



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ

ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

(ΣΥΜ/2/2019)

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **6η Μαΐου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 9:30 πμ**, επί της οδού Κεφαλληνίας 45, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

Πρόεδρος : Γεώργιος Καταπόδης

Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
Δημήτριος Σταθακόπουλος
Μαρία Στυλιανίδου
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Γραμματέας: Ευσταθία Μαρκάτου, ΠΕ Διοικητικού-Οικονομικού

Εισηγητής: Γεώργιος Τράντας, Νομικός Σύμβουλος Αρχής

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής κ. Γεώργιος Τράντας, ο οποίος αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Παροχή συμβουλής κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011 επί ερωτήματος του ΕΤΕΑΝ Α.Ε.

A. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ

I. Με το με ΑΠ 2809/Β1/584/23-4-2019 έγγραφο της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης του Ε.Π. Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία/Μονάδα Β1 το οποίο υπογράφει ο Υπουργός Οικονομίας και Ανταγωνιστικότητας ζητείται η Συμβουλή της ΕΑΑΔΗΣΥ σε σχέση με τον προσδιορισμό του συμβατικού τιμήματος του (γνήσιου) δικαιώματος προαίρεσης που προτίθεται να ασκήσει Αναθέτουσα Αρχή – Δικαιούχος του Προγράμματος ΕΠΑΝΕΚ.

Το ερώτημα για την διατύπωση συμβουλής προς την ΕΥΔ ΕΠΑΝΕΚ αφορά στον Διαγωνισμό του Συμβούλου για το Έργο «Παροχή Υπηρεσιών Συμβούλου για την τεχνική υποστήριξη της υλοποίησης της Δράσης ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΚΑΤ' ΟΙΚΟΝ ΙΙ», ο οποίος προκηρύχθηκε σύμφωνα με την Διακήρυξη 218596/2016 (Αριθμός Διακήρυξης ΕΣΗΔΗΣ 218596/2017) από την ΕΤΕΑΝ ΑΕ με διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό και σύμφωνα με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/16 μετά από προέγκριση της Διαχειριστικής Αρχής (ΕΥΔ ΕΠΑΝΕΚ)). Ο προϋπολογισμός (ΠΥ) ήταν 1.6 εκ ευρώ χωρίς ΦΠΑ και περιελάμβανε δικαίωμα Προαίρεσης 1.6 εκ ευρώ, ήτοι προκηρύχθηκε με συνολικό Προϋπολογισμό 3.2 εκ ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

Σύμφωνα και με το Άρθρο 1.3 της Διακήρυξης μέσω των πόρων του ΕΣΠΑ, το ελληνικό Δημόσιο αναμένεται να διαθέσει κεφάλαια για τη χρηματοδότηση της Δράσης «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΚΑΤ' ΟΙΚΟΝ ΙΙ», συνολικού ύψους διακοσίων ενενήντα δύο εκατομμυρίων και διακοσίων χιλιάδων Ευρώ (292,2 εκ. €), εκ των οποίων το ποσό των διακοσίων σαράντα οχτώ εκατομμυρίων και χιλίων ευρώ (248,1 εκ.) καταβάλλεται από το ΕΠΑΝΕΚ- Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα, Καινοτομία» και σαράντα τέσσερα εκατομμύρια και εκατό χιλιάδες (44,1 εκ.) ευρώ από τα ΠΕΠ - Περιφερειακά Επιχειρησιακά Προγράμματα.

Από τους προαναφερόμενους πόρους κατά το χρονικό Διάστημα της έκδοσης της Διακήρυξης έχουν ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020» εφεξής ΕΠΑΝΕΚ, πόροι ως εξής:

- Ευρώ 180.055.556,00 για την υλοποίηση της Πράξης «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΚΑΤΟΙΚΙΩΝ» με Κωδικό ΟΠΣ 5007782
- Ευρώ 68.000.000,00 για την «Σύσταση Ταμείου Εξοικονομώ ΙΙ» με Κωδικό ΟΠΣ 5003387.

Ο ανάδοχος ορίστηκε ότι θα διαχειρισθεί πόρους που προέρχονται μόνο από το ΕΠΑΝΕΚ, και πιθανόν επιπλέον πόρους από το ίδιο ή άλλα Επιχειρησιακά Προγράμματα ή άλλους πόρους.

Σκοπός της Δράσης, είναι η στήριξη των παρεμβάσεων που στοχεύουν στην ενεργειακή απόδοση και αναβάθμιση κατοικιών, στη χρήση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας, στην έξυπνη διαχείριση της ενέργειας κλπ, ώστε να μειωθεί η κατανάλωση της πρωτογενούς ενέργειας. Οι στόχοι αυτοί συμβαδίζουν με τους στόχους του ΕΠΑΝΕΚ και ειδικότερα, τον Ειδικό στόχο 3.4 της Επενδυτικής προτεραιότητας 4c στους Άξονες Προτεραιότητας 03 και 03Σ που αφορά στη βελτίωση της ενεργειακής απόδοσης του οικιακού και δημόσιου κτιριακού αποθέματος. Ο επιλέξιμος προϋπολογισμός παρεμβάσεων ανά τελικό αποδέκτη δεν μπορεί να υπερβαίνει τις 25.000 € συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. με εκτιμώμενο πλήθος υπαγωγών 31.500 νοικοκυριά. Οι υπαγωγές θα προκύπτουν κατόπιν άμεσης εξέτασης των αιτήσεων και μέχρι εξαντλήσεως του διαθέσιμου προϋπολογισμού.

