



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ

ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

(ΣΥΜ. 2/2018)

(του άρθρου 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 9η Μαρτίου, του έτους δύο χιλιάδες δέκα οκτώ (2018) ημέρα Παρασκευή και ώρα 09.30 π.μ., επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα, (5ος όρφος), όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση όλα τα τακτικά μέλη αυτής, οπότε δεν υπήρξε λόγος κλήσεως αναπληρωματικών μελών. Συγκεκριμένα παρέστησαν τα ακόλουθα μέλη:

Πρόεδρος: Γεώργιος Καταπόδης

Αντιπρόεδρος: Χριστίνα Μπουσουλέγκα

Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης, Δημήτριος Λουρίκας, Δημήτριος Σταθακόπουλος, Μαρία Στυλιανίδου, Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε.Διοικητικού – Οικονομικού

Εισηγήτρια: Βασιλική Σκαρτσούνη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό, Διεύθυνση Συντονισμού & Ελέγχου, Τμήμα Συντονισμού.

Με το από υπ'αριθμ. πρωτ. 8389/31.10.2017 έγγραφο, το οποίο έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου ΕΑΑΔΗΣΥ 6466/31.10.2017 η «Ηλεκτρονική Διακυβέρνηση Κοινωνικής Ασφάλισης Α.Ε» αιτείται την παροχή συμβουλής *«αναφορικά με το νομοθετικό πλαίσιο της δυνατότητας σύναψης, τροποποίησης και εκτέλεσης συμβάσεων οι οποίες συνήφθησαν πριν την εφαρμογή του ν. 4412/2016.»*

I. Ιστορικό - Πραγματικά περιστατικά

1. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο ως άνω έγγραφο - ερώτημα της αναθέτουσας αρχής, η «Ηλεκτρονική Διακυβέρνηση Κοινωνικής Ασφάλισης Α.Ε» υλοποιεί ως αναθέτουσα αρχή ένα έργο συγχρηματοδοτούμενο από το ΕΣΠΑ 2014-2020 με τίτλο *“Οικονομική Μεταρρύθμιση των ΦΚΑ και Βελτιστοποίηση του Μηχανισμού Διαχείρισης και Ελέγχου των Οικονομικών Πόρων τους για τη Διασφάλιση της Βιωσιμότητας του Ασφαλιστικού Συστήματος”* με αντικείμενο το κλείσιμο των οικονομικών χρήσεων των Ασφαλιστικών Ταμείων των παρελθόντων ετών, τη σύνταξη των ισολογισμών - απολογισμών, των ενοποιημένων οικονομικών καταστάσεων με στόχο τη δημιουργία μιας διοικητικής και οικονομικής μεταρρυθμιστικής βάσης.

Η διακήρυξη του έργου είχε δημοσιευτεί στις 1/11/2013 ενώ η σχετική σύμβαση παροχής υπηρεσιών και ο διαγωνισμός διενεργήθηκε με τις διατάξεις π.δ. 60/2007 και ολοκληρώθηκε με υπογραφή στις 29/05/2015 με αντισυμβαλλόμενο την ανάδοχο ένωση εταιρειών “ΕΡΝΣΤ & ΓΙΑΝΓΚ ΕΛΛΑΣ ΟΡΚΩΤΟΙ ΕΛΕΓΚΤΕΣ ΛΟΓΙΣΤΕΣ Α.Ε” και έχει συμβατικό τίμημα 2.300.022€ πλέον ΦΠΑ.

Κατά την υλοποίηση του έργου προέκυψε η ανάγκη διεκπεραίωσης οικονομικών χρήσεων οι οποίες δεν συμπεριλαμβάνονταν στο συμβατικό φυσικό αντικείμενο. Οι εκκρεμείς οικονομικές χρήσεις είναι δεκατρείς (13), και αφορούν τομείς των ταμείων των οποίων η προϋπολογισθείσα δαπάνη για το κλείσιμό τους ανέρχεται

σε 91.000.000€ πλέον αναλογούντος ΦΠΑ και δεν υπερβαίνει το 50% του συμβατικού τιμήματος. Η δαπάνη προκύπτει από υπολογισμό της ΕΠΠΕ του έργου.

