

ΟΙ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

Δημήτρης Τομαράς, Πάρεδρος ΣτΕ, Δ.Ν. Πανεπιστημίου PARIS II

- Η διαδικασία κατάρτισης της σύμβασης
- Η εκτέλεση της διοικητικής σύμβασης

2η έκδοση



Οι Διοικητικές Συμβάσεις
Δημήτρης Τομαράς

ISBN 978-960-562-440-8

Σύμφωνα με το Ν. 2121/93 για την Πνευματική Ιδιοκτησία απαγορεύεται η αναδημοσίευση και γενικά η αναπαραγωγή του παρόντος έργου, η αποθήκευσή του σε βάση δεδομένων, η αναμετάδοσή του σε ηλεκτρονική ή οποιαδήποτε άλλη μορφή και η φωτοανατύπωσή του με οποιονδήποτε τρόπο, χωρίς γραπτή άδεια του εκδότη.

ΔΗΛΩΣΗ ΕΚΔΟΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ

Το περιεχόμενο του παρόντος έργου έχει τύχει επιμελούς και αναλυτικής επιστημονικής επεξεργασίας. Ο εκδοτικός οίκος και οι συντάκτες δεν παρέχουν διά του παρόντος νομικές συμβουλές ή παρεμφερείς συμβουλευτικές υπηρεσίες, ουδεμία δε ευθύνη φέρουν για τυχόν ζημία τρίτου λόγω ενέργειας ή παράλειψης που βασίστηκε εν όλω ή εν μέρει στο περιεχόμενο του παρόντος έργου.

Art Director:	Γιάννης Μαμαλούκος
Υπεύθυνος Παραγωγής:	Ανδρέας Μενούνος
Φωτοστοιχειοθεσία:	Χρύσα Ζαργιαννάκη
Παραγωγή:	NB Production AM140715M23



NOMIKH BIBLIOTHEKH

Μαυρομιχάλη 23, 106 80 Αθήνα

Τηλ.: 210 3678 800 • Fax: 210 3678 819

<http://www.nb.org> • e-mail: info@nb.org

Αθήνα: Μαυρομιχάλη 2, 106 79 • Τηλ.: 210 3607 521

Πειραιάς: Φίλωνος 107-109, 185 36 • Τηλ: 210 4184 212

Πάτρα: Κανάρη 15, 262 22 • Τηλ.: 2610 361 600

Θεσ/νίκη: Φράγκων 1, 546 26 • Τηλ.: 2310 532 134



© 2015, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

ΟΙ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

Δημήτρης Τομαράς, Πάρεδρος ΣτΕ, Δ.Ν. Πανεπιστημίου PARIS II

- Η διαδικασία κατάρτισης της σύμβασης
- Η εκτέλεση της διοικητικής σύμβασης

2η έκδοση



Administrative contracts - 2nd edition

Dimitris Tomaras

ISBN 978-960-562-440-8

COPYRIGHT

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior permission of NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A., or as expressly permitted by law or under the terms agreed with the appropriate reprographic rights organisation. Enquiries concerning reproduction which may not be covered by the above should be addressed to NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. at the address below.

DISCLAIMER

The content of this work is intended for information purposes only and should not be treated as legal advice. The publication is necessarily of a general nature; NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. makes no claim as to the comprehensiveness or accuracy of the information provided; Information is not offered for the purpose of providing individualized legal advice. Professional advice should therefore be sought before any action is undertaken based on this publication. Use of this work does not create an attorney-client or any other relationship between the user and NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. or the legal professionals contributing to this publication.



NOMIKI BIBLIOTHIKI

23, Mavromichali Str., 106 80 Athens Greece
Tel.: +30 210 3678 800 • Fax: +30 210 3678 819
<http://www.nb.org> • e-mail: info@nb.org



© 2015, NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A.

*Αφιερώνεται στην σύζυγό μου Ασπασία
και την θυγατέρα μου Άννα*

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΠΡΟΛΟΓΟΣ ΣΤΗ Β΄ ΕΚΔΟΣΗ	1
ΠΡΟΛΟΓΟΣ ΣΤΗΝ Α΄ ΕΚΔΟΣΗ	3
ΕΙΣΑΓΩΓΗ	
ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΔΙΑΚΡΙΣΕΙΣ	5
Η ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΣΥΜΒΑΣΗ	8
LES CONTRATS ADMINISTRATIFS	13
ΤΑ ΟΡΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΙΚΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΕΩΣ	
I. Συμβάσεις μεταξύ νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου	22
II. Συμφωνίες με ΝΠΙΔ του ευρύτερου δημοσίου τομέως ή ιδιωτικούς φορείς	25
III. Περιορισμοί που τίθενται από την αρχή της νομιμότητας	25
IV. Τομείς οι οποίοι δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο συμβάσεως	28

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟΝ

Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΚΑΤΑΡΤΙΣΕΩΣ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΣ

A. Η διαδικασία επιλογής του αναδόχου	33
α. Η διακήρυξη	33
β. Ο έλεγχος των δικαιολογητικών	52
1. Νομικά προβλήματα κοινά σε όλα τα δικαιολογητικά	52
2. Ζητήματα κατά κατηγορία πιστοποιητικών	60
i) Εγγυητικές επιστολές	60
ii) Πιστοποιητικά ότι οι υποψήφιοι δεν τελούν σε πτώχευση, εκκαθάριση και αναγκαστική διαχείριση	63
iii) Πιστοποιητικά οικονομικής φερεγγυότητας και τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων	64
iv) Πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας	66
v) Πιστοποιητικό ονομαστικοποίησης μετοχών Α.Ε.	67

vi) Η δήλωση του άρθρου 18 παρ. 3 του ΠΔ 394/1996 (άρθρου 18 παρ. 3 του ΠΔ/τος 118/2007) περί της καταγωγής των προσφερομένων υλικών	71
vii) Ποινικό μητρώο και επαγγελματικά παραπτώματα	73
viii) Λοιπά πιστοποιητικά	76
γ. Ο έλεγχος των προσφορών	77
1. Ο τυπικός έλεγχος των προσφορών.....	77
i) Η κατάθεση της προσφοράς.....	77
ii) Διαδικασία ανοίγματος των προσφορών	85
2. Κρίση επί των τεχνικών και οικονομικών προσφορών	88
i) Κριτήρια - προδιαγραφές	88
ii) Βαθμολόγηση προσφορών	92
iii) Η εκ μέρους της Διοικήσεως επανεξέταση των προσφορών.....	94
iv) Ειδικότερον περί οικονομικών προσφορών	95
3. Η ολοκλήρωση της διαδικασίας	97
B. Ο δικαστικός έλεγχος της επιλογής του αναδόχου	99
α. Η προσωρινή δικαστική προστασία.....	100
1. Γενικώς περί προσωρινής δικαστικής προστασίας	100
2. Περί της ενδικοφανούς προδικαστικής προσφυγής.....	108
3. Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων	
i) Γενικά	113
ii) Προβαλλόμενοι λόγοι	115
iii) Λοιπά ζητήματα.....	119
β. Η ακυρωτική αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Διοικητικού Εφετείου	124
1. Οριοθέτηση της ακυρωτικής αρμοδιότητας του ΣτΕ εν σχέσει προς τις αρμοδιότητες των λοιπών διοικητικών δικαστηρίων.....	124
i) Η φύση της αρμοδιότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου	124
ii) Η θεωρία των αποσπαστών πράξεων	131
iii) Η κατανομή των ακυρωτικών αρμοδιοτήτων μεταξύ του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Διοικητικού Εφετείου	138
2. Ειδικά δικονομικά ζητήματα	140
i) Το ζήτημα της κατά στάδια προβολής των λόγων	140
iα. Δικονομικοί περιορισμοί στον παρεμπόμποντα δικαστικό έλεγχο των διακηρύξεων	141
iβ. Ο έλεγχος των ενδιαμέσων πράξεων	143

ii) Το ζήτημα των αλυσιτελώς προβαλλομένων λόγων	145
iii) Το ζήτημα της εκ των υστέρων αιτιολογίας των ατομικών διοικητικών πράξεων.....	150

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

Η ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΣ

A. Οι συνήθεις συμβατικές διαφορές.....	155
α. Οι διαφορές περί την εκτέλεση	155
1. Επιμετρήσεις και λογαριασμοί	155
2. Νέες εργασίες	163
3. Περί βλαβών και ελαττωμάτων.....	169
i) Οι βλάβες.....	169
ii) Τα ελαττώματα του έργου	172
β. Διαφορές περί την παραλαβή του έργου, την λύση της συμβάσεως και την έκπτωση του αναδόχου	174
1. Η παραλαβή του έργου	174
2. Η έκπτωση του αναδόχου	180
3. Λύση της συμβάσεως λόγω υπαιτιότητας της Διοικήσεως	186
B. Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών εκτελέσεως της συμβάσεως.....	192
α. Δυσκολίες ή αδυναμία εκτελέσεως της συμβάσεως	193
1. Το γεγονός ανωτέρας βίας	193
2. Οι δυσκολίες εκτελέσεως	200
β. Η ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της διοικητικής συμβάσεως... ..	203
1. Η θεωρία του απροβλέπτου	204
2. Προϋποθέσεις εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου 388 ΑΚ	207
3. Οι λύσεις της ελληνικής νομολογίας	210
γ. Οι επεμβάσεις της Διοικήσεως στην διοικητική σύμβαση	213
1. Οι απόψεις της γαλλικής θεωρίας και νομολογίας	213
2. Οι απόψεις της ελληνικής νομολογίας	217
Γ. Η δικαστική προστασία κατά το στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως	222
α. Προσφυγή.....	222
1. Η τήρηση της προδικασίας	222

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

2. Περί του δικαστικού ενσήμου	230
3. Δικαιούχοι της προσφυγής.....	235
i) Η θέση της ελληνικής νομολογίας.....	235
ii) Η γαλλική θεωρία περί διευρύνσεως του κύκλου των δικαιούχων της προσφυγής.....	238
Β. Άλλα ένδικα βοηθήματα.....	241
1. Αίτηση ακυρώσεως	241
i) Ανάδοχοι κατά διοικητικών πράξεων που απλώς επηρεάζουν την εκτέλεση της καταρτισθείσης συμβάσεως	241
ii) Τρίτοι κατά διοικητικών πράξεων ερειδομένων επί κανονιστικών όρων της συμβάσεως.....	244
iii) Η δι' αιτήσεως ακυρώσεως προσβολή διοικητικών πράξεων που αποφασίζουν την πρόωρη λύση των συμβάσεων	247
2. Η αγωγή αποζημιώσεως	250
i) Ευθεία αγωγή αποζημιώσεως εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου αναδόχου	250
ii) Αγωγή εκ μέρους των παρανόμως αποκλεισθέντων τρίτων.....	252
iii) Αγωγή του Δημοσίου κατά του αντισυμβαλλομένου του	257
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ	
Α. Ελληνική.....	259
Β. Αλλοδαπή.....	265
ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΕΙΣ.....	268
ΑΛΦΑΒΗΤΙΚΟ ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ	271

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΔΙΑΚΡΙΣΕΙΣ

Η διοικητική σύμβαση είναι μία μορφή συμβάσεως. Πρέπει να περιέχει τα κύρια χαρακτηριστικά αυτής, όπως τα έχει διαμορφώσει η θεωρία του αστικού δικαίου. Σύμβαση λοιπόν είναι η συμφωνία δια της οποίας δύο τουλάχιστον πρόσωπα αναλαμβάνουν έναντι αλλήλων την υποχρέωση να πράξουν ή να μη πράξουν κάτι ή να δώσουν μία παροχή. Στο ιδιωτικό δίκαιο είναι η κύρια πηγή των ενοχικών σχέσεων.