Στο παραπάνω πλαίσιο, αντικείμενο του έργου αποτελεί η παροχή υπηρεσιών τεχνικής υποστήριξης για την υλοποίηση της Δράσης «Εξοικονόμηση κατ' οίκον II». Ειδικότερα αντικείμενο της σύμβασης, στο πλαίσιο υλοποίησης της Πράξης «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΚΑΤΟΙΚΙΩΝ» καθώς και του «ΤΑΜΕΙΟΥ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ II», αποτελεί:

- ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΦΑΚΕΛΩΝ ΤΩΝ ΤΕΛΙΚΩΝ ΑΠΟΔΕΚΤΩΝ (έλεγχος νομιμοποιητικών εγγράφων των ακινήτων για την υπαγωγή, έλεγχος δικαιολογητικών και παραστατικών για την τελική εκταμίευση των κινήτρων).
- ΑΝΑΦΟΡΕΣ – REPORTING (Συλλογή, επεξεργασία και ανάλυση ηλεκτρονικών δεδομένων).
- ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ ΛΟΓΙΣΤΙΚΗΣ ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗΣ (Υποστήριξη για τη λογιστική παρακολούθηση της Δράσης και τη διεκπεραίωση των εκταμιεύσεων προς τους τελικούς αποδέκτες).
- HELP DESK ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΥ (Υπηρεσία εξυπηρέτησης του κοινού μέσω τηλεφώνου, τηλεομοιοτυπίας (fax) και ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail) για την άμεση πληροφόρηση των πολιτών σχετικά με τη Δράση). όπως περιγράφονται στα παραρτήματα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων.

Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : 79421000-1 Υπηρεσίες διαχείρισης έργων, εκτός από εργασίες κατασκευής. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται έως 31/10/2023.

Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.984.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € ένα εκατομμύριο εξακόσιες χιλιάδες-1.600.000,00)

Ο παραπάνω προϋπολογισμός επιμερίζεται ως εξής:

- Ευρώ 1.500.000,00 για την υποστήριξη της υλοποίησης της Πράξης «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΚΑΤΟΙΚΙΩΝ» με Κωδικό ΟΠΣ 5007782 .
- Ευρώ 100.000,00 για την υποστήριξη της υλοποίησης του «Ταμείου Εξοικονομώ II» με Κωδικό ΟΠΣ 5003387

Περαιτέρω στον ανωτέρω όρο της Διακήρυξης ορίστηκε ότι η ΕΤΕΑΝ ΑΕ, δύναται να ασκήσει δικαίωμα προαίρεσης για την ανάθεση νέων παρόμοιων υπηρεσιών, για ποσό έως 1.600.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, οπότε στην περίπτωση αυτή, ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου δύναται να ανέλθει συνολικά μέχρι του ποσού των 3.200.000,00 Ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Η ενεργοποίηση της προαίρεσης θα λάβει χώρα μετά από αύξηση του προϋπολογισμού της Δράσης αναλογικά και την συνεπαγόμενη διεύρυνση του πλήθους των τελικών αποδεκτών.

Το συμβατικό τίμημα καθορίστηκε με βάση την Οικονομική Προσφορά του Αναδόχου, όπου ορίστηκε η τιμή μονάδας για τον έλεγχο φακέλων των ωφελούμενων καθώς τιμή μονάδας για κάθε ανθρωπομήνα υποστήριξης σε αναφορές, λογιστική παρακολούθηση και helpdesk, που απαιτούνται για τα υπόλοιπα παραδοτέα.

Η πληρωμή του αναδόχου κατά την Προκήρυξη (αρ 5.1) και κατά την σύμβαση (αρ.2) ορίστηκε ότι θα πραγματοποιηθεί με τον πιο κάτω τρόπο:

- Με τη χορήγηση έντοκης προκαταβολής ποσοστού 25 % της συμβατικής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. με την έναρξη του έργου, με την κατάθεση ισόποσης εγγύησης, η οποία θα καλύπτει τη διαφορά μεταξύ του ποσού της εγγύησης καλής εκτέλεσης και του ποσού της καταβαλλόμενης προκαταβολής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72§1 περ. δ του ν. 4412/2016 και 4.1. της παρούσας.

