

ΠΑΝΟΣ ΖΥΓΟΥΡΗΣ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ

ΑΜ ΔΣΑ 80807, Μπουμπουλίνας 9-11, Αθήνα (Μουσείο), Τ.Κ. 10682,

ΑΦΜ 996789554, Δ.Ο.Υ. Δ' Αθηνών, τηλ.: 210-8259140-141, fax: 210-8259235,

email: pzygouris@gmail.com

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

(αρ. πρωτ. εισ. της Ε.Δ.Ε.Υ.Α.: 2867/8-7-2022)

Ετέθη από τη Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης προς την Ένωση Δημοτικών Επιχειρήσεων Ύδρευσης Αποχέτευσης (Ε.Δ.Ε.Υ.Α.) το κάτωθι ερώτημα για τη σύνταξη νομικής γνωμοδότησης:

«Εάν είναι νόμιμη η αποδοχή σχετικού αιτήματος αναδόχου δημοσίου έργου από τη Δ.Ε.Υ.Α. τροποποίησης της συμβατικής μελέτης ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης δυνάμει των διατάξεων του ν. 4412/2016».

Κατά τη γνώμη μας προσήκει η κάτωθι απάντηση.

I. Σύντομο ιστορικό

Η Δ.Ε.Υ.Α. υπέγραψε συμφωνητικό με την ανάδοχο εταιρεία « » στις 10 Μαρτίου του 2022 για την κατασκευή του έργου «Εγκατάσταση Επεξεργασίας Λυμάτων ...». Στοιχείο του ανωτέρω συμφωνητικού αποτελεί η Μελέτη Προσφοράς βάσει της οποίας έγινε η σύμβασή με την ανάδοχο εταιρεία. Σημειώνεται ότι το εν λόγω έργο περιέχει δύο σκέλη. Τη Μελέτη (Μελέτη Προσφοράς βάσει της οποίας έγινε η σύμβαση, Οριστική Μελέτη που είναι υπό έλεγχο για έγκριση, τη Μελέτη

Εφαρμογής που θα ακολουθήσει) και την κατασκευή του. Η ανάδοχος εταιρεία ενώ κατέθεσε την Οριστική Μελέτη προς έγκριση ταυτόχρονα κατέθεσε αίτημα στην υπηρεσία μας **προς αλλαγή μεγάλου μέρους του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού**, αλλαγή η οποία προκύπτει σε σχέση με τη μελέτη-προσφοράς που είχε καταθέσει νωρίτερα όταν υπογράφηκε το συμφωνητικό. Επιπροσθέτως όπως προκύπτει από την εξέταση του αιτήματος αλλαγής ο προτεινόμενος εξοπλισμός είναι **μικρότερης δυναμικότητας σε σύγκριση με τον εξοπλισμό της μελέτης προσφοράς** βάσει του οποίου υπογράφηκε η σύμβαση ανάθεσης.

II. Εφαρμοστέο νομοθετικό πλαίσιο

Σύμφωνα με τον ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», άρθρο 186 τιτλοφορούμενο ως «*Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκεια τους*» ορίζεται ότι «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 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....**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 διάρκεια τους, που είναι διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2....».**

III. Ερμηνεία διατάξεων

Στην αιτιολογική σκέψη 74^η της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ υπερτονίζεται ότι είναι αναγκαίο να αποσαφηνιστούν οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες, για τυχόν τροποποιήσεις μιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, απαιτείται νέα διαδικασία, λαμβανομένης υπόψη της σχετικής νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Νέα διαδικασία απαιτείται σε περίπτωση ουσιωδών αλλαγών της αρχικής σύμβασης, και ιδίως του εύρους και του περιεχομένου των αμοιβαίων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εν λόγω αλλαγές αποτελούν ένδειξη της πρόθεσης των συμβαλλομένων να επαναδιαπραγματευτούν ουσιώδεις όρους ή προϋποθέσεις της σύμβασης. Αυτό ισχύει, ιδίως, σε περίπτωση που οι τροποποιημένες προϋποθέσεις θα επηρέαζαν το αποτέλεσμα της διαδικασίας, εάν αποτελούσαν μέρος της αρχικής διαδικασίας. Στην αιτιολογική σκέψη 108^η ότι ενδέχεται οι αναθέτουσες αρχές να αντιμετωπίσουν καταστάσεις όπου απαιτούνται πρόσθετες εργασίες, αγαθά ή υπηρεσίες· σε τέτοιες περιπτώσεις μπορεί να δικαιολογείται η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία ανάθεσης, ιδίως όπου οι πρόσθετες παραδόσεις αποσκοπούν είτε στη μερική αντικατάσταση είτε στην επέκταση υπηρεσιών, αγαθών ή εγκαταστάσεων που ήδη υπάρχουν, όταν η αλλαγή του προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να δεχτεί υλικό, εργασίες ή υπηρεσίες με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, γεγονός που θα είχε ως αποτέλεσμα την ασυμβατότητα ή την έγερση δυσανάλογων τεχνικών δυσκολιών κατά τη λειτουργία και τη συντήρηση.

Από τις ανωτέρω διατάξεις τόσο της ενωσιακής νομοθεσίας όσο και της εθνικής νομοθεσίας (ν. 4412/2016 ως ισχύει), συνάγεται **ότι η κατάρτιση τροποποιητικής**

σύμβασης με τον ανάδοχο εκτελούμενης σύμβασης επιτρέπεται μόνο στις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 και εφόσον συντρέχουν οι αναφερόμενες ανά περίπτωση προϋποθέσεις, καθώς η εν λόγω διαδικασία συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες για την κατάρτιση δημόσιων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Στις περιπτώσεις επιτρεπόμενων τροποποιήσεων περιλαμβάνεται εκείνη που προβλέπεται σε σαφείς και ακριβείς ρήτρες στα έγγραφα της σύμβασης. Οι τελευταίες ορίζουν αφενός το αντικείμενο της τροποποίησης, αφετέρου τους όρους, υπό τους οποίους ενεργοποιούνται (ΕΣ Ζ' Κλιμάκιο Πράξη 405/2022).

Η τροποποίηση μιας δημόσιας σύμβασης 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 σύμβασης, 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 (*ΔΕΕ C-454/06 απόφαση της 19^{ης} Ιουνίου 2008 presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Republik Österreich (Bund)* κ.λπ.). Η τροποποίηση ενός τέτοιου όρου κατά τον χρόνο ισχύος της σύμβασης, ελλείψει ρητής σχετικής προβλέψεως στην ίδια την αρχική σύμβαση, θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια **την προσβολή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων** (βλ., υπ' αυτή την έννοια, *απόφαση ΔΕΕ 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, σκέψη 121).

IV. Επί του ερωτήματος

Ενόψει των ανωτέρω συνδυαστικώς ερμηνευόμενων, κατά τη γνώμη μας, στην εξεταζόμενη περίπτωση, και λόγω του αντικειμένου της σύμβασης και του χαρακτήρα της αιτηθείσας τροποποίησης (αντικατάσταση μεγάλου μέρους του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού για την εκτέλεση του έργου κατασκευής βιολογικού καθαρισμού - ΕΕΛ), το αίτημα της αναδόχου συνιστά «ουσιώδη» τροποποίηση της σύμβασης κατά την έννοια του άρθρ. 132 ν. 4412/2016, δεν προβλέπεται σε ειδική ρήτρα των συμβατικών τευχών αυτής, ενώ η αλλαγή του εξοπλισμού με μικρότερης δυναμικότητας εξοπλισμό από τον αρχικώς προβλεπόμενο

οδηγεί στην προσθήκη/ μεταβολή όρων που εάν είχαν γνωστοποιηθεί εξ' αρχής – στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης- οι οποίοι θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή περισσότερων διαγωνιζομένων. Εξάλλου δεν προκύπτει από τα στοιχεία που τέθηκαν υπόψιν μας ότι η σχετική αίτηση του αναδόχου οφείλεται σε επιγενόμενη αντικειμενική αδυναμία προμήθειας του εν λόγω εξοπλισμού από τον ανάδοχο (λ.χ. λόγω έλλειψης αυτού στην οικεία αγορά). Ενόψει των ανωτέρω, η αιτηθείσα τροποποίηση είναι ουσιώδης κατά την έννοια του άρθρ. 132 ν. 4412/2016, δεν είχε προβλεφθεί στα έγγραφα της σύμβασης, και ως τέτοια είναι **παράτυπη, συνιστά λόγο σύναψης νέας σύμβασης και δεν προβλέπεται στις επιτρεπόμενες περιπτώσεις του ν. 4412/2016 (άρθρο 132).**

Ενδείκνυται στην ερωτώσα Δ.Ε.Υ.Α. η απόρριψη της αίτησης με αιτιολογημένη απόφαση της Προϊσταμένης Αρχής (Διοικητικού Συμβουλίου της Δ.Ε.Υ.Α.).

Αθήνα, 14-7-2022

Οι γνωμοδοτούντες δικηγόροι

Σβετλάνα (Ζέτα) Ζυγούρη

Πάνος Ζυγούρης