Το αρμόδιο τμήμα της Η.ΔΙ.Κ.Α. Α.Ε ενημέρωσε εγγράφως το Υπουργείο Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Φορέας Πρότασης), το οποίο είχε την ευθύνη για την διαμόρφωση του φυσικού αντικείμενου του έργου, για τις ως άνω πρόσθετες απαιτήσεις του έργου για τις οποίες το Υπουργείο έκρινε αναγκαία την διεκπεραίωσή τους.

Ζητείται η άποψη της Αρχής σχετικά με την διαχείριση του πρόσθετου αντικείμενου εάν δηλαδή η υλοποίηση του κλεισίματος των οικονομικών χρήσεων που δεν συμπεριλαμβάνονται στο φυσικό αντικείμενο του έργου είναι αποδεκτό να γίνει με τροποποίηση της κύριας σύμβασης.

2. Πέραν των ανωτέρω στο εισερχόμενο έγγραφο της Η.ΔΙ.ΚΑ παρατίθεται το άρθρο της διακήρυξης του διαγωνισμού που αφορά την δυνατότητα τροποποίησης της σύμβασης ως ακολούθως: *“Η Σύμβαση δύναται να τροποποιηθεί κατόπιν έγγραφης συμφωνίας των συμβαλλόμενων μερών στο πλαίσιο της Διακήρυξης, και του ισχύοντος θεσμικού Κοινοτικού πλαισίου δημοσίων συμβάσεων, σε αντικειμενικά δικαιολογημένες περιπτώσεις, εφόσον δεν επέρχεται ουσιώδης μεταβολή των όρων της διακήρυξης, της πράξης κατακύρωσης και της προσφοράς του Αναδόχου, συμφωνήσουν προς τούτο και τα δύο συμβαλλόμενα μέρη και υπό την προϋπόθεση ότι η τροποποίηση προβλέπεται από συμβατικό όρο, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου. Τυχόν τροποποιήσεις της σύμβασης τελούν υπό την εποπτεία της ΕΥΔ. Η απόφαση της διοίκησης με την οποία συναινεί στην τροποποίηση δύναται να προσβληθεί από οποιονδήποτε έχει έννομο συμφέρον”.*

Επιπλέον επισημαίνεται και ο σχετικός συμβατικός όρος, σύμφωνα με τον οποίο τροποποίηση ή συμπλήρωση της σύμβασης επιτρέπεται μόνο κατόπιν κοινής συμφωνίας των μερών.

3. Στη συνέχεια κατά την υλοποίηση του έργου προέκυψε η ανάγκη διεκπεραίωσης οικονομικών χρήσεων οι οποίες δεν συμπεριλαμβάνονταν στο συμβατικό φυσικό αντικείμενο αλλά προηγούνται χρονικά με αποτέλεσμα να εμποδίζουν την ολοκλήρωση του. Το αρμόδιο τμήμα της Η.ΔΙ.Κ.Α. Α.Ε. ενημέρωσε εγγράφως το

Υπουργείο Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Φορέας Πρότασης) το οποίο είχε την ευθύνη για την διαμόρφωση του φυσικού αντικειμένου του έργου για τις οποίες το Υπουργείο έκρινε αναγκαία την διεκπεραίωσή τους.

II. Νομικό πλαίσιο

1. Στο άρθρο 2 παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, ορίζεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ *“Παρέχει συμβουλές στις αναθέτουσες αρχές με δική της πρωτοβουλία ή ύστερα από αιτήματα των τελευταίων, ιδίως κατά το στάδιο εκδίκασης ή εξέτασης προδικαστικών προσφυγών, σχετικά με τη νόμιμη διεξαγωγή των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και την ομοιόμορφη εφαρμογή της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων”*.

Συναφώς, στην παράγραφο 3 του άρθρου 340 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«Η Αρχή στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, όπως ορίζονται στο άρθρο 2 του ν. 4013/2011 μερिमνά: α) για τη δωρεάν ενημέρωση και καθοδήγηση «δια γενικών οδηγιών» σχετικά με την ερμηνεία και την εφαρμογή της νομοθεσίας της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, προς υποβοήθηση των αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων και οικονομικών φορέων, ιδίως των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) για την ορθή εφαρμογή των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων...»*

2. Στο ν.4412/2016 και στο άρθρο 132 “Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)” ορίζονται τα εξής:

“1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες–πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν

τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο β) για τα συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση, εφόσον η αλλαγή αναδόχου: αα) δεν μπορεί να γίνει για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους, π.χ. απαιτήσεις εναλλαξιμότητας ή διαλειτουργικότητας με τον υφιστάμενο εξοπλισμό, υπηρεσίες ή εγκαταστάσεις που παρασχέθηκαν με τη διαδικασία σύναψης της αρχικής σύμβασης, και ββ) θα συνεπαγόταν σημαντικά προβλήματα ή ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για την αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η σωρευτική αξία των τροποποιήσεων αυτών δεν μπορεί να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο. Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221). γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο. Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου, δ) όταν ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή, συνεπεία: αα) ρητής ρήτηρας αναθεώρησης ή προαίρεσης, σύμφωνης με την περίπτωση α' ββ) ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπρωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών, από άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, υπό τον όρο ότι η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου ή γγ) περίπτωσης που η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις του κύριου αναδόχου έναντι των υπεργολάβων του και εφόσον η δυνατότητα αυτή προβλέπεται στις κείμενες διατάξεις, σύμφωνα με το άρθρο 131 ε) όταν οι

τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παρ. 4.{...} 2. Χωρίς να απαιτείται επαλήθευση αν τηρούνται οι προϋποθέσεις των περιπτώσεων α' έως δ' της παρ. 4, οι συμβάσεις μπορεί να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, εφόσον η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη και των δύο ακόλουθων τιμών: α) των κατώτατων ορίων του άρθρου 5, και β) του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών και του 15% της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις έργων. Η τροποποίηση δεν μπορεί να μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας - πλαίσιο. Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η αξία τους υπολογίζεται βάσει της καθαρής σωρευτικής αξίας των διαδοχικών τροποποιήσεων. 3. Για τον υπολογισμό της τιμής που προβλέπεται στην παρ. 2 και στις περιπτώσεις β' και γ' της παρ.1, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής, η αναπροσαρμοσμένη τιμή είναι η τιμή αναφοράς. 4. Η τροποποίηση σύμβασης ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της θεωρείται ουσιώδης κατά την έννοια της περίπτωσης ε' της παρ. 1, εφόσον καθιστά τη σύμβαση ή τη συμφωνία-πλαίσιο ουσιωδώς διαφορετική, ως προς τον χαρακτήρα, από την αρχικώς συναφθείσα. Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις:α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, β) η τροποποίηση αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο υπέρ του αναδόχου, κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση ή συμφωνία-πλαίσιο, γ) η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο, δ) όταν νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο είχε ανατεθεί αρχικώς η σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στην περίπτωση δ' της παραγράφου 1. 5. Απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, για τροποποιήσεις των διατάξεων μίας δημόσιας

σύμβασης ή μίας συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά τους, που είναι διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2.”

3. Στο άρθρο 24 παρ. 4 του π.δ. 118/2007 ορίζεται ότι: “4. Σε αντικειμενικά δικαιολογημένες περιπτώσεις, εφόσον συμφωνήσουν προς τούτο και τα δύο συμβαλλόμενα μέρη και υπό την προϋπόθεση ότι η τροποποίηση προβλέπεται από συμβατικό όρο, μπορεί να τροποποιηθεί η σύμβαση, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου. Η απόφαση της διοίκησης με την οποία συναινεί στην τροποποίηση, δύναται να προσβληθεί από οποιονδήποτε έχει έννομο συμφέρον.”

4. Το άρθρο 379 Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει ότι: «1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του {...}».

Επιπρόσθετα, με τις διατάξεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 376 “Μεταβατικές διατάξεις (άρθρα 90 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)” του ως άνω νόμου ορίζεται ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και σε όλους τους διαγωνισμούς μελετών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221), {...} και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120 και 290 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου {...} και ειδικότερα στην παρ. 2 του παρόντος άρθρου αναφέρεται ότι : “Συμβάσεις της παρ. 1, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος, εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους {...}”

III. Νομική εκτίμηση

1. Το ανωτέρω ερώτημα τίθεται υπ’όψιν της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της περί παροχής συμβουλών στις αναθέτουσες αρχές (άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011) εν όψει της ανάγκης ερμηνείας και ομοιόμορφης εφαρμογής της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