Η συμφωνία των συμβαλλομένων μερών πρέπει να καλύπτει τόσο τα ουσιώδη σημεία αυτής όσο και τα επουσιώδη. Πρέπει δηλαδή τα νοήματα των δηλώσεων βουλήσεων των συμβαλλομένων να συμπίπτουν. Εάν η συμφωνία δεν καλύπτει όλα τα σημεία της συμβάσεως, τότε η σύμβαση δεν έχει καταρτισθεί και υπάρχει ασυμφωνία των μερών. Οι αστικολόγοι διακρίνουν την ασυμφωνία σε φανερή και λανθάνουσα².

Φανερή είναι η ασυμφωνία όταν τα μέρη γνωρίζουν ότι δεν έχουν συμφωνήσει σε όλους τους όρους της συμβάσεως. Οι συνέπειες της ασυμφωνίας εξαρτώνται από την φύση των όρων, επί των οποίων δεν επετεύχθη συμφωνία. Εάν πρόκειται περί ουσιωδών στοιχείων, τότε η σύμβαση εν πάση περιπτώσει δεν έχει καταρτισθεί. Εάν αντιθέτως, η ασυμφωνία αναφέρεται σε επουσιώδεις όρους, τότε, εν αμφιβολία, η σύμβαση δεν θεωρείται καταρτισθείσα (195 ΑΚ). Δηλαδή υπάρχει η δυνατότητα καταρτίσεως αυτής, όταν προκύπτει σαφώς η σχετική βούληση των μερών.

Τα αυτά ισχύουν και επί λανθανούσης ασυμφωνίας, όταν δηλαδή οι συμβαλλόμενοι νομίζουν ότι έχουν συμφωνήσει σε όλους τους όρους της συμβάσεως, αλλά στην πραγματικότητα δεν έχουν συμφωνήσει σε ορισμένους όρους. Εάν οι όροι αυτοί είναι ουσιώδεις, τότε βεβαίως η σύμβαση δεν έχει καταρτισθεί. Εάν όμως είναι επουσιώδεις, τότε μπορεί η σύμβαση να είναι ισχυρά, εφ' όσον τα μέρη θεωρούν ότι η σύμβαση θα καταρτιζόταν και χωρίς συμφωνία επί του όρου αυτού (196 ΑΚ).

Η συμφωνία των συμβαλλομένων μερών πρέπει να αποσκοπεί στην παραγωγή εννόμων συνεπειών. Απλές δηλώσεις προθέσεων ή γενικές υπο-

2. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απόστολος: Γενικές αρχές αστικού δικαίου, 2002, σελ. 405-406.

σχέσεις δεν αποτελούν περιεχόμενο συμβάσεως ούτε δεσμεύουν αυτούς που τις έκαναν³.

Οι συνέπειες αυτές μπορεί να είναι είτε η γένεση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων είτε η δημιουργία ενός πλαισίου συνεργασίας, το οποίο θα καταλήξει σε σύμβαση δημιουργό δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.

Η πρώτη περίπτωση περιλαμβάνει όλες τις παραδοσιακές μορφές συμβάσεων που γνωρίζουμε από το αστικό δίκαιο. Η δεύτερη περιλαμβάνει νέες μορφές συμβάσεων, οι οποίες δίδουν στις νομικές σχέσεις των μερών ένα ευέλικτο πλαίσιο.

Επί παραδείγματι, στην σύμβαση franchising (δικαιοχρήσεως) οι συμβαλλόμενοι συνάπτουν σε πρώτο στάδιο μία σύμβαση - πλαίσιο, με την οποία προσδιορίζονται οι υποχρεώσεις των μερών οι οποίες είναι αναγκαίες για την επίτευξη του οικονομικού σκοπού της, ως η παροχή στον λήπτη δικαιώματος χρήσεως της τεχνογνωσίας του δότη, η υποχρέωση του λήπτη να σέβεται τις οργανωτικές αρχές του συστήματος που δημιούργησε ο δότης κλπ. Η εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών θα γίνει με την κατάρτιση εκτελεστικών συμβάσεων, των οποίων το περιεχόμενο θα καθορισθεί βάσει συγκεκριμένων αναγκών που προκύπτουν από την εξέλιξη της συνεργασίας⁴.

Σύμβαση-πλαίσιο μεταξύ πράκτορος και προμηθευτού καταρτίζεται και στις συμβάσεις factoring (πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων). Περιεχόμενο αυτής είναι οι όροι συνεργασίας των μερών, όπως το είδος του factoring, το ανώτατο ποσό χρηματοδότησεως του προμηθευτού από τον πράκτορα, η αμοιβή και οι προμήθειες του τελευταίου, καθώς και ο τρόπος με τον οποίον θα γίνεται η εκχώρηση των απαιτήσεων⁵.

Άλλο παράδειγμα δημιουργίας ευέλικτου πλαισίου νομικών σχέσεων είναι η διμερής επιστολή προθέσεων (letter of intent)⁶. Δημιούργημα της αγγλοαμερικανικής συναλλακτικής πρακτικής, χρησιμοποιείται στις περιπτώσεις βαθμιαίας κατάρτισεως συμβάσεων μεγάλης αξίας, όταν είναι απαραίτητο να καταγραφούν είτε τα υπό διαπραγματεύσιν θέματα είτε τα σημεία στα οποία οι διαπραγματεύσεις κατέληξαν σε συμφωνία. Δικαιοπρακτική δέσμευση των μερών δεν προκύπτει από αυτήν, όμως δεν στερείται εννόμων συνεπειών, καθώς ενδεχομένη κακόπιστη συμπερι-

3. DEBBASCH Ch. - COLLIN Fr.: Droit administratif, Economica, 2004, σελ. 463.

4. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απόστολος: Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας, 2008, σελ. 205.

5. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απόστολος: ε.α., σελ. 133-134.

6. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απ. - ΛΙΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Αθ.: Η επιστολή προθέσεων, «Νομικό Βήμα» 1993, σελ. 209 - 223.

φορά εκ μέρους ενός των διαπραγματευομένων μπορεί να θεμελιώσει ευθύνη του κατά τις διατάξεις των άρθρων 197 - 198 ΑΚ.

Ένα άλλο κρίσιμο ερώτημα είναι κατά πόσον η ισοτιμία των μερών είναι χαρακτηριστικό γνώρισμα των συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου. Ενώ στο διοικητικό δίκαιο οι θεωρητικοί αποδέχονται την προέχουσα θέση της συμβαλλομένης Διοικήσεως, αφού αυτή επιδιώκει την πραγμάτωση του δημοσίου συμφέροντος, στο ιδιωτικό δίκαιο ισχύει η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (361 ΑΚ), η οποία αποτελεί εξειδίκευση της συνταγματικής αρχής της ελευθέρας συμμετοχής των πολιτών στην οικονομική ζωή της Χώρας (άρθρο 5 παρ. 1 και 3 Σ). Κατά την παραδοσιακή θεωρία του αστικού δικαίου, οι συμβαλλόμενοι είναι ελεύθεροι να καταρτίσουν ή να μη καταρτίσουν μία σύμβαση και να της δώσουν το περιεχόμενο που αυτοί θέλουν. Δηλαδή οι συμπίπτουσες δηλώσεις βουλήσεως είναι νομικώς ισότιμες. Όμως η οικονομική πραγματικότητα διεμόρφωσε καταστάσεις που δεν μπορούν να υπαχθούν στο πλαίσιο αυτό. Δημιουργήθηκαν επιχειρήσεις με μονοπωλιακή ή ολιγοπωλιακή ισχύ, οι οποίες επιβάλλουν στους καταναλωτές τους όρους τους, χωρίς οι τελευταίοι να δύνανται να διαπραγματευθούν επί ίσοις όροις την αγορά προϊόντων και υπηρεσιών. Τοιουτοτρόπως άρχισαν να εμφανίζονται μορφές συμβάσεων άγνωστες στο παραδοσιακό αστικό δίκαιο, καρπός της συγχρόνου οικονομικής πραγματικότητας.

Το Δημόσιο δημιούργησε μεγάλες επιχειρήσεις κοινής ωφελείας με τις οποίες ήταν υποχρεωμένο να συμβληθεί το καταναλωτικό κοινό. Αν και τα τελευταία έτη τα κρατικά μονοπώλια στις τηλεπικοινωνίες, την ενέργεια, τις συγκοινωνίες κλπ. έχουν αρχίσει να υποχωρούν, λόγω της επιδράσεως του κοινοτικού δικαίου, πολλές από αυτές τις επιχειρήσεις εξακολουθούν να κατέχουν δεσπόζουσα θέση στην αγορά. Ήταν απαραίτητο λοιπόν να προστατευθούν οι καταναλωτές από ενδεχόμενη καταχρηστική άρνηση αυτών να συμβληθούν μαζί τους.

Δι' ειδικών νόμων λοιπόν εθεσπίσθη η υποχρέωση αυτών να συμβάλλονται με όποιον καταναλωτή το ζητήσει. Δηλαδή οι δημόσιες επιχειρήσεις είναι υποχρεωμένες να αποδεχθούν τις προτάσεις καταρτίσεως συμβάσεως που τους απευθύνονται. Οι εν λόγω συμβάσεις απεκλήθησαν αναγκαστικές. Μάλιστα η θεωρία, βασιζόμενη στην διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ, επεξέτεινε την υποχρέωση αυτή και στους ιδιώτες που κατέχουν εν τοις πράγμασι μονοπωλιακή ή ολιγοπωλιακή θέση στην αγορά⁷.

Επίσης μεγάλες εταιρείες παροχής υπηρεσιών διατυπώνουν προ της καταρτίσεως των συμβάσεων με τους καταναλωτές τυποποιημένους όρους, τους οποίους οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να αποδεχθούν ή να μη απο-

7. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απ.: Γενικές αρχές αστικού δικαίου, σελ. 418 - 419.

δεχθούν. Εν προκειμένω, ο καταναλωτής δεν έχει την δυνατότητα να διαπραγματευθεί τους συμβατικούς όρους με την επιχείρηση, αλλά είτε προσχωρεί στην προτεινομένη σύμβαση είτε όχι. Για τον λόγο αυτόν οι προαναφερόμενες συμβάσεις ονομάστηκαν συμβάσεις προσχωρήσεως. Η τυποποίηση έχει ευνοϊκές συνέπειες, αφού και το κόστος διαπραγματεύσεων μειώνει και συμβάλλει στην ορθολογική λειτουργία των μεγάλων επιχειρήσεων. Μπορεί όμως να έχει και αρνητικές, εάν οι μεγάλες επιχειρήσεις, με την χρήση εναρμονισμένων πρακτικών, επιβάλλουν επαχθείς όρους στους αδύναμους οικονομικώς καταναλωτές⁸.

Από τις ανωτέρω εξελίξεις προκύπτει ότι στο ιδιωτικό δίκαιο δεν είναι άγνωστες οι συμβάσεις όπου το ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη είναι σε πλεονεκτικότερη θέση έναντι του άλλου. Αυτό που στις ιδιωτικές συμβάσεις φαίνεται ως νεωτέρα εξέλιξη στις διοικητικές συμβάσεις είναι ο κανόνας. Η Διοίκηση ευρίσκεται πάντοτε σε υπερέχουσα θέση έναντι των ιδιωτών αντισυμβαλλομένων της.

Η ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΣΥΜΒΑΣΗ

Ως γνωστόν, οι διοικητικές συμβάσεις μέχρι την 11-6-1985, ημερομηνία κατά την οποία άρχισε να ισχύει ο Ν 1406/1983, υπήγοντο στα πολιτικά δικαστήρια. Πράξεις της Διοικήσεως οι οποίες είχαν εκδοθεί όχι κατά την ενάσκηση δημοσίας εξουσίας, αλλ' εντός του πλαισίου των συμφωνιών αυτής με ιδιωτικές επιχειρήσεις, απαραδέκτως προσβάλλονταν δι' αιτήσεως ακυρώσεως, αφού δημιουργούσαν διαφορές υπαγόμενες στον δικαστή της συμβάσεως⁹. Δηλαδή οιαδήποτε διαφορά αναφευόμενη κατά την ερμηνεία όρου της συμβάσεως (πράξη εκπτώσεως, ερμηνεία παραιτήσεως ιδιώτη από δικαίωμά του) υπήγετο στον δικαστή της ουσίας¹⁰. Το ΣτΕ μπορούσε να κρίνει μόνον την νομιμότητα μονομερών πράξεων της Διοικήσεως που προηγούνταν της καταρτίσεως της συμβάσεως, εφαρμόζοντας την θεωρία των αποσπαστών πράξεων¹¹. Τούτο το έπραττε όταν οι αποσπώμενες πράξεις είχαν εκδοθεί κατ' εφαρμογήν ειδικώς προβλεπομένης εις τον διοικητικό νόμο διαδικασίας¹². Το ζήτημα λοιπόν της οριοθετήσεως της εννοίας της διοικητικής συμβάσεως εν σχέσει προς την ιδιωτική σύμβαση εξεταζόταν κατά την εκδίκαση αιτή-

8. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απ.: ε.α., σελ. 420.

9. ΣτΕ ολομ. 1083/1973, 846/1980.

10. ΣτΕ 1894/1966, 504/1968.

11. Για την γαλλικής προελεύσεως έννοια των αποσπαστών πράξεων βλ. ΤΟΜΑΡΑΣ Δημήτριος: Διοικητικές πράξεις αποσπαστές από τις συμβάσεις της Διοικήσεως, 1996, ΣτΕ 1235^Α /1964.

12. ΣτΕ ολομ. 1058/1972.

σεων ακυρώσεως κατά αποσπαστών πράξεων. Βέβαια το γεγονός ότι οι αποσπαστές πράξεις ήσαν διοικητικές δεν σήμαινε εν πάση περιπτώσει ότι και οι συμβάσεις εις τις οποίες κατέληγαν ήσαν διοικητικές, διότι υπήρξαν περιπτώσεις διοικητικών πράξεων αποσπαστών από συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου¹³. Επειδή όμως τις περισσότερες φορές ο χαρακτήρας της επακολουθούσης συμβάσεως σχετιζόταν με τις πράξεις που προετοίμαζαν την κατάρτισή της, ο ακυρωτικός δικαστής ασχολήθηκε επανειλημμένως με την φύση αυτής.

Όταν η δημοπρασία για την κατάρτιση συμβάσεως διενεργείται βάσει κριτηρίων αναγομένων στην επίτευξη του καλύτερου οικονομικού αποτελέσματος και αποτελεί διαχείριση της ιδιωτικής περιουσίας ΝΠΔΔ, τότε ούτε οι προηγούμενες της καταρτίσεως πράξεις είναι διοικητικές ούτε η επακολουθούσα σύμβαση¹⁴. Η απόφαση αυτή παρουσιάζει ενδιαφέρον, επειδή αναφέρει τα κρίσιμα στοιχεία που οδηγούν στον χαρακτηρισμό μίας συμβάσεως ως διοικητικής. Πρέπει λοιπόν οι σχετικές με την κατάρτιση της συμβάσεως πράξεις να εκδίδονται από όργανο ΝΠΔΔ, κατά την ενάσκησιν δημοσίας εξουσίας και να επιδιώκουν γενικότερο κοινωνικό σκοπό, ώστε να συνδέονται με την λειτουργία δημοσίας υπηρεσίας. Όμως η αναφορά στην δημοσία υπηρεσία, η οποία οφειλόταν στην γαλλική νομολογία και θεωρία, εξαλείφθηκε μεταγενεστέρως και αντικαταστάθηκε από το εξαιρετικό νομικό καθεστώς, το οποίον εξασφάλιζε στην συμβαλλομένη Διοίκηση υπερέχουσα θέση¹⁵. Έτσι, για να χαρακτηριστεί μία σύμβαση ως διοικητική έπρεπε να συντρέχουν σωρευτικώς και τα τρία προαναφερθέντα κριτήρια¹⁶. Η έλλειψη ενός εξ αυτών καθιστά την σύμβαση ιδιωτική.

Το πρώτο κριτήριο είναι σχετικώς απλό στην εφαρμογή του. Αποβλέπει κανείς στην νομική φύση του υπογράψαντος την σύμβαση νομικού προσώπου. Γι' αυτό και λέγεται τυπικό ή οργανικό. Εάν υπέγραψε την σύμβαση νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, ακόμη και αν αυτό είναι υπό τον έλεγχο του Κράτους ή άλλου ΝΠΔΔ ή χρηματοδοτείται από το Δημόσιο ή ο χώρος όπου θα εκτελεσθεί το έργο ανήκει στο Δημόσιο, δεν

13. ΤΟΜΑΡΑΣ Δημ.: ε.α., σελ. 24-32.

14. ΣτΕ 867/1981, 7μ. Στην απόφαση αυτή υπήρξε μειοψηφία ενός μέλους υπέρ του διοικητικού χαρακτήρος της συμβάσεως εκμισθώσεως ιχθυοτροφείων, λόγω της διοικητικής φύσεως των διατάξεων που την διείπαν και την σύνδεση αυτής με δημοσία υπηρεσία.

15. ΣτΕ 120/1987. Ενεφανίσθη και πάλιν στις ΣτΕ 4936/1995 ολομ. και 3423/2001, οι οποίες αφορούσαν στην σύμβαση διενεργείας αεροψεκασμών από ιδιωτική εταιρεία. Οι εν λόγω συμβάσεις δεν χαρακτηρίσθηκαν διοικητικές, αφού δεν είχαν ως αντικείμενο την παραχώρηση της δημοσίας υπηρεσίας της προστασίας της ελαιοπαραγωγής, η οποία ασκείτο από το Κράτος απλώς δι' ιδιωτικών μέσων.

16. ΣτΕ 5067/1995, 5859/1995, 1886/1996, 3486/1996, 4014/1996 και άλλες μεταγενέστερες.

πρόκειται περί διοικητικής συμβάσεως¹⁷. Το μειονέκτημα αυτού είναι ότι η Διοίκηση μπορεί να επιλέγει δικαστή, μεταβάλλουσα την νομική μορφή των δημοσίων νομικών προσώπων.

Εξ αφορμής συμβάσεως συναφθείσης υπό του Οργανισμού Λιμένος Πατρών, ο οποίος πριν μετατραπεί σε ανώνυμη εταιρεία δια του Ν 2932/2001 ήταν ΝΠΔΔ, εκρίθη ότι εν περιπτώσει μεταβολής της φύσεως του νομικού προσώπου που είναι κύριος του έργου, μεταβάλλεται και η δικαιοδοσία των δικαστηρίων. Δηλαδή εάν η αρχική σύμβαση συνήφθη μεταξύ ΝΠΔΔ και αναδόχου, με συνέπεια η σύμβαση αυτή να είναι διοικητική και να υπάγεται στην δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, ενδεχομένη μεταγενεστέρα μεταβολή στην φύση του συμβληθέντος νομικού προσώπου ή υποκατάσταση αυτού από ΝΠΙΔ έχει ως συνέπεια η σύμβαση αυτή να μη είναι πλέον διοικητική, η δε δικαιοδοσία να περιέρχεται στα πολιτικά δικαστήρια, ανεξαρτήτως αν οι αρμοδιότητες εκδόσεως αποφάσεων επί των ασκουμένων αιτήσεων και ενδικοφανών μέσων εξακολουθούν να ασκούνται ή ανατίθενται όχι σε όργανα του ιδίου ΝΠΙΔ, αλλά σε άλλα εκτός της οργανωτικής δομής του διοικητικά όργανα¹⁸.

Θα μπορούσε βέβαια να υποστηριχθεί για πρακτικούς και μόνον λόγους η παράκαμψη του εν λόγω κριτηρίου και η υπαγωγή όλων των διαφορών εκ συμβάσεων του δημοσίου τομέως στα διοικητικά δικαστήρια. Όμως η άποψη αυτή θα οδηγούσε σε δύο άτοπα: ι) τα διοικητικά δικαστήρια δεν θα είχαν δικαιοδοσία να κρίνουν επί διαφορών γεννωμένων εκ παρανόμων πράξεων των δημοσίων ΝΠΙΔ και ιι) οι σχετιζόμενες με τις συμβάσεις αυτές πράξεις των εν ευρεία εννοία δημοσίων νομικών προσώπων δεν θα υπέκειντο εις προσβολή ενώπιον του ΣτΕ δι' αιτήσεως ακυρώσεως¹⁹.

Ως προς τις συμβάσεις των διφυών νομικών προσώπων, η νομολογία, κατ' αρχάς, διχάσθηκε. Υπενθυμίζουμε ότι διφυή είναι τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, τα οποία ενίοτε ασκούν και δημόσια εξουσία. Οι μονομερείς πράξεις που εκδίδουν στην τελευταία περίπτωση θεωρούνται διοικητικές. Υποστηρίχθηκε λοιπόν η άποψη ότι και οι συμβάσεις των διφυών προσώπων πρέπει να είναι διοικητικές²⁰, αφού αυτά συμβάλλονται ως φορείς δημοσίας εξουσίας. Η νομολογία δεν φάνηκε να απορρίπτει αυτήν την λύση, διότι, επί υποθέσεως του Κρατικού Μουσείου Σύγχρονης Τέχνης, η Επ. Αν. 56/2004 έκρινε ότι το εν λόγω ΝΠΙΔ δεν είναι διφυές, καθώς εκ του συνόλου των διατάξεων που το διείπαν δεν συνήγето η

17. ΣτΕ 3524/1992 που αφορούσε σε σύμβαση επιχορηγούμενης από το Δημόσιο αθλητικής ομοσπονδίας με ιδιωτικές κατασκευαστικές εταιρείες.

18. ΣτΕ 4408/2011, με αξιοπρόσεκτη μειοψηφία.

19. ΣτΕ ολομ. 2665/1987.

20. ΜΑΝΙΑΤΗΣ Αντώνιος: Διοικητική σύμβαση υπέρ ιδιώτη (στον απόηχο της αποφάσεως ΑΕΔ 10/1992), «Διοικητική Δίκη» 1998, σελ. 861.

άσκηση δημοσίας εξουσίας εκ μέρους του και μάλιστα εις το πλαίσιο της συνάψεως συμβάσεων. Σε μεταγενεστέρα απόφαση η Επ. Αν. 885/2006 χαρακτήρισε σύμβαση ΝΠΙΔ διφυούς χαρακτήρος ως διοικητική, διότι το εν λόγω ν.π., κατά την ενάσκησιν των αρμοδιοτήτων της αγοράς και εκποιήσεως προϊόντων ενεργούσε ως εντολοδόχος του Δημοσίου.

Εν τέλει του ζητήματος επελήφθη το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο, το οποίο με σειρά αποφάσεών του, που αφορούσαν σε συμβάσεις συναφθείσες από την Δημοτική Επιχείρηση Αναπτύξεως του Δήμου Αμαρουσίου με σκοπό την κατασκευή έργων για την αισθητική αναβάθμιση του Δήμου εν όψει των Ολυμπιακών Αγώνων, έκρινε ότι οι εν λόγω συμβάσεις δεν ήσαν διοικητικές, αφού αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη ήσαν ΝΠΙΔ, παρά το γεγονός ότι ως κύριος του έργου, για λογαριασμό του οποίου εκτελούνταν τα έργα ήταν ο Δήμος Αμαρουσίου²¹.

Το δεύτερο κριτήριο αφορά στο αντικείμενο της συμβάσεως και συχνά γεννά αμφισβητήσεις, επειδή ναι μεν ορισμένες δραστηριότητες επιδιώκουν εξ ορισμού δημόσιο σκοπό (κατασκευή δρόμων, προμήθειες νοσοκομείων), για άλλες όμως υπάρχει διχογνωμία για το κατά πόσον ανήκουν στην κατηγορία αυτή²². Επί πλέον οι αντιλήψεις για τον δημόσιο χαρακτήρα ορισμένων δραστηριοτήτων μεταβάλλονται. Κάποτε οι επιχειρήσεις τηλεπικοινωνιών, ενεργείας, ταχυδρομικών υπηρεσιών, μεταφορών εθεωρούντο δραστηριότητες δημοσίου ενδιαφέροντος. Σήμερα, λόγω μεταβολής των οικονομικών συνθηκών, έχουν ανοιχθεί στον ελεύθερο ανταγωνισμό. Η έλλειψη δημοσίου σκοπού καθιστά την σύμβαση ιδιωτική, ακόμη και αν συντρέχουν τα άλλα δύο κριτήρια²³.

Για την συνδρομή του τρίτου κριτηρίου ο δικαστής εξετάζει τις υποχρεώσεις του αναδόχου που απορρέουν από το υφιστάμενο νομοθετικό καθεστώς. Όταν λοιπόν σε σύμβαση εκτελέσεως δημοσίου έργου αναγνωρίζεται στην Διοίκηση η δυνατότητα μονομερούς επεμβάσεως στον συμβατικό δεσμό, όπως: ι) να επιβάλλει την εκτέλεση νέων εργασιών, οι οποίες ναι μεν δεν προβλέπονται από την σύμβαση, είναι όμως αναγκαίες για την πληρότητα του έργου, ιι) να μειώνει τις συμβατικές εργασίες, ιιι) εν περιπτώσει εμποδίων ή συνθηκών μη προβλεπομένων υπό της συμβάσεως,

21. ΑΕΔ 4-9/2012.

22. Βλ. την ΣτΕ ολομ. 2403/1997, που ασχολήθηκε με σύμβαση μεταξύ εταιρείας λειτουργίας καζίνο και του τότε ΝΠΔΔ του ΕΟΤ περί παραχωρήσεως εκμεταλλεύσεως χερσαίων και λιμενικών εγκαταστάσεων στον τουριστικό λιμένα του Φλοίσβου. Δημόσιος σκοπός ήταν η τουριστική ανάπτυξη της Χώρας και το εξαιρετικό καθεστώς συνήχθη από την δυνατότητα του Δημοσίου να κηρύξει μονομερώς έκπτωτο τον ανάδοχο. Πάντως υπήρξε μειοψηφία υπέρ του ιδιωτικού χαρακτήρος της συμβάσεως, με το σκεπτικό ότι αυτή επεδίωκε την καλύτερη δυνατή εκμετάλλευση της περιουσίας του ΕΟΤ.

23. ΑΕΔ 15/1992, ΣτΕ 2828/1996.

να απευθύνει εντολές προς τον ανάδοχο, τις οποίες ο τελευταίος πρέπει να εκτελέσει, ιν) να ασκεί έλεγχο επί των εκτελουμένων έργων και επί της λειτουργίας της επιχείρησης του αναδόχου και ν) να επιβάλλει εις βάρος του διοικητικές ποινές για μη εκπλήρωση ή πλημμελή εκπλήρωση των υποχρεώσεών του, τότε η σύμβαση είναι διοικητική, λόγω του ότι υπάγεται σε εξαιρετικό νομικό καθεστώς²⁴.

Ζήτημα δημιουργήθηκε κατά πόσον οι εξαιρετικές ρήτρες που προσδίδουν υπερέχουσα θέση στην Διοίκηση πρέπει να προκύπτουν ευθέως εκ του διέποντος την σύμβαση νομοθετικού καθεστώτος ή εάν είναι δυνατόν να περιέχονται μόνον στην διακήρυξη ή την σύμβαση.

Κατά την κρατούσα γνώμη, οι εν λόγω ρήτρες δύνανται να προέρχονται είτε εκ του διέποντος την σύμβαση νόμου, είτε εκ των όρων της διακήρυξης, είτε εκ του περιεχομένου της συμβάσεως.

Αξιοπρόσεκτη πάντως είναι και η άποψη της μειοψηφίας συμφώνως προς την οποία, εν όψει της αρχής της νομιμότητας, δεν δύναται η Διοίκηση να συνάπτει διοικητικές συμβάσεις με εξαιρετικές ρήτρες που δεν προκύπτουν από το ισχύον νομοθετικό καθεστώς²⁵. Όταν αντιθέτως οι συμβατικοί όροι δεν παραλλάσσουν των αναφερομένων στις συμβάσεις του κοινού δικαίου, τότε η σύμβαση είναι ιδιωτική²⁶.

Όταν η σύμβαση δεν συνήφθη εγγράφως, με αποτέλεσμα να μη είναι δυνατόν να αναζητηθούν στην ίδια την συμφωνία ρήτρες αποκλίνουσες από το κοινό δίκαιο ούτε είναι δυνατόν να διαγνωσθεί το διέπον αυτήν κανονιστικό καθεστώς, ούτως ώστε να διερευνηθεί εάν διέπεται από εξαιρετικό υπέρ του Δημοσίου νομοθετικό ή συμβατικό καθεστώς, υπάγεται στην δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων²⁷.

Η μεταφορά των διαφορών εκ διοικητικής συμβάσεως από τα πολιτικά στα διοικητικά δικαστήρια δεν έγινε χωρίς αντιδράσεις εκ μέρους θεωρητικών²⁸. Υποστηρίχθηκε η άποψη ότι ο φυσικός δικαστής των συμβάσεων δημοσίων έργων είναι ο πολιτικός δικαστής, διότι αυτός έχει βαθεία γνώση των κανόνων δικαίου του Αστικού Κώδικος περί συμβάσεων, οι οποίοι εφαρμόζονται κατά κύριο λόγο και επί διοικητικών συμβάσεων. Μάλιστα πολλοί από τους κανόνες που περιέχονται σε ειδικά νομοθετή-

24. ΣτΕ 120/1987, ολομ. 3707-3709/1987.

25. ΣτΕ 4164/1997.

26. ΑΕΔ 10/1992 περί μεταβιβάσεως σε ΝΠΔΔ της επικαρπίας ακινήτων παραδοσιακού οικισμού. ΣτΕ 1973/1993. Αφορούσε σε διακήρυξη για την κατάρτιση συμβάσεως μεταξύ ΝΠΔΔ (ΤΑΧΔΙΚ) με ιδιώτη για την εκμετάλλευση καφεενείου δικαστικού μεγάρου.

27. ΣτΕ 1989/2014.

28. Βλέπε την επιχειρηματολογία του Κ. ΧΑΣΑΠΗ: τα δημόσια έργα, «NoB» 1987, σελ. 1189-1190.

ματα, ως ο Ν 1418/1984, αποτελούν ειδικότερες εκφράσεις διατάξεων του Αστικού Κώδικος. Κατά τον ίδιο θεωρητικό, η διάταξη του άρθρου 7 του Ν 1406/1983 που υπήγαγε στην έννοια των διοικητικών συμβάσεων τις συμβάσεις δημοσίων έργων είναι αντισυνταγματική.

Όμως οι απόψεις αυτές περί φυσικού δικαστού των δημοσίων συμβάσεων δεν έγιναν δεκτές από θεωρία και νομολογία, ο δε λόγος περί αντισυνταγματικότητας της προαναφερομένης διατάξεως απερρίφθη από την ολομέλεια του ΣτΕ²⁹.

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Οι γαλλικές επιρροές του ελληνικού δικαίου των διοικητικών συμβάσεων μας αναγκάζουν να εξετάσουμε εν περιλήψει την έννοια των διοικητικών συμβάσεων, όπως αυτή διαμορφώθηκε από την γαλλική θεωρία και την νομολογία.

Τα κριτήρια υπαγωγής στο καθεστώς των διοικητικών συμβάσεων που εφαρμόζονται στην Γαλλία δεν είναι άγνωστα στην Ελλάδα, διότι πηγή εμπνεύσεως της ελληνικής θεωρίας και νομολογίας είναι η αντίστοιχη γαλλική. Ενώ όμως στην χώρα μας τα κριτήρια αυτά εφαρμόζονται σωρευτικώς, η γαλλική νομολογία επιλέγει μεταξύ αυτών εκείνο που κατά περίπτωση έχει την πλέον βαρύνουσα σημασία.

Βεβαίως και εκεί βασική προϋπόθεση εφαρμογής κάποιου λειτουργικού κριτηρίου είναι ότι ένα από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη πρέπει να είναι νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου. Εάν το οργανικό κριτήριο συντρέχει με κάποιο λειτουργικό (είτε εξαιρετικό νομικό καθεστώς είτε δημοσία υπηρεσία), τότε η σύμβαση είναι διοικητική. Όμως και αυτός ο κανόνας γνωρίζει εξαιρέσεις, καθ' όσον στην Γαλλία μπορεί να θεωρηθεί ως διοικητική μία σύμβαση που καταρτίζεται μεταξύ δύο νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου.

Η ύπαρξη αυτού του κανόνος δικαιολογείται ως εξής³⁰: τα λειτουργικά κριτήρια εμπεριέχουν και ένα αφανές οργανικό στοιχείο, το οποίον βεβαίως ελλείπει όταν αμφότεροι οι συμβαλλόμενοι είναι ιδιώτες. Η σχέση μεταξύ εξαιρετικής ρήτρας και ΝΠΔΔ είναι προφανής όταν ο εξαιρετικός χαρακτήρας αυτής οφείλεται εις το ότι προβλέπει την άσκηση δημοσίας εξουσίας, η οποία προϋποθέτει την ύπαρξη ΝΠΔΔ (π.χ. έκδοση εκτελεστού τίτλου). Το οργανικό στοιχείο είναι λιγότερο εμφανές σε άλλες πε-

29. ΣτΕ ολομ. 2665/1987.

30. RICHER Laurent: Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., 2006, σελ. 120-121.

ριπτώσεις, όπου όμως ο εξαιρετικός χαρακτήρας της ρήτηρας οφείλεται εξ ίσου στο περιεχόμενο αυτής και στην επέμβαση δημοσίας εξουσίας.

Εις ό,τι αφορά στο κριτήριο της δημοσίας υπηρεσίας, είναι θεωρητικώς πολύ δύσκολο να γίνει δεκτό ότι ένα ΝΠΙΔ - φορέας δημοσίας υπηρεσίας υπό την λειτουργική έννοια του όρου δύναται ελευθέρως να την μεταβιβάσει σε άλλον ιδιώτη, την στιγμή που η Διοίκηση δεν μπορεί να παραιτηθεί από την αρμοδιότητα οργανώσεως της υπηρεσίας αυτής. Υπό την εκδοχήν αυτήν δεν μπορεί να λειτουργήσει το κριτήριο της δημοσίας υπηρεσίας σε σύμβαση μεταξύ ιδιωτών υπέρ του διοικητικού χαρακτήρος αυτής.

Όμως η γαλλική νομολογία δεν έμεινε προσηλωμένη στον κανόνα. Για να ελέγχει τις συγκεκριμενισμένες δραστηριότητες της Δημοσίας Διοικήσεως μέσω εξηρημένων από αυτήν ΝΠΙΔ, δεν δίστασε να προχωρήσει σε εξαιρέσεις. Διηύρυνε το οργανικό κριτήριο, με την χρήση της δανεισμένης από το αστικό δίκαιο εννοίας της εντολής. Όταν λοιπόν εκ των δύο συμβαλλομένων ο ένας ενεργεί ως εντολοδόχος του Κράτους ή άλλου ΝΠΔΔ, η σύμβαση είναι διοικητική. Στις περιπτώσεις αυτές, της συμβάσεως μεταξύ του εντολοδόχου ενός ΝΠΔΔ και ιδιώτου, προηγείται μία σύμβαση εντολής μεταξύ του εντολέως ΝΠΔΔ και του εντολοδόχου του, ο οποίος είναι συνήθως ιδιωτική εταιρεία που ασκεί παρέμβαση στην οικονομία. Βάσει λοιπόν της τελευταίας συμβάσεως, μία διοικητική αρμοδιότητα μεταφέρεται σε ένα νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου. Η εντολή μπορεί επίσης να προκύπτει και από ένα νομοθετικό κείμενο ή να συνάγεται από τον δικαστή από μία πραγματική κατάσταση. Στην τελευταία περίπτωση γίνεται λόγος περί σιωπηράς εντολής³¹.

Η νομολογία είτε ομιλεί περί εντολής³² είτε αναφέρει ότι ΝΠΙΔ ενεργεί εις το όνομα και δια λογαριασμόν ενός ΝΠΔΔ³³.

Όταν σε μία σύμβαση μεταξύ δύο ΝΠΙΔ ουδείς είναι εντολοδόχος της Διοικήσεως, τότε λογικά η σύμβαση είναι ιδιωτικού δικαίου. Όμως και στον κανόνα αυτόν υπάρχουν μερικές εξαιρέσεις.

Επί συμβάσεων κατασκευής δρόμων, είναι διοικητικές ακόμη και οι συμβάσεις που συνάπτουν οι ανάδοχοι του έργου με τους υπεργολάβους τους. Η επέκταση εφαρμογής του διοικητικού δικαίου και επ' αυτών στηρίχθηκε στην άποψη ότι η κατασκευή δρόμων ανήκει εκ φύσεως στο Κρά-

31. *RICHER L.*: op. cit., σελ. 122-123.

32. C.E. 24-2-1954, *Ministre de la production industrielle c. / Société des ateliers Schwartz-Haumont*, A.J.D.A. 1954, σελ. 189 και C.E. 2-6-1961, *Leduc*, *Recueil Lebon*, σελ. 366.

33. *Tribunal des Conflits* 12-1-1970, *G.D.F. c. / S.A.E.G.E.M.A.*, A.J.D.A. 1970, σελ. 249.

τος και παραδοσιακά εκτελείται δι' αυτεπιστασίας³⁴. Βεβαίως αμφισβητήθηκε το κατά πόσον ισχύει σήμερα η παράδοση αυτή και θεωρητικοί διερωτήθηκαν για ποιο λόγο η ίδια λύση δεν εφαρμόζεται επί συμβάσεων κατασκευής σιδηροδρόμων, διωρύγων ή άλλων σημαντικών δημοσίων έργων³⁵.

Λίγα έτη αργότερα η ανωτέρω λύση επεξετάθη και επί έργων υποδομής εκτελουμένων σε περιοχές υπό πολεοδόμηση³⁶. Για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι ένα ΝΠΙΔ ενεργεί δια λογαριασμόν του Δημοσίου ή άλλου ΝΠΔΔ, ο γάλλος δικαστής εξήτασε δέσμη ενδείξεων (*faisceau d'indices*), όπως η επιχορήγηση του ΝΠΙΔ από Δήμο, η υποχρέωση του κατασκευαστού να παραδώσει στον Δήμο αμέσως μετά την ολοκλήρωσή τους δρόμους και κτίσματα, το γεγονός ότι ο Δήμος μπορούσε να εναχθεί για ζημίες προκληθείσες από το έργο. Το ζήτημα που έθεσε η εν λόγω νομολογία είναι κατά πόσον το ΝΠΙΔ που ενεργεί δια λογαριασμόν του Κράτους είναι εντολοδόχος ή απλώς δικαιούχος παραχωρήσεως δημοσίας υπηρεσίας. Κατά μίαν άποψη, η μία έννοια αποκλείει την άλλη³⁷. Κατ' άλλην, η παραχώρηση δημοσίας υπηρεσίας υφίσταται, αλλ' αποτελεί ένδειξη σιωπηράς εντολής³⁸.

Σε περίπτωση συμβάσεως μεταξύ δημοτικής επιτροπής εορτών και εκτροφέως ταύρων για την διοργάνωση παραδοσιακής εορτής, έγινε δεκτό ότι η σύμβαση είναι διοικητική κατά πρώτον λόγο διότι αφορούσε σε εκτέλεση δημοσίας υπηρεσίας και κατά δεύτερο λόγο, επειδή η εν λόγω επιτροπή ενεργούσε δια λογαριασμόν του οικείου Δήμου. Ως ενδείξεις υπέρ της σιωπηράς εντολής χρησιμοποιήθηκαν οι τρόποι χρηματοδοτήσεως της επιτροπής και η οργάνωσή της³⁹.

Η ίδια μέθοδος χρησιμοποιήθηκε από το Δικαστήριο των Συγκρούσεων και επί κατασκευής πυρηνικού αντιδραστήρα. Η ιδιωτική εταιρεία Ner-

34. Tribunal des Conflits 8-7-1963, Société Entreprise Peyrot c./ Société de l' autoroute Esterel - Cote d' Azur, Recueil Lebon, σελ. 787.

35. *LICHERE François*: L' évolution du critère organique du contrat administratif, R.F.D.A., 2002, σελ. 342-343. Tribunal des Conflits 17-1-1972, S.N.C.F. c./ Entreprise Solon et Barrault, A.J.D.A. 1972, σελ. 353-354 et T.C. 10-11-1972, Société des grands travaux alpins, A.J.D.A. 1973, σελ. 48.

36. C.E. 30-5-1975, Société d'équipement de la région monpelleraine, A.J.D.A. 1975, σελ. 361. Tribunal des Conflits 7-7-1975, Commune d' Agde, J.C.P. 1975, No 18171.

37. *LICHERE François*: op. cit., σελ. 344.

38. *MODERNE Fr.*: Note sous T.C. 7-7-1975, Commune d' Agde, J.C.P. No 18171.

39. T.C. 2-4-1985, Laurent, Recueil Lebon, σελ. 541 και 681. *LICHERE Fr.*: op. cit., σελ. 344. Αντιθέτως, για την ελληνική νομολογία είναι αδιάφορο εάν ένα ΝΠΙΔ - φορέας του δημοσίου τομέως ενεργεί δια λογαριασμόν του Δημοσίου, το αντικείμενο του διαγωνισμού εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον και ότι το έργο χρηματοδοτείται από την Ευρωπαϊκή Ένωση και το πρόγραμμα δημοσίων επενδύσεων (ΣτΕ 4025/2001).

sa που ανέλαβε το έργο θεωρήθηκε ότι ενεργούσε για λογαριασμό της E.D.F.(γαλλικής ηλεκτρικής εταιρείας), που τότε ακόμη ήταν ΝΠΔΔ. Συνεπώς, πάσα διαφορά αναφυομένη μεταξύ αυτής και του αναδόχου ήταν διαφορά εκ διοικητικής συμβάσεως. Ως ενδείξεις υπέρ του δημοσίου χαρακτήρος της συμβάσεως χρησιμοποιήθηκαν, ο τρόπος δημιουργίας της εταιρείας δια προεδρικού διατάγματος, το αυστηρό νομοθετικό καθεστώς που διείπε τους πυρηνικούς αντιδραστήρες, η μετοχική σύνθεση του κεφαλαίου αυτής, καθώς ποσοστό 51% κατείχε η E.D.F. και ότι το προσωπικό της υπέκειτο στο ίδιο κανονιστικό καθεστώς με αυτό της E.D.F.⁴⁰.

Τέλος, σε νεωτέρα απόφασή του το Conseil d' Etat θεώρησε διοικητικές τις συμβάσεις εγγυήσεως που συνήπταν εταιρείες εισαγωγής ελαίων με ιδιωτική εταιρεία υπαγομένη σε καθεστώς εταιρειών κρατικού παρεμβατισμού⁴¹. Για να μη επωφελείται παρανόμως των κοινοτικών επιδοτήσεων, κάθε εταιρεία εισαγωγής ελαίων από τρίτες χώρες έπρεπε να καταθέσει μία εγγύηση. Την εγγύηση αυτή ανελάμβανε μόλις απεδείκνυε ότι το προϊόν της είχε διατεθεί άνευ επιδοτήσεως. Η εταιρεία με την οποία καταρτιζόταν η σύμβαση κρίθηκε ότι ενεργούσε δια λογαριασμόν του Κράτους, αφού ακολουθούσε τις οδηγίες της Κυβερνήσεως και επέβλεπε την εφαρμογή κοινοτικών κανόνων. Πλην της σιωπηράς εντολής, χρησιμοποιήθηκε και το κριτήριο της δημοσίας υπηρεσίας. Η παροχή εγγυήσεων από την προαναφερθείσα εταιρεία θεωρήθηκε ως εκτέλεση της δημοσίας υπηρεσίας της οργανώσεως της αγοράς ελαιολάδου.

Χάρη λοιπόν στην ευρεία σύλληψη του οργανικού κριτηρίου, ο Γάλλος δικαστής επέτυχε να ελέγχει συμβάσεις συναπτόμενες μεταξύ ιδιωτών που είναι δημοσίου ενδιαφέροντος.

Πλην του οργανικού κριτηρίου, η νομολογία ανέδειξε και δύο λειτουργικά, το κριτήριο της δημοσίας υπηρεσίας και αυτό των εξαιρετικών ρητρών ή του εξαιρετικού νομικού καθεστώτος.

Ως προς το πρώτο θα μπορούσε να υποστηριχθεί η άποψη ότι κάθε σύμβαση που έχει σχέση με την λειτουργία μιάς δημοσίας υπηρεσίας είναι διοικητική. Όμως η θέση αυτή θα διηύρυνε υπερβολικά το πεδίο εφαρμογής του διοικητικού δικαίου και για τον λόγο αυτό η νομολογία ανεζήτησε ενδείξεις υπάρξεως ισχυρού δεσμού μεταξύ συμβάσεως και δημοσίας υπηρεσίας.

40. *RICHER Laurent*: op. cit., σελ. 127. Η E.D.F. μετετράπη σε εταιρεία ιδιωτικού δικαίου το έτος 2004. Οι μετατροπές αυτές θέτουν το ζήτημα κατά πόσον ο διοικητικός δικαστής είναι αρμόδιος να κρίνει επί των συμβάσεών τους: *RICHER L.*, op. cit., σελ. 129-130.

41. C.E. 3-4-1998, *Compagnie générale de garantie et GAN - Vie*, R.F.D.A. 2002, σελ. 349.

Εν προκειμένω, η δημοσία υπηρεσία εκλαμβάνεται όχι με την οργανική, αλλά με την λειτουργική έννοια του όρου. Την ορίζουν δε τρία στοιχεία: ι) σκοπός γενικού συμφέροντος, ιι) όργανο επιφορτισμένο με την επίτευξη αυτού και ιιι) το όργανο αυτό να ασκεί δημοσία εξουσία⁴².

Ισχυρός δεσμός υφίσταται όταν η Διοίκηση αναθέτει σε ιδιώτη την εκτέλεση μίας δημοσίας υπηρεσίας. Στην περίπτωση αυτή ο ιδιώτης είναι ένας επιχειρηματίας, ο οποίος χρησιμοποιεί ένα σύνολο νομικών, υλικών και ανθρωπίνων μέσων για την πραγματοποίηση της δημοσίας υπηρεσίας που του έχει ανατεθεί συμβατικώς⁴³. Έτσι εν περιπτώσει συμβάσεως παροχής υπηρεσιών σε ξένους που διέμεναν προσωρινώς στο γαλλικό έδαφος μέχρι τον επαναπατρισμό τους, κρίθηκε ότι η σύμβαση ήταν διοικητική, αφού οι ιδιώτες συμβαλλόμενοι είχαν αναλάβει την στέγαση και διατροφή αυτών. Μάλιστα ο κυβερνητικός επίτροπος στην υπόθεση αυτή είχε επισημάνει ότι το αντικείμενο της συμβάσεως ήταν τόσο σημαντικό που μπορούσε να θεμελιώσει και διεθνή ευθύνη της Γαλλίας⁴⁴. Η ίδια λύση έγινε δεκτή και όταν σε ιδιώτη είχε ανατεθεί η εκτέλεση μέρους δημοσίας υπηρεσίας⁴⁵.

Επίσης θεωρούνται διοικητικές οι συμβάσεις που αποτελούν μέσον εκτέλεσεως μίας δημοσίας υπηρεσίας. Δια των συμβάσεων αυτών δεν ανατίθεται στον ιδιώτη η δημοσία υπηρεσία, αυτή παραμένει υπό τον έλεγχο του ΝΠΔΔ. Η καταρτιζόμενη σύμβαση αποτελεί το μέσον εκπληρώσεως της δημοσίας υπηρεσίας⁴⁶.

Επί παραδείγματι σε υπόθεση αναδασώσεως μίας περιοχής θεωρήθηκε ότι οι συμβάσεις που συνήπτε η Διοίκηση με ιδιώτες για τον σκοπό αυτόν ήσαν διοικητικές, αφού αποτελούσαν τρόπο εκπληρώσεως της δημοσίας υπηρεσίας της αναδασώσεως. Παρά το ότι οι συμβάσεις αυτές δεν περιείχαν εξαιρετικές ρήτρες και αναφέρονταν σε αναδασώσεις ιδιωτικών δασών, εκ μόνου του αντικειμένου τους υπήγοντο στο διοικητικό δίκαιο⁴⁷.

42. *LONG Marceau- WEIL Prosper - BAIBANT Guy- DELVOLVE Pierre - GENEVOIS Bruno*: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, No 79, p. 515.

43. *AUBY J.M.*: Notes de jurisprudence (C.E. 26-6-1974, Société La Maison des Isolants France), R.D.P. 1974, pp. 1490-1491.

44. C.E. 20-4-1956, Epoux Bertin, Recueil Lebon p. 167, *LONG Marceau- WEIL Prosper - BAIBANT Guy- DELVOLVE Pierre - GENEVOIS Bruno*: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, No 79, p. 511.

45. C.E. 4-7-1969, Trouve, Recueil Lebon 360. Η υπόθεση αφορούσε σε δημόσιο θέαμα την παραγωγή του οποίου είχαν αναλάβει από κοινού Δήμος και ιδιώτης.

46. *AUBY J.M.*: op. cit., p. 1495.

47. C.E. 20-4-1956, *Ministre de l'Agriculture c./ Consorts Grimouard*, Recueil Lebon, p. 168, *LONG - WEIL - BAIBANT - DELVOLVE - GENEVOIS* : op. cit., p. 509.

Επί πλέον χαρακτηρίστηκαν ως διοικητικές συμβάσεις που απέβλεπαν στην περιφερειακή ανάπτυξη. Σύμβαση μεταξύ ΟΤΑ και ιδιωτικής επιχείρησης, στην οποία παρείχοντο κίνητρα να εγκατασταθεί στα όρια αυτού, κρίθηκε ως διοικητική διότι ο ΟΤΑ, ενεργώντας χάριν του δημοσίου συμφέροντος και χρησιμοποιώντας διοικητικές διαδικασίες, ανέλαβε την δημιουργία καταλλήλων συνθηκών για την μετεγκατάσταση της επιχείρησης⁴⁸. Επειδή όμως υπήρξαν και αντιθέτου περιεχομένου αποφάσεις σχετικές με συμβάσεις εγγυήσεως που παρείχαν ΟΤΑ υπέρ δανείων συναπτομένων από ΝΠΙΔ, υποστηρίχθηκε η άποψη ότι διοικητική είναι η σύμβαση μόνον όταν το ΝΠΔΔ αναλαμβάνει την δημιουργία καταλλήλων υλικών συνθηκών για την επίτευξη των σκοπών της δημοσίας υπηρεσίας και όχι όταν επεμβαίνει μεμονωμένα⁴⁹. Και για την ορθότητα της απόψεως αυτής εξεφράσθησαν αμφιβολίες, αφού δεν μπορούσε να δικαιολογήσει την νομολογία που θεωρούσε διοικητικές τις συμβάσεις επιχορηγήσεως προβληματικών επιχειρήσεων για την χρηματοδότηση κοινωνικών προγραμμάτων⁵⁰. Στην τελευταία περίπτωση ναι μεν δεν γίνεται λόγος για μέσο εκτελέσεως δημοσίας υπηρεσίας, αλλά τούτο υπονοείται, αφού το επίμαχο κοινωνικό πρόγραμμα είχε ως σκοπό την ενίσχυση εργαζομένων θυμάτων ομαδικών απολύσεων και χρηματοδοτείτο από τον κρατικό προϋπολογισμό⁵¹.

Το κριτήριο των εξαιρετικών ρητρών εμφανίσθηκε για πρώτη φορά υπαινικτικά στις αρχές του εικοστού αιώνα. Ο κυβερνητικός επίτροπος Léon Blum πρότεινε ο χαρακτηρισμός μιάς συμβάσεως να βασίζεται όχι στο αντικείμενο αυτής, αλλά στην ίδια την φύση της. Διοικητική λοιπόν σύμβαση είναι εκείνη την οποίαν μόνον ένα ΝΠΔΔ θα μπορούσε να καταρτίσει. Εφ' όσον η υπό εξέτασιν σύμβαση αφορούσε σε αγορά υλικών εκ μέρους ενός Δήμου συμφώνως προς τους κανόνες και τις συνθήκες καταρτίσεως συμβάσεως μεταξύ ιδιωτών, η σύμβαση ήταν ιδιωτική⁵².

Ο ορισμός της εξαιρετικής ρήτρας έγινε από την νομολογία με τρόπο αρνητικό. Πάσα ρήτρα χορηγούσα στους συμβαλλομένους δικαιώματα ή επιβάλλουσα εις αυτούς υποχρεώσεις εκ φύσεως ξένες προς αυτές των

48. C.E. 26-6-1974, Société La Maison des Isolants France, Reueil Lebon, p. 365.

49. Ως μεσάζων μεταξύ μιάς προβληματικής επιχείρησης και ενός υποψηφίου αγοραστή, ως έπραξε ένας Δήμος στην υπόθεση Boussac Saint-Frères, C.E. 10-5-1985, A.J.D.A. 1985, pp. 434-436.

50. RICHER Laurent: op. cit., pp. 106-107.

51. Tribunal des Conflits 23-10-2000, Matois, Recueil Lebon, pp. 773-774.

52. C.E. 31-7-1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Recueil Lebon, p. 909, conclusions Léon Blum, Les grands arrêts, op. cit., No 27.

ιδιωτικών συμβάσεων εκλήθη εξαιρετική⁵³. Ο ορισμός αυτός έδινε την εντύπωση ότι η εξαιρετική ρήτρα θα ήταν είτε αδύνατη είτε παράνομη στο ιδιωτικό δίκαιο, ενώ η αλήθεια είναι ότι πρόκειται για ρήτρες απλώς ασυνήθιστες στις ιδιωτικές συμβάσεις⁵⁴. Εκ φύσεως ξένες προς το ιδιωτικό δίκαιο είναι οι ρήτρες οι οποίες είτε είναι ασυνήθιστες εις αυτό, καθώς θεμελιώνουν την ανισότητα των συμβαλλομένων, είτε δεν είναι δυνατόν να τεθούν σε ιδιωτική σύμβαση, επειδή αφορούν σε άσκηση δημοσίων εξουσιών εκ μέρους ΝΠΔΔ, που δεν αντιστοιχούν σε δικαιώματα ιδιωτικού δικαίου⁵⁵. Όμως το ζήτημα ποιες ρήτρες συνηθίζονται στο ιδιωτικό δίκαιο είναι κάτι που διαρκώς εξελίσσεται. Είδαμε ανωτέρω ότι και στις ιδιωτικές συμβάσεις υπάρχουν συχνά σχέσεις ανισότητας. Για τον λόγο αυτόν το κριτήριο των εξαιρετικών ρητρών θεωρήθηκε υποκειμενικό.

Επί πλέον υπογραμμίζεται ότι, ενώ ο εξαιρετικός χαρακτήρας μιάς ρήτρας καθορίζεται εν σχέσει προς τις ρήτρες του ιδιωτικού δικαίου, στις σχετικές δικαστικές αποφάσεις και στις εισηγήσεις των επιτρόπων της Διοικήσεως σπανίως θα βρούμε συγκριτικές αναλύσεις. Συνήθως χαρακτηρίζεται ως εξαιρετική κάθε ρήτρα που περιέχει άσκηση δημοσίας εξουσίας, χωρίς αναφορά στα ισχύοντα στο ιδιωτικό δίκαιο⁵⁶.

Εξ άλλου, επί συμβάσεων δημοτικών επιχειρήσεων εμποροβιομηχανικού χαρακτήρος με ιδιώτες κρίθηκε ότι αυτές δημιουργούν σχέσεις ιδιωτικού δικαίου, ακόμη και αν στις συμβάσεις υπήρχαν εξαιρετικές ρήτρες⁵⁷. Αυτή η νομολογία θεωρήθηκε από πολλούς ως ένδειξη παρακμής του εν λόγω κριτηρίου. Για την διάσωσή του προτάθηκε να καταστεί τούτο αντικειμενικό (objectivation). Δηλαδή ως εξαιρετικές να θεωρούνται οι ρήτρες που περιέχουν την άσκηση δημοσίας εξουσίας και εκείνες που θα ήσαν παράνομες σε μία ιδιωτική σύμβαση⁵⁸.

Έτσι σε σύμβαση μεταξύ Κράτους και συνεταιρισμού παραγωγής βουτύρου, οι ρήτρες που επεφύλασσαν στην Διοίκηση τον έλεγχο των αποθεμάτων βουτύρου και την δυνατότητα να διατάξει την άμεση ολική ή μερική διάθεση αυτών εθεωρήθησαν εξαιρετικές του κοινού δικαίου⁵⁹.

53. C.E. 15-2-1935, Societe francaise de constructions mecaniques, Recueil Lebon p. 201, C.E. 20-10-1950, Stein, p. 505.

54. GONOD P. - MELLERAY F. - YOLKA P.: Traite de droit administrative, tome 2, 2011, p. 233.

55. RICHER L.: op. cit., p. 96.

56. GONOD P. - MELLERAY F. - YOLKA P.: op. cit., p. 234.

57. Tribunal des Conflits 17-12-1962, Dame Bertrand contre Commune de Miquelon, A.J.D.A., 1963, p. 105.

58. LAMARQUE Jean: Le déclin du critère de la clause exorbitante, Mélanges Waline, pp. 513-517.

59. C.E. 10-5-1963, Société coopérative agricole «La prospérité fermière», Recueil Lebon, p. 289.

Εξ άλλου, ρήτρα που επιτρέπει στην Διοίκηση να διαλύσει την σύμβαση χωρίς προηγουμένη δικαστική απόφαση, η οποία θα ήλεγχε το βάσιμον της αποφάσεως αυτής είναι εξαιρετική, καθώς αντίκειται στο άρθρο 1184 του Code Civil⁶⁰.

Βέβαια τα υποκειμενικά στοιχεία δεν μπορούν να εξαλειφθούν, καθώς υπάρχει μία κατηγορία εξαιρετικών ρητρών, η οποία, χωρίς να ανήκει στις προαναφερθείσες, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα, αφού περιλαμβάνει ρήτρες τεθείσες υπό ΝΠΔΔ χάριν του γενικού συμφέροντος. Τέτοια ρήτρα ήταν στην υπόθεση της 26-2-1965 η διάταξη που επεφύλασσε στην Διοίκηση το δικαίωμα της προηγουμένης εγκρίσεως κάθε θεάματος που θα οργάνωνε ο αντισυμβαλλόμενός της, εφ' όσον αυτό δεν ανήκε στις εκδηλώσεις που ανέφερε περιοριστικώς η σύμβαση⁶¹. Γι' αυτό ο ίδιος συγγραφέας πρότεινε σ' αυτές τις περιπτώσεις την εφαρμογή του κριτηρίου της δημοσίας υπηρεσίας. Να ερευνήσει δηλαδή ο δικαστής κατά πόσον μία τέτοια ρήτρα αποτελούσε συμμετοχή του αντισυμβαλλομένου της σε εκτέλεση δημοσίας υπηρεσίας.

Εν συνεχεία, το κριτήριο αυτό διευρύνθηκε με την εισαγωγή της εννοίας του εξαιρετικού καθεστώτος. Εξαιρετική ρήτρα και εξαιρετικό καθεστώς έχουν ως κοινή μέθοδο θεμελιώσεως την σύγκριση με το ιδιωτικό δίκαιο. Όμως διαφοροποιούνται κατά τούτο, η μεν εξαιρετική ρήτρα είναι ρήτρα περιεχομένη στην σύμβαση, ενώ το εξαιρετικό καθεστώς αποτελείται από στοιχεία, κείμενα εκτός αυτής, όπως νομοθετικές ή κανονιστικές ρυθμίσεις⁶². Η νέα μορφή του υπό εξέτασιν κριτηρίου εμφανίσθηκε για πρώτη φορά το έτος 1973, όταν το C.E. ασχολήθηκε με τις συμβάσεις που κατήρτιζε η κρατική ηλεκτρική εταιρεία (E.D.F.) με τους ιδιώτες παραγωγούς. Εφ' όσον λοιπόν οι συμβάσεις αυτές ήσαν υποχρεωτικές για την E.D.F. και, εν περιπτώσει διαφωνιών, την διαφορά επέλυε ο αρμόδιος Υπουργός, ήσαν διοικητικές, λόγω της υπαγωγής τους σε ένα νομοθετικό καθεστώς εξαιρετικό του κοινού δικαίου⁶³. Έτσι το υπό εξέτασιν κριτήριο παρουσίαζε πλέον δύο μεταβλητές. Η θεωρία δεν εδέχθη ασμένως αυτήν την εξέλιξη, καθώς διέτύπωσε την άποψη ότι δεν έχουμε πια δύο ή τρία λειτουργικά κριτήρια, αλλά ένα, το περιβάλλον του δημοσίου δικαίου, του οποίου απλές εκδηλώσεις είναι τα γνωστά κριτήρια. Κατά την άποψη αυτή, όλα τα προαναφερθέντα κριτήρια αποτελούν δέσμη ενδείξεων περί

60. C.E. 26-2-1965, Société du Vélodrome du parc des princes, Recueil Lébon, p. 133.

61. LAMARQUE Jean: op. cit., pp. 517-518.

62. ΚΑΠΕΛΛΑΚΗ Νίκη: Τα κριτήρια της διοικητικής συμβάσεως στα πλαίσια του γαλλικού δικαίου, «Διοικητική Δίκη» 1994, σελ. 1320. GONOD P. - MELLERAY F. - YOLKA P.: op. cit., p. 236.

63. C.E. 19-1-1973, Société d' exploitation électrique de la rivière de Sant, Recueil Lebon, pp. 48-49.

του διοικητικού χαρακτήρος μίας συμβάσεως. Τοιουτοτρόπως, υιοθετήθηκε ο υποκειμενικός ορισμός της διοικητικής συμβάσεως⁶⁴.

Η αμφισβήτηση της αξίας του κριτηρίου τούτου επετάθη με την νομολογία Calif, η οποία αφορούσε σε σύμβαση δανείου μεταξύ δύο ιδιωτών. Δήμος εγγυήθηκε την πληρωμή του δανείου από τον οφειλέτη όμιλο τένις. Η σύμβαση εγγυήσεως περιείχε ρήτρα κατά την οποία, εν περιπτώσει μη πληρωμής του δανείου από τον οφειλέτη, ο Δήμος ανελάμβανε την υποχρέωση να επιβάλει ή να αυξήσει αμέσους δημοτικούς φόρους, για να πληρώσει τις οφειλόμενες δόσεις. Παρά το γεγονός ότι μία τέτοια ρήτρα ήταν αδύνατο να τεθεί σε ιδιωτική σύμβαση, το C.E. την έκρινε μη εξαιρετική⁶⁵ και απεφάνθη υπέρ της αρμοδιότητας των πολιτικών δικαστηρίων. Η θεωρία ζήτησε εξηγήσεις για την θέση αυτή⁶⁶. Η κρίση του δικαστηρίου μάλλον επηρεάστηκε από τον παρεπόμενο χαρακτήρα της συμβάσεως εγγυήσεως. Πάντως, άλλος θεωρητικός επεχείρησε να δικαιολογήσει την νομολογία αυτή, μεταβάλλοντας τον ορισμό της εξαιρετικής ρήτρας. Κατ' αυτόν, δεν έχει σημασία το περιεχόμενο της ρήτρας, αλλά τα αποτελέσματά της. Μόνον οι ρήτρες που επιδιώκουν κατά προτεραιότητα την επίτευξη του γενικού συμφέροντος είναι εξαιρετικές. Όταν ένα ΝΠΔΔ παρέχει εγγύηση υπέρ ιδιώτη οφειλέτη, επιδιώκει κυρίως την ικανοποίηση του συμφέροντος του τελευταίου και δευτερευόντως του γενικού συμφέροντος⁶⁷.

Πάντως το κριτήριο αυτό δεν έπαυσε να χρησιμοποιείται από την νομολογία. Έτσι κρίθηκε ότι σύμβαση προμηθείας Η/Υ ήταν διοικητική, επειδή παρέπεμπε σε πίνακα συγγραφής υποχρεώσεων, ο οποίος περιείχε ρήτρα εξαιρετική του κοινού δικαίου⁶⁸.

Οι διαφορές εκτιμήσεων των Γάλλων θεωρητικών αποδεικνύουν ότι η γαλλική νομολογία δεν έχει πλήρως αποκρυσταλλωθεί εις ό,τι αφορά στον τρόπο εφαρμογής αυτών των κριτηρίων.

Για τον λόγο αυτόν ο Γάλλος Νομοθέτης συχνά παρεμβαίνει και ορίζει ο ίδιος μία κατηγορία συμβάσεων ως διοικητική. Τοιουτοτρόπως αποφεύγονται οι αμφισβητήσεις και ορίζονται σαφώς τα όρια των αρμοδιο-

64. *WEIL Prosper*: Le critère du contrat administratif en crise, *Mélanges Waline* 1974, L.G.D.J., pp. 846-848.

65. C.E. 6-12-1989, S.A. de crédit à l'industrie française (Calif), A.J.D.A. 1990, pp. 484-486, note Jacques Moreau.

66. *MOREAU Jacques*: *ibid*, pp. 485-486.

67. *FARDET Christophe*: La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, A.J.D.A. 2000, pp. 116-117.

68. T.C. 5-7-1999, Union des groupements d'achats publics c./ Société SNC Activ CSA, A.J.D.A. 1999, pp. 626 et s.

τήτων των διοικητικών δικαστηρίων, ούτως ώστε οι ενδιαφερόμενοι να γνωρίζουν εκ των προτέρων σε ποιο δικαστήριο πρέπει να καταφύγουν, προκειμένου να λύσουν τις διαφορές τους. Όμως η τάση αυτή του νομοθέτη δεν γίνεται ασμένως δεκτή υπό της θεωρίας, διότι αλλοιώνει την νομολογιακώς διαπλασθείσα έννοια των διοικητικών συμβάσεων, καθ' όσον εισάγει στην έννοια των διοικητικών συμβάσεων και συμβάσεις, οι οποίες με την χρήση των νομολογιακών κριτηρίων θα είχαν χαρακτηριστεί ως ιδιωτικές⁶⁹.

ΤΑ ΟΡΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΙΚΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΕΩΣ

Ι. Συμβάσεις μεταξύ νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου

Η θεωρία διεμόρφωσε την έννοια των διοικητικών συμβάσεων, έχουσα κατά νουν την συνηθέστερη περίπτωση, δηλαδή την κατάρτιση συμβάσεως μεταξύ της Διοικήσεως και ιδιώτου αναδόχου. Όμως η πρακτική ανέδειξε πρώτα στην Γαλλία και ύστερα στην Ελλάδα και μίαν άλλη κατηγορία, τις συμβάσεις μεταξύ ΝΠΔΔ. Η εξέλιξη αυτή οφείλεται στον πολλαπλασιασμό των ΝΠΔΔ με αλληλοεπικαλυπτόμενες αρμοδιότητες και στην μεταφορά αρμοδιοτήτων από την κεντρική εξουσία στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως. Για τις συμβάσεις αυτές έχει προταθεί ο όρος ομοιογενείς διοικητικές συμβάσεις. Οι συνήθεις διοικητικές συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ Διοικήσεως και ιδιωτών καλούνται ετερογενείς⁷⁰.

Στην Γαλλία οι συμβάσεις μεταξύ Κράτους και Δήμων εμφανίζονται το πρώτον στο τέλος του 19^{ου} αιώνας. Ουδείς τότε έδωσε σημασία στο φαινόμενο αυτό. Από το 1959 και μετά οι συμβάσεις μεταξύ Κράτους και ΟΤΑ πολλαπλασιάζονται και τούτο θεωρείται ως ένδειξη υποκαταστάσεως των μονομερών ενεργειών του πρώτου από συναινετικές διαδικασίες⁷¹.

Στην Ελλάδα ο νέος τύπος συμβάσεων εισήχθη δια του θεσμού των προγραμματικών συμβάσεων του άρθρου 11 του Ν 1416/1984, τις οποίες θα μπορούσαν εις το εξής να συνάπτουν Δήμοι και Κοινότητες, σύνδεσμοι Δήμων και Κοινοτήτων, τοπικές ενώσεις αυτών, δημοτικά νομικά πρόσωπα με φορείς του δημοσίου τομέως του άρθρου 1 παρ. 6 του Ν 1256/1982⁷².

69. GONOD P. - MELLERAY F. - YOLKA P.: op.cit., p. 225.

70. ΕΥΣΤΡΑΤΙΟΥ Π.-Μ.: ε.α., σελ. 664.

71. DOUENCE Jean-Claude: Les conventions entre personnes publiques, Mélanges Stassinopoulos, L.G.D.J., 1974, pp. 114-115.

72. ΛΙΓΩΜΕΝΟΥ Άννα: Προγραμματικές συμβάσεις, «Επ. Δ.Δ.Δ.» 2005, σελ. 692 και επ. Ως παράδειγμα προγραμματικής συμβάσεως αναφέρουμε την σύμβαση του Δήμου Βουλιαγ-

ISBN: 978-960-562-440-8



15388