- 15% της τελικής συμβατικής αμοιβής, με την υλοποίηση ποσοστού 40% των συνολικών εκταμιεύσεων των άμεσων ενισχύσεων του Προγράμματος.
- 15% της τελικής συμβατικής αμοιβής, με την υλοποίηση ποσοστού 60% των συνολικών εκταμιεύσεων των άμεσων ενισχύσεων του Προγράμματος.
- 15% της τελικής συμβατικής αμοιβής, με την υλοποίηση ποσοστού 80% των συνολικών εκταμιεύσεων των ενισχύσεων του Προγράμματος.
- 20% της τελικής συμβατικής αμοιβής, με την υλοποίηση ποσοστού 90% των συνολικών εκταμιεύσεων άμεσων ενισχύσεων.
- Το τελευταίο 10% με την οριστική παράδοση του έργου.

Σύμφωνα με τη Διακήρυξη ο Όγκος του έργου καθορίζεται από το ύψος της Άμεσης Ενίσχυσης, δηλαδή το ποσό των 180.055.556,00 €, ενώ η αξιολόγηση των Φακέλων, όπως αυτή αποτυπώνεται στην οικονομική προσφορά αποτελεί Κέντρο Κόστους του Έργου. Τα Κέντρα Κόστους λαμβάνονται υπόψη μόνο για τα Γενικά Παραδοτέα του Έργου, ενώ ο όγκος του Έργου σχετίζεται ευθέως με τον τρόπο πληρωμής (δηλαδή με την επίτευξη του στόχου της εκταμίευσης της Άμεσης Ενίσχυσης).

Μετά την κατακύρωση ο όρος της προαίρεσης προβλέφθηκε ρητά και ορισμένα και σύμφωνα με την Οδηγία 22/2017 της ΕΑΑΔΗΣΤ (ΑΔΑ 7ΜΥΟΞΤΒ-ΖΓΖ) στο άρθρο 8 της σύμβασης και η αμοιβή του αναδόχου ορίστηκε στο ποσό των 899.500,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

Κρίσιμο για την όλη εκτίμηση των συμβατικών σχέσεων είναι ότι κατά την στιγμή της Διακήρυξης δεν είχε εκδοθεί ο Οδηγός/Προκήρυξη του προγράμματος «Εξοικονόμηση κατ' οίκον II», που θα υλοποιηθεί στο πλαίσιο του ΕΣΠΑ 2014-2020, ο οποίος εξειδίκευε τους όρους και τις προϋποθέσεις υπαγωγής στο Πρόγραμμα και τους λοιπούς όρους υλοποίησης ο οποίος εκδόθηκε αρχικά στις 2.3.2018 (ΦΕΚ Β' 756/2018). Με την 2η Τροποποίηση του (ΦΕΚ Β' 2123/8.6.2018) τροποποιήθηκε ο συνολικός ΠΥ στο πρόγραμμα του ΕΠΑΝΕΚ και δόθηκε η δυνατότητα υπαγωγής νέων αιτήσεων μέχρι του ποσού των 532,1 εκ.. συμπεριλαμβανομένων των ποσών που διατέθηκαν από τα ΠΕΠ.

II. Η εκτέλεση του έργου εξελίχθηκε ως εξής:

Οι υπαγωγές στο πρόγραμμα άμεσης Ενίσχυσης, συμπεριλαμβανομένων και αυτών που «χρεώνονται» στα ΠΕΠ, ανέρχονται σήμερα στο ποσό των 385.704.093,20€ με πλήθος αιτήσεων 40.891 ενώ αναμένεται ότι εκκρεμούν να ενταχθούν άλλες 800 αιτήσεις με ΠΥ 10 εκ ευρώ. Ήτοι συνολικά οι υπαγωγές θα ανέλθουν στο ποσό των ~395.704.093,20€ με πλήθος αιτήσεων ~41.691 εκ των οποίων τα ΠΕΠ «χρεώνονται» ~42.495.901,22€. Στο δε Ταμείο οι συνολικές υπαγωγές μέχρι σήμερα ανέρχονται στο ποσό των 56.710.824,30€ με πλήθος αιτήσεων 18.110 .

Όσον αφορά στο υπόλοιπο του ποσού εκ των 532,1 εκ € που είχε δοθεί ως δυνατότητα επιπλέον υπαγωγών, δηλαδή (532,1 εκ € - 395,7 εκ € =) 136,4 εκ € προβλέπεται να δοθεί στο πλαίσιο του Β' κύκλου του Προγράμματος.

Σε ότι αφορά στην υλοποίηση του προγράμματος, έχουν ήδη υποβληθεί στο πληροφοριακό σύστημα 10.783 αιτήματα από τους ωφελούμενους του Προγράμματος με ολοκληρωμένες παρεμβάσεις εκ των οποίων τα 3520 είναι σε διεκπεραίωση τελικής εκταμίευσης, είτε έχουν ήδη ολοκληρωθεί επιτυχώς. Αναμένεται δε μέχρι τον Σεπτέμβριο του 2019 να υποβληθεί το σύνολο των αιτημάτων με ολοκληρωμένες παρεμβάσεις του Ά Κύκλου, ήτοι υπάρχει μια εμπροσθοβαρής ενεργοποίηση της υλοποίησης του Προγράμματος.