Το υπό εξέταση ερώτημα της ΗΔΙΚΑ.ΑΕ αφορά την σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 1 περιπτ. 9 υποπεριπτ. (β), μέσω

της διαδικασίας της τροποποίησης της σύμβασης κατά τη διάρκεια της, βάσει του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016, περί προσαρμογής της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε. Το ποσό το οποίο αιτείται η ΗΔΙΚΑ.ΑΕ για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών ανέρχεται στις 91.000,00 € χωρίς Φ.Π.Α. και αποτελεί παρακολούθημα της αρχικής σύμβασης, η συμβατική αμοιβή της οποίας ανήρχετο στο ποσό των 2.300.022,00 € χωρίς Φ.Π.Α.,

Τα τεθέντα ερωτήματα αφορούν την δυνατότητα τροποποίησης της κύριας σύμβασης.

2. Όπως προκύπτει από τα προπαρατιθέμενα, μετά τη δημοσίευση του ν.4412/2016 και συγκεκριμένα από 08.08.2016 και εντεύθεν οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβαίνουν σε τροποποιήσεις των εκτελούμενων συμβάσεών τους, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του 132 του ν.4412/2016.

Εν όψει των παραπάνω στην προκειμένη περίπτωση και σύμφωνα με το παρατεθέν ιστορικό, η αρχική σύμβαση είχε συναφθεί την 29.05.2015, άρα πριν από την 08.08.2016 (ήτοι προ της ημερομηνίας έναρξης ισχύος του νόμου 4412/2016), και συνεπώς, σύμφωνα με την προαναφερόμενη μεταβατική διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 376 του νόμου 4412/2016, το δικαίω του χρόνου της σύναψης της αρχικής σύμβασης, δηλαδή το προισχύον του ν.4412/2016 νομοθετικό καθεστώς, διέπει και τα ζητήματα που αναφέρονται στην ενδεχόμενη τροποποίησή της. Συνεπώς, με ρητή μεταβατική διάταξη του νόμου δεν τίθεται θέμα ευθείας εφαρμογής του άρθρου 132 του ν.4412/2016.

3. Επισημαίνεται, όμως, ότι στην προϊσχύσασα Οδηγία 2004/18/ΕΚ, όπως και στο π.δ. 60/2007, με το οποίο μεταφέρθηκε αυτή στην εσωτερική έννομη τάξη, δεν προβλέπεται διαδικασία και προϋποθέσεις τροποποίησης των δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, με το άρθρο 24 παρ. 4 του π.δ. 118/2007, το οποίο, όπως έχει γίνει δεκτό [ΣΤΕ 3894/2011] διέπει συμπληρωματικά προς το π.δ. 60/2007 τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και εφαρμόζεται αναλογικά στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών και μάλιστα ανεξαρτήτως των όρων της διακήρυξης [ΣΤΕ 2751/2013 πρβλ. 2382/2000, 3871/2002, 2203, 3602/2005, 1297/2013],

προβλέπονται οι προϋποθέσεις, υπό τις οποίες επιτρεπτός χωρεί τροποποίησή τους. Επομένως, εφόσον, σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, συντρέχουν αντικειμενικά δικαιολογημένες συνθήκες, εάν συμφωνούν τα συμβαλλόμενα μέρη και προβλέπεται τούτο σε συμβατικό όρο, κατόπιν γνωμοδοτήσεως του αρμοδίου οργάνου, χωρεί τροποποίηση της αρχικής σύμβασης.

4. Ειδικότερα, στην εξεταζόμενη περίπτωση, σύμφωνα με τον αναφερόμενο στο ιστορικό σχετικό όρο της Διακήρυξης, πέραν των ανωτέρω ειδικών συνθηκών, απαιτείται για το επιτρεπτό της τροποποίησης και η διαπίστωση ότι *δεν επέρχεται ουσιώδης μεταβολή των όρων της διακήρυξης, της πράξης κατακύρωσης και της προσφοράς του Αναδόχου.*

Επιπλέον, όπως, επίσης προαναφέρθηκε, προβλέπεται και στη σύμβαση η δυνατότητα τροποποίησης ή συμπλήρωσης της σύμβασης μόνο κατόπιν έγγραφης κοινής συμφωνίας των μερών.

Επομένως, για την τροποποίηση της προκείμενης σύμβασης, απαιτείται, σωρευτικά, να συντρέχουν αντικειμενικά δικαιολογημένες συνθήκες, να συμφωνούν εγγράφως τα συμβαλλόμενα μέρη, να προβλέπεται η εν λόγω δυνατότητα σε συμβατικό όρο, να μην επέρχεται ουσιώδης μεταβολή των όρων της διακήρυξης, της πράξης κατακύρωσης και της προσφοράς του αναδόχου και τέλος να χωρεί μετά από έγκριση του αρμοδίου οργάνου.

Η διαπίστωση της συνδρομής των συγκεκριμένων αυτών περιστατικών και συνθηκών, υπό τις οποίες χωρεί η επιδιωκόμενη τροποποίηση, αποτελεί έργο της αρμόδιας αναθέτουσας αρχής.

5. Το γεγονός ότι δεν συγχωρείται, κατά τα ανωτέρω, ευθεία εφαρμογή του άρθρου 132 του ν.4412/2016, δεν σημαίνει ότι δεν μπορεί και να ληφθεί υπόψη ως ερμηνευτικό εργαλείο της βούλησης του ενωσιακού και εθνικού νομοθέτη ως προς την εκτίμηση και τον προσδιορισμό στοιχείων και προϋποθέσεων υπό τις οποίες θεωρείται από τον τελευταίο επιτρεπτή η διαδικασία τροποποίησης δημόσιας σύμβασης. Η εξαγωγή τέτοιων συμπερασμάτων από τη σχετική ρύθμιση της οδηγίας [άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ που ενσωματώθηκε με το άρθρο 132 του ν.4412/2016] ενέχει ιδιαίτερη ερμηνευτική βαρύτητα, ενόψει του γεγονότος ότι

ο ενωσιακός νομοθέτης το πρώτον ρυθμίζει σε σχετική οδηγία (εν κενώ) το ζήτημα της τροποποίησης δημοσίας συμβάσεως.

Το άρθρο 72 της Οδηγίας, το οποίο ενσωματώθηκε με το άρθρο 132 του ν.4412/2016, οριοθετεί την τροποποίηση της σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία σύναψής της, καθώς ορίζει τις συγκεκριμένες περιπτώσεις στο πλαίσιο των οποίων είναι νοητή τέτοια τροποποίηση.

Ειδικότερα, μάλιστα, στην παράγραφο 2 του άνω άρθρου 132 ν.4412/2016, προβαίνει σε ρύθμιση δυνατότητας τροποποίησης σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία, αλλά και χωρίς την απαίτηση πλήρωσης προϋποθέσεων για την περαιτέρω διασφάλιση του μη ουσιώδους χαρακτήρα της τροποποίησης, παρά μόνον τη σωρευτική ικανοποίηση δύο οικονομικών ορίων, δηλαδή της μη υπέρβασης αφ' ενός του 10% της αξίας της αρχικής σύμβασης, αφ' ετέρου των κάτω ορίων του άρθρου 5 του ν.4412/2016, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι δεν μεταβάλλεται η φύση της σύμβασης.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο ενωσιακός νομοθέτης, ρυθμίζοντας για πρώτη φορά το ζήτημα της τροποποίησης δημοσίας σύμβασης, εκφράζει τη βούλησή του και δηλώνει μάλιστα [άρθρο 132 παρ. 2] ότι την επιτρέπει, ακόμα και χωρίς διαπίστωση απροβλέπτων περιστάσεων ή πρόβλεψης σε ειδική μελέτη ή διακήρυξη, ακόμη και χωρίς ειδικό συμβατικό όρο, εφόσον δεν υπερβαίνει κατ' αξία συγκεκριμένα οικονομικά όρια και, αυτονοήτως, δεν μεταβάλλει την ίδια τη φύση της σύμβασης.

Η ανωτέρω θέση του ενωσιακού νομοθέτη, εκφρασθείσα για πρώτη φορά, ως προς την φύση και την έκταση της επιτρεπτής τροποποίησης, ενισχύει έτι περαιτέρω τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα ως προς τις συνθήκες και προϋποθέσεις υπό τις οποίες λαμβάνει χώρα τροποποίηση, πρέπει δε να συνεκτιμηθεί, ιδίως ως προς το ελάχιστο ύψος, κάτω από το οποίο δεν νοείται ουσιώδης μεταβολή των όρων και του αντικειμένου της αρχικής σύμβασης.

6. Κατά συνέπεια των ανωτέρω σκέψεων πρέπει να επισημανθεί ότι η παρατεθείσα ανωτέρω διάταξη της παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου 132, παρά το γεγονός ότι δεν τυγχάνει ευθείας εφαρμογής λόγω ρητής μεταβατικής διάταξης διαχρονικού δικαίου, εντούτοις, μπορεί να αποτελέσει σημαντικό εργαλείο, κατά

την ερμηνεία του άρθρου της Διακήρυξης περί την τροποποίηση της σύμβασης, ιδίως ως προς το ουσιώδες ή μη της μεταβολής των όρων αυτής. Με αυτή την ερμηνευτική θεώρηση, μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η μη υπέρβαση των δύο οικονομικών ορίων που θέτει η συναφής αυτή διάταξη αποτελεί σημαντικό και κρίσιμο παράγοντα για την κατά περίπτωση αξιολόγηση αυτής της μεταβολής, πολύ περισσότερο εφόσον η μεταβολή αναφέρεται σε εντοπισμένη αύξηση του φυσικού αντικειμένου, χωρίς αλλοίωση και άλλων παραμέτρων της σύμβασης.

7. Συνεκτιμώντας τα προαναφερθέντα, στην προκειμένη περίπτωση, η αρχική σύμβαση προκηρύχθηκε σύμφωνα με το προϊσχύον νομοθετικό πλαίσιο, συνήφθη πριν από την δημοσίευση του 4412/2016 και σύμφωνα με το άρθρο 376 παρ. 2 του 4412/2014 “Μεταβατικές διατάξεις (άρθρα 90 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)” ορίζεται, στο εδάφιο α’ ότι :*“Διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της παραγράφου 1, οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος του του παρόντος νόμου , συνεχίζονται και ολοκληρώνονται , σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξής τους, με την επιφύλαξη της παρ. 8 του άρθρου 379”,* ενώ στο εδάφιο γ’ *“συμβάσεις της παρ.1, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος, εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους”.* Κατά συνέπεια και η επιδιωκόμενη τροποποίηση διέπεται από τις σχετικές διατάξεις του προϊσχύσαντος δικαίου και ειδικότερα του π.δ. 118/2007, εφαρμοζόμενου αναλογικά στις συμβάσεις υπηρεσιών και συμπληρωματικά στο π.δ. 60/2007, στο άρθρο 24 παρ. 4 του οποίου [π.δ. 118/2007] ρυθμίζονται οι προϋποθέσεις και συνθήκες της επιτρεπτής τροποποίησης της σύμβασης. Οι ρυθμίσεις αυτές σε συνδυασμό με τις σχετικές πρόνοιες της Διακήρυξης και του συναφούς συμβατικού όρου αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο για ενδεχόμενη τροποποίηση της εξεταζόμενης σύμβασης υπηρεσιών, συνεκτιμωμένης πάντως και της εκφρασμένης το πρώτον επί του ζητήματος της τροποποίησης, βούλησης του ενωσιακού νομοθέτη, όπως ενσωματώθηκε με το άρθρο 132 παρ. 2 του ν.4412/2016, ιδίως ως προς το θέμα του ουσιώδους ή μη της αύξησης του φυσικού αντικειμένου.

8. Σε κάθε περίπτωση η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ δεν μπορεί να υποκαταστήσει με τις δικές της εκτιμήσεις, τις εκτιμήσεις των αρμοδίων οργάνων των αναθετουσών αρχών κατά

την έκδοση αποφάσεων των τελευταίων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τη νομιμότητα των οποίων, άλλωστε, είναι ενδεχόμενο να κληθεί στη συνέχεια να ελέγξει (βλ. άρθρο 2 παρ. 2 περ. ζ' του ν.4013/11) και εναπόκειται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των αναθετουσών αρχών να ερευνήσουν, εάν οι προϋποθέσεις του νόμου (οι οποίες είναι δυνατόν να παρέχονται από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως ερμηνευτικές κατευθύνσεις και οδηγίες) πληρούνται σε μια συγκεκριμένη υπόθεση και να προβούν στο πλαίσιο αυτό σε οριστικές εκτιμήσεις, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης.

Αθήνα, 9 Μαρτίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης