελεσθέν μέρος αυτής, το ΝΣΚ γνωμοδοτεί, ομόφωνα, ότι δεν έχει αρμοδιότητα να εκδώσει τέτοια γνωμοδότηση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις ισχύουσες κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα διατάξεις, και εφόσον, περαιτέρω, με το εξεταζόμενο ερώτημα δεν τίθεται συγκεκριμένος νομικός προβληματισμός, δεν συντρέχει περίπτωση ούτε να εκδώσει γνωμοδότηση κατά τις διατάξεις του Οργανισμού του (ν.4831/2021, Α' 170).

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 12-1-2022

Ο Προεδρεύων του Τμήματος

Οι Εισηγητές

Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Θεόδωρος Ράπτης
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους

Γεώργιος Κόκλας
Πάρεδρος ΝΣΚ