Ενόψει των ανωτέρω, ετέθη το ζήτημα η ΕΤΕΑΝ ΑΕ να ασκήσει το υφιστάμενο δικαίωμα προαίρεσης με βάση τον όρο 1.3 της διακήρυξης για την ανάθεση νέων παρόμοιων υπηρεσιών, για ποσό έως 1.600.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, οπότε στην περίπτωση αυτή, ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου δύναται να ανέλθει συνολικά μέχρι του ποσού των 3.200.000,00 Ευρώ, πλέον ΦΠΑ.

Η ενεργοποίηση της προαίρεσης θα λάβει χώρα μετά από αύξηση του προϋπολογισμού της Δράσης αναλογικά και την συνεπαγόμενη διεύρυνση του πλήθους των τελικών αποδεκτών.

III. Δεδομένων όμως και των μεταβολών που έχουν επέλθει στον Οδηγό του Προγράμματος γεννήθηκε αμφισβήτηση ως προς τον τρόπο προσδιορισμού του συμβατικού τιμήματος του (γνήσιου) δικαιώματος προαίρεσης που προτίθεται να ασκήσει η Αναθέτουσα Αρχή με μονομερή δήλωση της Αναθέτουσας Αρχής λόγω της ως άνω αυξήσεως του ΠΥ των υπαγωγών με αντικείμενο της προαίρεσης την διαχείριση των επιπλέον πόρων των αρχικών εκταμιεύσεων. Συγκεκριμένα κρίθηκε ότι υφίστανται δύο δυνατότητες

- Κατά την μία, απλούστερη, μεθοδολογία, κρίσιμο στοιχείο για τον προσδιορισμό της τιμής είναι ότι λόγω της ως άνω αύξησης του ΠΥ των υπαγωγών το αντικείμενο της προαίρεσης θα πρέπει να προσανατολισθεί στην διαχείριση των επιπλέον πόρων. Στη λογική αυτή το ύψος της προαίρεσης θα υπολογισθεί αναλογικά με τον ΠΥ της Δράσης και ο υπολογισμός της αμοιβής του αναδόχου θα είναι ανάλογος της αύξησης του ΠΥ της Δράσης.

- Κατά την ετέρα μεθοδολογία, κρίσιμο στοιχείο για τον προσδιορισμό της τιμής είναι η διεύρυνση του πλήθους των τελικών αποδεκτών που συνεπάγεται η αύξηση του προϋπολογισμού της Δράσης. Στη λογική αυτή, για τον προσδιορισμό της τιμής της, αντικείμενο της προαίρεσης αποτελεί η εξέταση μεγαλύτερου αριθμού αιτήσεων και η παροχή περισσότερων ανθρωπομηνών υποστήριξης στα συμβατικά αντικείμενα (ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΛΕΓΧΟ ΤΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΦΑΚΕΛΩΝ ΤΩΝ ΤΕΛΙΚΩΝ ΑΠΟΔΕΚΤΩΝ, ΑΝΑΦΟΡΕΣ – REPORTING, ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ ΛΟΓΙΣΤΙΚΗΣ ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗΣ, HELP DESK ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΥ). Στο πλαίσιο αυτό ο προσδιορισμός του ύψους της προαίρεσης γίνεται με βάση το συμβατικό τίμημα, όπως έχει κοστολογηθεί αναλυτικά στην οικονομική προσφορά του Αναδόχου (α) με βάση των αυξημένο αριθμό εξεταζόμενων φακέλων και αναλογική αύξηση των ανθρωπομηνών υποστήριξης ή (β) με βάση τον αυξημένο αριθμό εξεταζόμενων φακέλων και τον αριθμό των αναγκαίων ανθρωπομηνών υποστήριξης που απαιτούνται για την πλήρη υποστήριξη, χωρίς απαραίτητως να τηρηθεί η αναλογία αιτήσεων/ανθρωπομηνών της οικονομικής προσφοράς. Οι τιμές μονάδας με τον δεύτερο προτεινόμενο τρόπο είναι αυτές της οικονομικής προσφοράς χωρίς καμία απολύτως μεταβολή.

Σημειώνεται ότι το αντικείμενο της προαίρεσης που θα ενεργοποιηθεί και με τους δύο τρόπους είναι ακριβώς το ίδιο με αυτό της διακήρυξης.

IV. Ενόψει των ανωτέρων, ζητείται η Συμβουλή της ΕΑΑΔΗΣΥ ποιος εκ των δύο ανωτέρω περιγραφέντων μεθολογιών είναι ο ορθότερος.

B. ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΡΩΤΗΜΑΤΟΣ:

I. Νομικό πλαίσιο

1. Δεδομένου ότι η ΕΤΕΑΝ Α.Ε. είναι Αναθέτουσα Αρχή το τιθέμενο ερώτημα άπτεται της ερμηνείας του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 το οποίο έχει ως εξής:

«Άρθρο 132

Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους

(άρθρο 72 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

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 ρήτρας 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 προπτωχευτικών 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.

Οι αναθέτουσες αρχές που τροποποιούν μία σύμβαση στις περιπτώσεις των περιπτώσεων β΄ και γ΄ δημοσιεύουν σχετική γνωστοποίηση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης. Η γνωστοποίηση αυτή περιέχει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Ζ΄ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α΄ και δημοσιεύεται, σύμφωνα με το άρθρο 65.

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 μεταβάλει 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.

6. Στον έλεγχο νομιμότητας υπάγονται οι τροποποιητικές συμβάσεις, εφόσον η κύρια σύμβαση διήλθε από τον προληπτικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εκτός από τις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όταν οι τροποποιήσεις δεν έχουν οικονομικό αντικείμενο και δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παραγράφου 4,

β) όταν οι τροποποιήσεις γίνονται κατ' εφαρμογή της περίπτωσης α' της παραγράφου 1 και της παραγράφου 2 του παρόντος και

γ) όταν μετά τον έλεγχο νομιμότητας της αρχικής σύμβασης αυτή εντάχθηκε σε πρόγραμμα χρηματοδότησης και το συνολικό ποσό της αρχικής σύμβασης δεν υπερβαίνει το εκάστοτε ισχύον όριο ελέγχου για τις συγχρηματοδοτούμενες συμβάσεις.

Στον έλεγχο νομιμότητας υπάγονται και τροποποιητικές συμβάσεις, δυνάμει των οποίων τροποποιείται σύμβαση της οποίας η αρχική αξία υπολείπεται του εκάστοτε ορίου του ελέγχου, εφόσον με την τροποποίηση αυτή προσ αυξάνεται το οικονομικό αντικείμενο τόσο, ώστε η συνολική αξία της σύμβασης να υπερβαίνει το εκάστοτε όριο ελέγχου.»

2. Στον όρο 1.3. της Προκηρύξεως αναφέρεται:

«Η ΕΤΕΑΝ ΑΕ, δύναται να ασκήσει δικαίωμα προαίρεσης για την ανάθεση νέων παρόμοιων υπηρεσιών, για ποσό έως 1.600.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, οπότε στην περίπτωση αυτή, ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου δύναται να ανέλθει συνολικά μέχρι του ποσού των 3.200.000,00 Ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Η ενεργοποίηση της προαίρεσης θα λάβει χώρα μετά από αύξηση του προϋπολογισμού της Δράσης αναλογικά και την συνεπαγόμενη διεύρυνση του πλήθους των τελικών αποδεκτών.

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.»

II. Νομική Εκτίμηση

1. Η εξεταζόμενη σύμβαση περιλαμβάνει γνήσιο δικαίωμα προαίρεσεως.¹ Το δικαίωμα προαίρεσεως ενεργοποιείται από την Αναθέτουσα Αρχή μετά από αύξηση του

¹ Βλ. συναφώς την 276/2014 Γνωμοδότηση της ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 7-8 και την Κατευθυντήρια Οδηγία 22/2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 7. Επίσης για την έννοια και τη νομική φύση των δικαιωμάτων προαίρεσης ΑΠ 1085/2006, ΝΣΚ 265/2015 και 186/2010 και Γνωμοδότηση ΕΑΑΔΗΣΥ 13/2014.

προϋπολογισμού της Δράσης αναλογικά και την συνεπαγόμενη διεύρυνση του πλήθους των τελικών αποδεκτών. Οι προϋποθέσεις αυτές συντρέχουν στην προκείμενη περίπτωση με βάση τα δεδομένα του ερωτήματος και αποδεικνύονται από τα σχετικά έγγραφα.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει επίσης ότι *prima facie* πληρούνται οι τιθέμενες στο άρθρο 132 παρ. 1 περιπτ. α) του ν. 4412/2016 προϋποθέσεις, δηλαδή υφίσταται ενεργή σύμβαση, το μονομερές δικαίωμα προαίρεσης προβλέπεται στα αρχικά έγγραφα της συμβάσεως, η προαίρεση είναι σαφής, ακριβής και ρητή, περιλαμβάνονται δε οι όροι ενεργοποίησής της και δεν μεταβάλλει το αντικείμενο της συμβάσεως², ενώ η συνολική αξία της προαιρέσεως είναι γνωστή εκ προοιμίου και δεν εμφανίζεται ως δυσανάλογη³.

2. Η απαίτηση για σαφήνεια και ακρίβεια ως προς το δικαίωμα προαιρέσεως περιλαμβάνει κυρίως και την απαίτηση να είναι σαφής και η τιμή της παροχής. Σημειώνεται ότι τούτο επιβάλλεται όχι μόνο από το άρθρο 132 παρ. 1 του ν. 4412/2016, αλλά και από τα άρθρα

² Βλ. αναλυτικά για τις προϋποθέσεις αυτές την Κατευθυντήρια Οδηγία 22/2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 8-9. Επίσης *Wolfgang Jaeger*, σε *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht* 2η έκδ., 2018, τ. III, Art. 132 GWB, αρ. περιθ. 25-31· *Meinrad Dreher*, σε *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht* 5η έκδ., 2014, τ. II, Art. 99 GWB, αρ. περιθ. 78-88· *Brüning/Pfannkuch*, *Neuausschreibungspflicht bei Vertragsänderung*, *VergabeR* 2015, 144· *Fett*, *Die Verlängerung und Veränderung bestehender Verträge – immer ausschreibungsrelevant?*, *Festschrift Fridhelm Marx*, 2013, 103· *Greb/Stenzel*, *Die nachträgliche Vertragsanpassung als vergaberechtsrelevanter Vorgang*, *NZBau* 2012, 404· *Hausmann/Queisner*, *Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit*, *NZBau* 2016, 619· *Hübner/Frauer*, *Vergaberecht und Insolvenz – Der Debt-Equity-Swap in seiner vergaberechtlichen Dimension*, *NZBau* 2011, 142· *Kunde*, *Nennung von Vertragsanpassungsklauseln in Auftragsbekanntmachung*, *NZBau* 2014, 550· *Malmendier/Wild*, *Vertragsänderungen versus Vergaberecht – Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von ausschreibungspflichtigen Verträgen bei Leistungsstörungen*, *VergabeR* 2014, 12· *Müller*, *Nach dem Zuschlag ist vor dem Zuschlag! Auftragsänderungen nach Zuschlag als vergaberechtlicher Dauerbrenner in der Praxis – Eine erste Analyse der Richtlinie 2014/24/EU und des Regierungsentwurfs*, *VergabeR* 2015, 652· *Polster*, *Die Änderung bestehender öffentlicher Aufträge bei Eintritt außergewöhnlicher Ereignisse*, *VergabeR* 2012, 282· *Prieß/Hölzl*, *Auftragnehmer, wechsel Dich! Vorliegen, Konsequenzen und Handhabung eines vergabe- oder primärrechtlich relevanten Auftragnehmerwechsels*, *NZBau* 2011, 513· *Rosenkötter/Fritz*, *Vertragsänderungen nach den neuen Richtlinien*, *VergabeR* 2014, 290; *Ziekow*, *Auftragsänderungen nach der Auftragsvergabe*, *VergabeR* 2016, 278.

³ Κατευθυντήρια Οδηγία 22/2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 10.

288 και 281 του ΑΚ. Και αυτό προς προστασία του υπόχρεου προς παροχή και αντιστάθμισμα της εξουσίας που παρέχεται συμβατικώς προς άσκηση της προαιρέσεως.

Εν προκειμένω, από την Προκήρυξη προκύπτει ότι η επιλογή του αναδόχου έγινε με το σύστημα της πλέον συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς. Δεδομένου ότι κατά τον χρόνο της προκηρύξεως δεν είχε ολοκληρωθεί ο Οδηγός για την Δράση στα παραρτήματα της προβλέφθηκε συγκεκριμένη μεθοδολογία με βάση την οποία ο κάθε υποψήφιος ανάδοχος θα υπέβαλε την πρόταση του για να αξιολογηθεί τεχνικά η πρότασή του, ενώ προβλέφθηκαν και άλλα κριτήρια με βάση την εμπειρία των υποψηφίων. Περαιτέρω, με την προκήρυξη οι υποψήφιοι ανάδοχοι κατευθύνθηκαν να αιτιολογήσουν την οικονομική τους προσφορά με βάση το συγκεκριμένο μοντέλο προσφέροντας ουσιαστικά συγκεκριμένη τιμή μονάδας για την επεξεργασία του φακέλου. Όπως όμως προκύπτει από την προκήρυξη (και την σύμβαση) ο τρόπος πληρωμής του αναδόχου δεν θα γινόταν με βάση την προσφερόμενη από αυτόν τιμή μονάδας, δηλαδή με βάση τον αριθμό των φακέλων που θα επεξεργαζόταν αλλά με βάση την υλοποίηση συγκεκριμένων ποσοστών των συνολικών εκταμιεύσεων των άμεσων ενισχύσεων του Προγράμματος. Και αυτό διότι, όπως προαναφέρθηκε, κατά το χρόνο της προκήρυξης δεν υπήρχε ολοκληρωμένος Οδηγός, ενώ ακόμα και τα συγκεκριμένα ποσά ενισχύσεων κατά μονάδα υπήρξε περίπτωση να διαφοροποιηθούν. Πράγματι, τόσο με τον αρχικό Οδηγό όσο και με τις διαδοχικές τροποποιήσεις του διαφοροποιήθηκαν ουσιαστικά οι προϋποθέσεις χορηγήσεως των ενισχύσεων σε σχέση με το μοντέλο που περιλαμβανόταν στην προκήρυξη, με αποτέλεσμα ο αριθμός των φακέλων οι οποίοι έτυχαν επεξεργασίας να είναι διαφορετικός (μικρότερος) των αρχικώς προβλεφθέντων με πλήρη όμως απορρόφηση των προβλεπομένων ενισχύσεων. Με άλλα λόγια, υπήρξαν, λόγω των διαδοχικών μεταβολών του νομοθετικού καθεστώτος που διέπει το συγκεκριμένο καθεστώς ενισχύσεων, ουσιώδεις μεταβολές ως προς τα στοιχεία της παρεχόμενης υπηρεσίας η οποία αποτελεί το φυσικό αντικείμενο της συμβάσεως. Τούτο όμως είχε ουσιαστικά προβλεφθεί αφού ο τρόπος πληρωμής του αναδόχου της υπηρεσίας ήταν ουσιαστικά ανεξάρτητος της τιμής μονάδας στην οποία αυτός είχε στηρίξει την οικονομική του προσφορά.

Στο συμβατικό αυτό πλαίσιο, η ενεργοποίηση του δικαιώματος προαιρέσεως με βάση την δεύτερη προτεινόμενη μεθοδολογία δημιουργεί ζήτημα σε σχέση με την απαίτηση της σαφήνειας και ακρίβειας σε σχέση με την τιμή. Και αυτό διότι το ύψος της τιμής της

υπηρεσίας προσδιορίζεται εκ των υστέρων με βάση την προσφερθείσα αρχικώς από τον ανάδοχο τιμή μονάδας, η οποία αφορά όμως μοντέλο παροχής υπηρεσιών που δεν συναρτάται με το υφιστάμενο καθεστώς ενισχύσεων όπως περιγράφεται στον Οδηγό της Δράσης και δεν λαμβάνει υπόψη τυχόν επερχόμενες μελλοντικές τροποποιήσεις του Οδηγού. Επιπλέον, η τιμή μονάδας που χρησιμοποιήθηκε ως βάση αιτιολογίας της οικονομικής προσφοράς με βάση συγκεκριμένο μοντέλο χρησιμοποιείται πλέον για αλλότριο σκοπό, ήτοι για τον προσδιορισμό της αξίας της προαιρέσεως.

Καθαρότερη είναι αντιθέτως η πρώτη προτεινόμενη μεθοδολογία και αυτό διότι είναι σαφής ως προς την αξία της, αφού χορηγεί αντίστοιχο ποσό με αυτό που ορίστηκε με την προκήρυξη και προσανατολίζεται και στον καθορισθέντα με την προκήρυξη και την σύμβαση τρόπο πληρωμής, δηλαδή σε αμοιβή κατ' αποκοπή με βάση τα ποσοστά απορροφήσεων.

3. Περαιτέρω, θα πρέπει η αξιολόγηση των δύο μοντέλων να γίνει και σε σχέση με το άρθρο 132 παρ. 1 περιπτ. ε) και παρ. 4 του ν. 4412/2016.

Στο ανωτέρω πλέγμα διατάξεων κωδικοποιείται ουσιαστικά η νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ σχετικά με την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων⁴. Ειδικότερα, από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκύπτει ότι κύριος σκοπός των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων είναι η διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 44). Προς επίτευξη του διπλού αυτού σκοπού, το κοινοτικό δίκαιο εφαρμόζει (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, Unitron Scandinavia και 3-S, Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 31· της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress, Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψεις 60 και 61, καθώς και της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψεις 108 και 109), μεταξύ άλλων, την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορές (ΔΕΕ, αποφάσεις της 27ης Νοεμβρίου 2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini

⁴ Βλ. ανάλυση των διατάξεων σε Κατευθυντήρια Οδηγία 22/2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 23-29.

και Mantovani, Συλλογή 2001, σ. I-9233, σκέψη 37, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψη 73) και τη συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας (βλ. μεταξύ άλλων, ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, HI, Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 45, και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 91).

Προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορές, οι τροποποιήσεις διατάξεων δημοσίας συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της συνιστούν σύναψη νέας συμβάσεως κατά την έννοια της Οδηγίας 2004/18, όταν οι όροι που προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από εκείνους της αρχικής συμβάσεως υποδηλώνοντας τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής (βλ., υπ' αυτή την έννοια, ΔΕΕ, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46).

Η θέση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι αυστηρότατη στο θέμα της εκ των υστέρων τροποποίησης συμβάσεως κατά τρόπο που να παραβιάζεται ουσιώδης όρος της διακήρυξης. Κατά το Δικαστήριο αυτό απαγορεύεται ενόψει της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό και της αρχής της διαφάνειας, εκτός εάν ρητά προβλέπεται τούτο στη διακήρυξη. Εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν είναι εξουσιοδοτημένη συναφώς δεν μπορεί να αλλοιώνει τη γενική οικονομία του διαγωνισμού τροποποιώντας στη συνέχεια μονομερώς έναν από τους ουσιώδεις όρους του και, ειδικότερα, μια διάταξη που, αν είχε περιληφθεί στην προκήρυξη του διαγωνισμού, θα είχε παράσχει στους υποψηφίους τη δυνατότητα να υποβάλουν ουσιωδώς διαφορετική προσφορά. (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψεις 108-123 η οποία αφορούσε διαγωνισμό της Επιτροπής για την παροχή επισιτιστικής βοήθειας και όπου η Επιτροπή εκ των υστέρων τροποποίησε όρο του διαγωνισμού δίδοντας την δυνατότητα στους μειοδότες να λαμβάνουν φρούτα διαφορετικά από εκείνα που προβλέπονται ως πληρωμή για τις προμήθειές τους).

Η αυστηρή αυτή απόφαση, έθεσε την αρχή, χωρίς όμως να φαίνεται να είχε και συνέχεια. Έτσι το Δικαστήριο φαίνεται να επικεντρώνεται κυρίως στη διάκριση ανάμεσα σε ουσιώδεις και επουσιώδεις τροποποιήσεις κατά το δίκαιο της Ένωσης τροποποίησης της

συναφθείσας δημοσίας συμβάσεως. Ειδικότερα, κατά το Δικαστήριο, η τροποποίηση μιας δημόσιας συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης όταν προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ίσως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί μια προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη. Ομοίως, τροποποίηση της αρχικής συμβάσεως μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιαστική όταν διευρύνει σημαντικά το αντικείμενο της συμβάσεως, περιλαμβάνοντας συμβατικό αντικείμενο που δεν είχε αρχικώς προβλεφθεί. Μια τροποποίηση μπορεί, επίσης, να θεωρηθεί ως ουσιώδης όταν μεταβάλλει την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη⁵ κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση. (Βλ. συναφώς ΔΕΕ, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Συλλογή 2008, σελ. I-4401, σκέψεις 35-37).

Εν προκειμένω, η υιοθέτηση της δευτέρας μεθοδολογίας οδηγεί ουσιαστικά σε ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως διότι αλλάζει τον τρόπο υπολογισμού της αμοιβής του αναδόχου. Τούτο διότι συνδέει πλέον την προαίρεση με την τιμή μονάδας που είχε προσφέρει ο ανάδοχος. Η τιμή μονάδας αφορά όμως όχι μόνο τους φακέλους που κρίνονται επαρκείς για την χορήγηση της ενισχύσεως αλλά και τους απορριπτόμενους. Τούτο ανοίγει αναγκαστικά την οδό για τροποποίηση του τρόπου πληρωμής ο οποίος στην προκήρυξη ήταν συνδεδεμένος με το ποσοστό απορροφήσεως. Είναι προφανές ότι το ρίσκο πλέον μετατοπίζεται και δημιουργούνται πλέον προϋποθέσεις που αν ήταν γνωστές θα ήταν πιθανόν ότι θα συμμετείχαν και άλλοι υποψήφιοι στη διαγωνιστική διαδικασία. Επιπλέον, ανοίγει πλέον και η οδός για διεκδικήσεις εκ μέρους του αναδόχου σε περίπτωση νέας αλλαγής του Οδηγού της Δράσεως.

⁵ Πρόκειται για καινοτόμο θεώρηση της αρχής της οικονομικής ισορροπία της συμβάσεως (βλ. *Laurent Richer, L'Europe des marches publics*, 2009, σελ. 152), η οποία χρησιμοποιείται συνήθως αντιστρόφως, δηλαδή για την θεμελίωση οικονομικών αξιώσεων του αναδόχου σε περίπτωση νομικών ή πραγματικών γεγονότων που επιβαρύνουν την θέση του στη διάρκεια της εκτελέσεως της συμβάσεως (βλ. *Jean-François Brisson, Le fondements juridiques du droit des marchés publics*, 2002, σελ. 195-196· *Stéphane Braconnier, Droit des marchés publics*, 2002, σελ. 305).

Αντιθέτως, με την πρώτη προτεινόμενη μεθοδολογία δεν τίθεται ζήτημα ουσιώδους μεταβολής της οικονομικής ισορροπίας της συμβάσεως, καθώς εξακολουθεί να ισχύει το ίδιο μοντέλο πληρωμής του αναδόχου.

Γ. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Ενόψει των ανωτέρω, η πρώτη προτεινόμενη μεθοδολογία, κατά την οποία το ύψος της προαίρεσης θα υπολογισθεί αναλογικά με τον ΠΥ της Δράσης και ο υπολογισμός της αμοιβής του αναδόχου θα είναι ανάλογος της αύξησης του ΠΥ της Δράσης είναι σύμφωνος τόσο με το εθνικό και ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο όσο και με τους όρους της προκήρυξης.

Αθήνα, 6 Μαΐου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης