

# Η ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟΥ ΣΥΝΕΔΡΙΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

**Ιωάννης Ν. Βάγιας**, Εισηγητής του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ΜΔΕ Δίκαιο και Οικονομία των Επιχειρήσεων στο Διεθνές Περιβάλλον

## 1. Εισαγωγή

Στη σύγχρονη οικονομική πραγματικότητα οι δημόσιες συμβάσεις αποτελούν ένα βασικό μέσο εκπλήρωσης της αποστολής του Κράτους και των ελεγχόμενων από αυτό νομικών προσώπων. Αποτελούν δε και ένα μέσο διαχείρισης του δημοσίου χρήματος, το οποίο πρέπει να διατίθεται υπό συγκεκριμένες και διαφανείς προϋποθέσεις. Οι προϋποθέσεις αυτές περιγράφονται από το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, το οποίο περιέχει σαφείς κανόνες για τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Κατά την εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης, όμως, μπορεί να ανακύψουν προβλήματα που οδηγούν σε επανεκτίμηση των τεχνικών και, ενδεχομένως, των οικονομικών δεδομένων επί των οποίων στηρίζεται η σύμβαση. Για την αντιμετώπιση των προβλημάτων αυτών μπορεί να κριθεί αναγκαία η τροποποίηση των όρων της σύμβασης, οπότε τίθεται το ζήτημα των ορίων της τροποποίησης, ήτοι αν αυτή είναι ελεύθερη ή αν υπόκειται σε περιορισμούς. Μία χωρίς όρια δυνατότητα τροποποίησης σημαντικών όρων μίας δημόσιας σύμβασης, όμως, θα ισοδυναμούσε κατ' ουσία με ανάθεση νέας σύμβαση στον ίδιο ανάδοχο και θα γεννούσε προβλήματα συμβατότητας με τις αρχές του ανταγωνισμού, ήτοι τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Για το λόγο αυτό, η διαπίστωση της ανάγκης σημαντικών και εκτεταμένων τροποποιήσεων μίας σύμβασης θα έπρεπε, κανονικά, να συνοδεύεται από λύση της σύμβασης αυτής και την κίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης. Πλην όμως, εκτός από την τήρηση των αρχών του ανταγωνισμού υπάρχει και η ανάγκη ολοκλήρωσης των συμβάσεων, καθώς η λύση και επαναπροκήρυξη αυτών συνεπάγεται οικονομική και χρονική επιβάρυνση για την αναθέτουσα αρχή. Για την εξισορρόπηση των δύο αυτών αντιτιθέμενων όψεων του δημοσίου συμφέροντος, ήτοι της προστασίας του ανταγωνισμού και της ανάγκης ολοκλήρωσης των συμβάσεων, ο νομοθέτης και η νομολογία έχουν θεσπίσει ειδικούς κανόνες τροποποίησης των συναφθειςών συμβάσεων. Μέχρι τη θέσπιση των οδηγιών 2014/23/ΕΕ<sup>1</sup>, 2014/24/ΕΕ<sup>2</sup> και 2014/25/ΕΕ<sup>3</sup> δεν υπήρχαν ρητά θεσμοθετημένοι κανόνες τροποποίησης των συμβάσεων τόσο σε ενωσιακό όσο και σε εθνικό επίπεδο, παρά μόνο αυτοί που αφορούσαν τη δυνατότητα σύναψης νέας σύμβασης με απευθείας ανάθεση στον ίδιο ανάδοχο (π.χ. δυνατότητα σύναψης

<sup>1</sup> Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης

<sup>2</sup> Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ

<sup>3</sup> Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ

συμπληρωματικής σύμβασης σε περίπτωση απρόβλεπτων περιστάσεων ή ενεργοποίησης δικαιωμάτων προαίρεσης<sup>4</sup>). Ωστόσο, τροποποιήσεις συμβάσεων που δεν ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων αυτών ήταν δυνατές με βάση τις προϋποθέσεις που είχε θέσει η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.), γνωστή ως νομολογία *Pressetext*<sup>5</sup>.

## 2. Προϋποθέσεις μη θεσμοθετημένων τροποποιήσεων κατά το ΔΕΕ

Αφορμή για τη διατύπωση των προϋποθέσεων νόμιμης τροποποίησης μίας δημόσιας σύμβασης στάθηκε η ανωτέρω υπόθεση, η οποία ανέκυψε λόγω της μεταβολής όρων σύμβασης συναφθείσας μεταξύ της Δημοκρατίας της Αυστρίας και του πρακτορείου ειδήσεων ΑΡΑ, που αφορούσαν το πρόσωπο του αντισυμβαλλόμενου, το τίμημα της σύμβασης και τη χρονική διάρκεια αυτής. Για τη διατύπωση της σχετικής κρίσης του, το Δ.Ε.Ε. εκκινεί από την παραδοχή 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<sup>6</sup>. Προς επίτευξη του διπλού αυτού σκοπού, θεσπίστηκαν, εκτός των άλλων, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορές και της διαφάνειας<sup>7</sup>, οι οποίες επιβάλλουν την τήρηση συγκεκριμένων διαδικασιών για την επιλογή του αναδόχου εκτέλεσης των συμβάσεων των δημοσίων φορέων. Στο πλαίσιο αυτό, το Δ.Ε.Ε. έκρινε ότι οι τροποποιήσεις διατάξεων δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της ισχύος της συνιστούν σύναψη νέας σύμβασης κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου, όταν οι όροι που προβλέπονται με την τροποποίηση διαφοροποιούνται ουσιωδώς από εκείνους της αρχικής σύμβασης υποδηλώνοντας τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν σημαντικούς όρους της σύμβασης αυτής<sup>8</sup>.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την κρίση του Δ.Ε.Ε., η τροποποίηση μίας δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της ισχύος της μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης και, επομένως, να συνεπάγεται την ανάγκη λύσης της σύμβασης και προκήρυξης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, όταν συντρέχει μία από τις κατωτέρω περιπτώσεις:

Α) Προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης 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. Πρόκειται για μία προϋπόθεση, η συνδρομή της οποίας εξαρτάται από τις περιστάσεις κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης και από την εκτίμηση αν οι τροποποιημένοι όροι θα μπορούσαν να έχουν επηρεάσει τη διαδικασία της αρχικής ανάθεσης στο επίπεδο των δυνητικών υποψηφίων.

Β) Διευρύνεται σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης, περιλαμβάνοντας αντικείμενα που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί. Τούτο θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ισχύει ανεξαρτήτως αν μία τέτοια τροποποίηση συνεπάγεται και μεταβολή του

<sup>4</sup> Βλ. άρθρο 31 παρ. 4 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών

<sup>5</sup> Απόφαση της 19<sup>ης</sup> Ιουνίου 2008, στην υπόθεση C-454/06, *Pressetext*.

<sup>6</sup> Έτσι και απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, *Stadt Halle και RPL Lochau*, σκ. 44

<sup>7</sup> Βλ., υπ' αυτήν την έννοια, αποφάσεις της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia και 3-S*, σκ. 31, της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria και Telefonadress*, σκ. 60 και 61, καθώς και της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, σκ. 108 και 109).

<sup>8</sup> Υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, στην υπόθεση C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, σκ. 44 και 46).

οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, καθώς μία τροποποίηση του τεχνικού αντικειμένου αλλοιώνει per se τους όρους της διαδικασίας ανάθεσης θίγοντας την αρχή της ίσης μεταχείρισης στο επίπεδο του ανταγωνισμού που θα μπορούσε να έχει αναπτυχθεί κατά τη διαδικασία αυτή.

Γ) Μεταβάλλεται η οικονομική ισορροπία της σύμβασης υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση. Μία τέτοια μεταβολή συνιστά οπωσδήποτε η αδικαιολόγητη αύξηση του συμβατικού ανταλλάγματος. Από την άλλη πλευρά μία μικρή μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης θα μπορούσε να δικαιολογηθεί από αντικειμενικούς παράγοντες, όπως η αύξηση του πληθωρισμού ή η αύξηση των τιμών των προϊόντων και πρώτων υλών. Προσφάτως πάντως, στην υπόθεση Finn Frogne A/S<sup>9</sup>, το ΔΕΕ έκρινε ότι ακόμα και η μείωση της αξίας μίας σύμβασης μπορεί να συνιστά ουσιώδη τροποποίηση. Τούτο είναι εύλογο, διότι μία σύμβαση με μικρότερο οικονομικό αντικείμενο μεταβάλλει το επίπεδο του ανταγωνισμού στο πεδίο της αρχικής ανάθεσης, καθώς η σύμβαση υπό τη νέα της μορφή καθίσταται ενδιαφέρουσα και για μικρότερου μεγέθους οικονομικούς φορείς. Πρέπει δε να συνεκτιμηθεί και το γεγονός ότι οι φορείς αυτοί ίσως δεν μπορούσαν καν να συμμετάσχουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης της αρχικής σύμβασης, λόγω των τεχνικών και οικονομικών απαιτήσεων συμμετοχής που συνεπαγόταν η αρχική υψηλότερη προϋπολογιζόμενη δαπάνη. Περαιτέρω, η έννοια της μεταβολής της οικονομικής ισορροπίας πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν αφορά μόνο στην μεταβολή του ύψους του οικονομικού ανταλλάγματος που θα λάβει ο ανάδοχος, αλλά και την αλλαγή όρων που μπορεί να έχουν έμμεσο οικονομικό αντίκρυσμα (π.χ. η μεταβολή των τεχνικών προδιαγραφών κατά την εκτέλεση της σύμβασης με μείωση των τεχνικών απαιτήσεων μεταβάλλει, σαφώς, και την οικονομική ισορροπία υπέρ του αναδόχου, γιατί καθιστά την εκτέλεση της σύμβασης περισσότερο συμφέρουσα για αυτόν και θίγει τους υποψηφίους που υπέβαλαν προσφορά κατά τη διαδικασία ανάθεσης λαμβάνοντας υπόψη τις αρχικές τεχνικές απαιτήσεις).

Ειδικότερα και με βάση τις ανωτέρω παραδοχές, κατά τη νομολογία του ΔΕΕ έχουν κριθεί ως ουσιώδεις τροποποιήσεις η αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και αν προβλέπεται ως δυνατότητα στην αρχική σύμβαση, εφόσον για την ανάθεση της σύμβασης εξετάστηκε η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι άλλου<sup>10</sup>. Επίσης, στην

<sup>9</sup> Απόφαση της 7<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2016, στην υπόθεση C-549/14, σκ. 29

<sup>10</sup> Απόφαση της 13<sup>ης</sup> Απριλίου 2010, στην υπόθεση C-91/08, Wall AG, σκ. 37-39. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στην υπόθεση Pressetext είχε εξεταστεί το ζήτημα της μεταβολής του προσώπου που αντισυμβαλλομένου, καθώς τμήμα της εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης ανατέθηκε σε μία εταιρεία (APA-OTS), η οποία ήταν απολύτως ελεγχόμενη θυγατρική της αρχικής αναδόχου (APA). Το Δ.Ε.Ε. έκρινε επ' αυτού ότι "η αντικατάσταση του αντισυμβαλλόμενου με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς συνάψει τη σύμβαση πρέπει να θεωρείται ως αλλαγή ενός από τους ουσιώδεις όρους της οικείας δημοσίας συμβάσεως, εκτός αν η αντικατάσταση αυτή προβλεπόταν από την αρχική σύμβαση, π.χ. υπό μορφή υπεργολαβίας. Κατά τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υπόθεσης η APA-OTS, ως συσταθείσα υπό μορφή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης, έχει νομική προσωπικότητα διακριτή από εκείνη της APA, με την οποία είχε συναφθεί η αρχική σύμβαση. Δεν αμφισβητείται, επίσης, ότι, από της μεταφοράς των υπηρεσιών OTS από την APA στην APA-OTS, κατά το 2000, η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει τα ποσά που αφορούν αυτές τις υπηρεσίες απευθείας στην APA-OTS και όχι πλέον στην APA. Εντούτοις, η μεταφορά της επίμαχης δραστηριότητας παρουσιάζει ορισμένα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά από τα οποία προκύπτει ότι τέτοιου είδους τροποποιήσεις, σε περιπτώσεις όπως αυτές της κύριας δίκης, δεν συνιστούν αλλαγή ουσιώδους ρήτρας της συμβάσεως. Πράγματι, από τη δικογραφία προκύπτει ότι η APA-OTS είναι κατά 100 % θυγατρική της APA, ότι αυτή έχει εξουσία διευθύνσεως της APA-OTS και ότι οι δύο αυτές οντότητες έχουν συνάψει σύμβαση περί μεταφοράς των ζημιών και των κερδών, που αναλαμβάνονται από την APA. Από τη δικογραφία προκύπτει επίσης ότι άτομο εξουσιοδοτημένο να εκπροσωπεί την APA διαβεβαίωσε την αναθέτουσα αρχή ότι, κατόπιν της μεταφοράς των υπηρεσιών OTS, η APA ευθυνόταν εις ολόκληρον με την APA-OTS και ότι η υφιστάμενη συνολική παροχή υπηρεσιών παρέμενε αμετάβλητη. Μια τέτοια διευθέτηση συνιστά,

ανωτέρω υπόθεση Frogne A/S κρίθηκε ότι η τροποποίηση της σύμβασης δεν μπορεί να λειτουργήσει ως εξωδικαστικός συμβιβασμός για την επίλυση διαφοράς που ανέκυψε κατά την εκτέλεση της σύμβασης λόγω εξωγενών δυσχερειών.

Συμπερασματικά, η κρίση περί επιτρεπόμενης ή μη τροποποίησης μίας σύμβασης είναι περιπτώσιολογική και εξαρτάται από πολλές παραμέτρους. Η πρόβλεψη της δυνατότητας τροποποιήσεων στο αρχικό συμβατικό κείμενο αποτελεί το μόνο ασφαλές καταφύγιο για τις αναθέτουσες αρχές, ώστε να καλυφθούν μελλοντικές ανάγκες κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Προκειμένου, όμως, η σχετική πρόβλεψη να είναι σύμφωνη με τα πορίσματα της νομολογίας του Δ.Ε.Ε. θα πρέπει να είναι πλήρης και σαφής, θα πρέπει, με άλλα λόγια, να προβλέπει με ακρίβεια τους λόγους και την έκταση ενδεχόμενων τροποποιήσεων<sup>11</sup>.

### **3. Ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου επί τροποποιητικών συμβάσεων**

#### **3.1. Προϋποθέσεις υπαγωγής των τροποποιητικών συμβάσεων στον προσυμβατικό έλεγχο**

Το πρώτο σημαντικό ζήτημα που εξετάζει το Ελεγκτικό Συνέδριο όταν μία τροποποιητική σύμβαση υποβάλλεται για τον προβλεπόμενο στα άρθρα 35-37 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο<sup>12</sup> προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας είναι η αρμοδιότητά του να διενεργήσει τον έλεγχο αυτό. Ειδικότερα:

##### **i) Τροποποίηση ουσιαστών όρων.**

Κατά την παλαιότερη νομολογία του ΕΣ, προϋπόθεση της υπαγωγής μίας τροποποιητικής σύμβασης στον προσυμβατικό έλεγχο ήταν η μεταβολή του οικονομικού αντικείμενου να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να υπάγεται η τροποποιητική σύμβαση αυτοτελώς στον έλεγχο<sup>13</sup>. Με την απόφαση VI Τμ. 2440/2012, όμως, κρίθηκε ότι στον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας υπόκεινται και οι ουσιαστικές τροποποιήσεις όρων σύμβασης που έχει υπαχθεί στον εν λόγω έλεγχο, ανεξαρτήτως του εάν προκαλούν αύξηση του οικονομικού της αντικείμενου τέτοια, που να υπερβαίνει το εκάστοτε θεσπιζόμενο από τις ισχύουσες διατάξεις κατώτατο χρηματικό όριο υπαγωγής στον προσυμβατικό έλεγχο, δοθέντος ότι οι τροποποιητικές συμβάσεις δεν έχουν το χαρακτήρα αυτοτελών συμβάσεων με ιδιαίτερο οικονομικό αντικείμενο, αλλά αποτελούν ένα ενιαίο σύνολο με την αρχική σύμβαση, στην οποία ενσωματώνονται. Ως εκ τούτου, κρίθηκε ότι οι ουσιαστικές μεταβολές των ήδη ελεγχθέντων όρων της αρχικής σύμβασης πρέπει επίσης να ελεγχθούν ως προς τη νομιμότητά τους και τη συμφωνία τους με τους όρους της οικείας διακήρυξης. Αντίθετα, τυχόν καθιέρωση ως αφετηρίας ελέγχου των ουσιαστών τροποποιήσεων του κατώτατου χρηματικού ποσού που θεσπίζεται για τον έλεγχο των αρχικών συμβάσεων, θα είχε ως αποτέλεσμα να καθίσταται ανέλεγκτες οι σχετικές τροποποιητικές συμβάσεις, γεγονός που υπερακοντίζει το σκοπό του νομοθέτη για τη

---

ουσιαστικώς, εσωτερική αναδιοργάνωση του αντισυμβαλλομένου, η οποία δεν τροποποιεί ουσιαστικά το περιεχόμενο της αρχικής σύμβασης”.

<sup>11</sup> Για μία πλήρη ανάλυση της ανωτέρω νομολογίας Presstext βλ. A. Brown, When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purpose of the EU Procurement Rules? Guidance at last in case C-454/06 - Public Procurement Law Review 2008/6, pp NA 253-267.

<sup>12</sup> Κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013 (ΦΕΚ Α' 52).

<sup>13</sup> Βλ. ενδεικτικά Ε.Σ. πράξεις VI Τμ. 39/2008, Ζ' Κλ. 373/2009, 226, 111/2010, 341/2012.

θεσμοθέτηση μίας αποτελεσματικής διαδικασίας ελέγχου νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος θα ανατρεπόταν ή θα καθίστατο αλυσιτελής, ιδίως στην περίπτωση που η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να τροποποιεί – μεταρρυθμίζει ανέλεγκτα τις ήδη συναφθείσες συμβάσεις, ανατρέποντας τα δεδομένα στα οποία στηρίχθηκε ο ήδη διενεργηθείς έλεγχος νομιμότητας αυτών, αλλά και η προηγηθείσα διαδικασία ανάθεσης<sup>14</sup>. Θα πρέπει να διευκρινιστεί, ότι περίπτωση υπαγωγής στον προσυμβατικό έλεγχο συντρέχει εφόσον πρόκειται να τροποποιηθούν ουσιώδεις - σημαντικοί όροι (essentialia negotii) της σύμβασης. Η κρίση αυτή είναι διαφορετική από την ουσιαστική κρίση περί του αν μία τροποποίηση είναι ουσιώδης ή όχι, ώστε να κριθεί η συμβατότητά της με το Δίκαιο της Ένωσης με βάση τα κριτήρια Pressetext. Κατά συνέπεια, η εκτίμηση του αρμόδιου Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ότι οι υποβληθείσες για έλεγχο τροποποιήσεις που αφορούν σημαντικούς όρους της σύμβασης δεν είναι ουσιώδεις, πρέπει να οδηγεί στην κρίση περί δυνατότητας υπογραφής της σύμβασης και όχι στην κρίση ότι η σύμβαση δεν υπάγεται στον προσυμβατικό έλεγχο, όπως έχει κριθεί από ορισμένες πράξεις Κλιμακίων<sup>15</sup>. Αντίθετα, είναι ορθή η κρίση ότι εφόσον η τροποποίηση αφορά μη ουσιώδεις όρους, όπως η μεταβολή του εκπροσώπου του αντισυμβαλλόμενου, διευθετήσεις του τρόπου καταβολής της αμοιβής ή επουσιώδη ζητήματα εκτέλεσης της σύμβασης, η τροποποιητική σύμβαση δεν υπάγεται στον έλεγχο<sup>16</sup>. Παράλληλα, προς αποφυγή της επιβάρυνσης του Δικαστηρίου με υποθέσεις που δεν έχουν ελεγκτικό ενδιαφέρον έχει κριθεί ότι τροποποίηση σύμβασης για την αποτύπωση σε αυτήν όρων που προκύπτουν από μεταβολή του νομοθετικού πλαισίου δεν υπάγεται στον έλεγχο<sup>17</sup>.

ii) Υπαγωγή στον έλεγχο της αρχικής σύμβασης.

Κατά την κρίση των αρμόδιων σχηματισμών του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν υπάγεται στον προσυμβατικό έλεγχο τροποποιητική σύμβαση, της οποίας η αρχική δεν είχε υποβληθεί για έλεγχο. Τούτο, διότι τυχόν έλεγχος της τροποποιητικής θα είχε ως αποτέλεσμα να ελέγχεται ευθέως ή παρεμπιπτόντως η τροποποιούμενη μετά τη σύναψή της ή ακόμα και μετά την ολοκλήρωση της εκτέλεσής της. Ένας τέτοιος έλεγχος, όμως, θα υπερακόντιζε τη βούληση του κοινού νομοθέτη, ο οποίος δε θέλησε να τον επεκτείνει στις μη υποβληθείσες σε αυτόν συμβάσεις ούτε να αλλοιώσει το χαρακτήρα του, που είναι αμιγώς προσυμβατικός<sup>18</sup>. Η κρίση αυτή ήταν μονόδρομος για το Ελεγκτικό Συνέδριο ειδικά για την περίπτωση κατά την οποία η αρχική σύμβαση δεν υποβλήθηκε για έλεγχο ενώ όφειλε να υποβληθεί, με συνέπεια την εκ του νόμου ακυρότητά της. Δε θα ήταν, λοιπόν, δυνατό να ελεγχθεί η νομιμότητα της τροποποίησης μίας άκυρης σύμβασης.

Στην κατηγορία αυτή, όμως, υπάγονται και οι συναπτόμενες από το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (ΤΑΙΠΕΔ), ως διαδόχου του Ελληνικού Δημοσίου, τροποποιήσεις συμβάσεων που είχαν αρχικώς υπογραφεί από το Δημόσιο και δεν είχαν νομίμως υποβληθεί για προσυμβατικό έλεγχο, λόγω της εκ του νόμου εξαίρεσής τους από τον έλεγχο αυτό<sup>19</sup>. Για τις συμβάσεις αυτές η

<sup>14</sup> Έτσι και απόφαση VI Τμ. 6019/2015

<sup>15</sup> Πράξεις ΣΤ' Κλ. 93, 114/2014, 47/2016, Ζ' Κλ. 98/2015

<sup>16</sup> Πράξεις Ε' Κλ. 32/2016, 488/2012

<sup>17</sup> βλ. Ε' Κλ. 414/2014 για την τροποποίηση όρου περί απαλλαγής των Δημοτικών Επιχειρήσεων Ύδρευσης Αποχέτευσης από το ΦΠΑ

<sup>18</sup> Ζ' Κλ. 456/2012, 48/2013, 60, 243/2014, 24, 291/2015, Ε' Κλ. 233/2013, 76/2014.

<sup>19</sup> Βλ. άρθρο 48 παρ. 3 του ν. 3871/2010 (ΦΕΚ Α' 141)

νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου γνώρισε κάποιες διακυμάνσεις. Ειδικότερα, με τις πράξεις Ζ΄ Κλιμακίου 370/2011 και 190/2013 κρίθηκε ότι και οι τροποποιητικές αυτές συμβάσεις υπάγονται στον προσυμβατικό έλεγχο, με το πειστικό, κατά την άποψή μου, σκεπτικό ότι ο νομοθέτης τόσο στην ρύθμιση του νόμου σύστασης του ΤΑΙΠΕΔ<sup>20</sup> όσο και στην ύστερη διάταξη του άρθρου 35 παρ. 7 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο αποτύπωσε την αδιάστικτη βούλησή του να υπαχθούν στον προληπτικό έλεγχο του Δικαστηρίου όλες οι συμβάσεις αξιοποίησης περιουσιακών στοιχείων που συνάπτονται από το ΤΑΙΠΕΔ., λόγω του εξαιρετικής σημασίας λειτουργικού τους σκοπού, χωρίς να αποκλείει του ελέγχου τις συμφωνίες που καταρτίζονται υπό μορφή τροποποιήσεων ήδη συναφθεισών και μη ελεγχθεισών συμβάσεων του Δημοσίου. Ο έλεγχος δε αυτός συνιστά πρόσθετη εγγύηση διασφάλισης του δημοσίου συμφέροντος και της αρχής της διαφάνειας, ιδίως στο βαθμό που με τις τροποποιητικές αυτές συμβάσεις μεταβάλλονται ουσιαστικά οι αρχικοί όροι αξιοποίησης των περιουσιακών στοιχείων, στο πλαίσιο πρωτογενούς άσκησης της συναλλακτικής ευχέρειας του Ταμείου. Πλην όμως, με την απόφαση VI Τμ. 4424/2013 το Ελεγκτικό Συνέδριο επανήλθε στη θέση περί μη υπαγωγής στον προσυμβατικό έλεγχο των τροποποιήσεων των συμβάσεων που δεν είχαν υπαχθεί στον έλεγχο, ανεξαρτήτως του λόγου μη υπαγωγής τους. Ρητά δε κρίθηκε ότι το ΤΑΙΠΕΔ υπεισήλθε εκ του νόμου με ειδική διαδοχή στην θέση του Ελληνικού Δημοσίου ως νέο υποκείμενο της αρχικής σύμβασης χωρίς να θίγεται η ταυτότητα αυτής ως σύμβασης εξαιρούμενης του ελέγχου<sup>21</sup>.

### **3.2. Εξέταση της συνδρομής των ουσιαστικών προϋποθέσεων**

Εφόσον ο αρμόδιος σχηματισμός του Ελεγκτικού Συνεδρίου διαπιστώσει ότι η υποβληθείσα τροποποιητική σύμβαση υπάγεται στον προσυμβατικό έλεγχο, στη συνέχεια προβαίνει σε αξιολόγηση του ουσιαστικού ή μη χαρακτήρα των προβλεπόμενων τροποποιήσεων. Αν επιχειρούσαμε μία κατηγοριοποίηση της φύσης των τροποποιήσεων που έχουν κατά καιρούς τεθεί στην κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου θα διαμορφώναμε τις εξής κατηγορίες:

ι) Τροποποίηση συμβάσεων προβλεπόμενη από όρους των αρχικών συμβάσεων.

Στην περίπτωση αυτή το ΕΣ κρίνει, κατά κανόνα, νόμιμη την τροποποίηση επισημαίνοντας ότι οι τροποποιήσεις δεν επάγονται μεταβολές στο οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης<sup>22</sup>. Θα πρέπει, πάντως, να επισημανθεί ότι στη νομολογία

<sup>20</sup> Βλ. ν. 3986/2011 (ΦΕΚ Α΄ 152), το άρθρο 9 παρ. 4 του οποίου ορίζει ότι: «4. Κατ' εξαίρεση της παραγράφου 3 του άρθρου 1, οι διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 19 του π.δ. 774/1980 εφαρμόζονται αναλόγως για τον προσυμβατικό έλεγχο των συμβάσεων αξιοποίησης των περιουσιακών στοιχείων του Ταμείου και των εταιρειών των οποίων το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου, άμεσα ή έμμεσα, στο Ταμείο που συνάπτονται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 1 του άρθρου 5, εφόσον το τίμημα ή το χρηματικό αντάλλαγμα της αξιοποίησης υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων χιλιάδων (500.000) ευρώ και αφού προηγουμένως έχει γνωμοδοτήσει το Σ.Ε., σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περίπτωση β΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 5. Συμβάσεις που συνομολογήθηκαν, σύμφωνα με τον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου και τη γνωμοδότηση του Σ.Ε., θεωρούνται επωφελείς και συμφέρουσες για το Ταμείο και το Ελληνικό Δημόσιο, όσον αφορά την ευθύνη αστική ή ποινική των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου».

<sup>21</sup> Έτσι και η πρόσφατη Ε΄ Κλ. 196/2017 για την παράταση της από 31.7.1995 Σύμβασης Ανάπτυξης Αεροδρομίου του Διεθνούς Αερολιμένα Αθηνών.

<sup>22</sup> Ε΄ Κλ. 372/2012, 335/2013, 152/2014, 35/2015 87/2016, Ζ΄ Κλ. 227/2014, 112/2016, 134, 174/2017. Πάντως, κατά την κρίση κάποιων σχηματισμών του Ελεγκτικού Συνεδρίου απαραδέκτως υποβάλλονται προς έλεγχο σχέδια συμβάσεων τροποποιητικών, με τα οποία ενεργοποιούνται δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης που ήταν σαφώς διατυπωμένα στις αρχικές συμβάσεις, οι

του Ελεγκτικού Συνεδρίου εμφανίζεται σε ορισμένες περιπτώσεις ως όρος που δικαιολογεί τη σύναψη τροποποιητικής σύμβασης μία γενική ρήτρα τροποποίησης κατόπιν συμφωνίας των μερών. Τούτο, όμως, έρχεται σε αντίθεση με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., η οποία απαιτεί οι σχετικοί όροι που προβλέπουν τροποποίηση της σύμβασης να περιγράφουν ακριβώς το αντικείμενο, την έκταση και τις προϋποθέσεις ενεργοποίησής τους, ώστε να τηρούνται οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.

ii) Μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου.

Η μεταβολή αυτή έχει αναχθεί από τη νομολογία σε καθοριστικό παράγοντα για την διαμόρφωση της κρίσης περί νομιμότητας σύναψης των τροποποιητικών συμβάσεων. Κατά τούτο, έχει κριθεί ότι η μεταβολή του τόπου και του χρόνου παράδοσης του εξοπλισμού που είναι αντικείμενο της σύμβασης δεν είναι ουσιώδης εφόσον δε συνεπάγεται μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου<sup>23</sup>, ενώ η αύξηση επιμέρους δαπανών χωρίς υπέρβαση της προϋπολογιζόμενης δαπάνης επίσης δε συνεπάγεται ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης<sup>24</sup>. Περαιτέρω, τροποποίηση σύμβασης με επέκταση του χρόνου ισχύος της μέχρι τη λήξη της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου, καθώς υπάρχει διαθέσιμο υπόλοιπο, λόγω μη εξάντλησης του προϋπολογισμού της αρχικής σύμβασης, κρίθηκε δικαιολογημένη<sup>25</sup>. Στο πλαίσιο αυτό, η μεταβολή του χρονοδιαγράμματος, που κατέστη αναγκαία από λόγους που δεν ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης του αναδόχου, χωρίς αντίστοιχη μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου οδηγεί σε νόμιμη τροποποίηση της σύμβασης<sup>26</sup>. Τέλος, σε περίπτωση μείωσης του τεχνικού και οικονομικού αντικειμένου σε σύμβαση συντήρησης ιατρικών μηχανημάτων κρίθηκε ότι δεν συνεπάγεται απαγορευμένη ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης<sup>27</sup>. Στο ίδιο πλαίσιο, τροποποιήσεις που συνίστανται το μεν σε μη ουσιώδεις αλλαγές του διατιθέμενου εξοπλισμού, οι οποίες αιτιολογούνται επαρκώς, το δε σε αλλαγές ως προς τη μεθοδολογία υλοποίησης, το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης και τον τρόπο καταβολής της αμοιβής του αναδόχου, που επίσης αιτιολογούνται επαρκώς και οφείλονται σε γεγονότα εκτός της σφαίρας επιρροής των μερών, δεν κωλύουν την υπογραφή του υποβληθέντος σχεδίου τροποποιητικής σύμβασης<sup>28</sup>.

iii) Μεταβολή προσώπου αντισυμβαλλομένου.

Όπως έχει κριθεί, σε περίπτωση καθολικής διαδοχής νομικού προσώπου που έχει αναλάβει την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθώς και μετατροπής νομικού

---

οποίες είχαν διέλθει του προσυμβατικού ελέγχου, με το σκεπτικό ότι δεν υπάρχει πραγματικό ελεγκτικό αντικείμενο, εφόσον πρόκειται για απλή ενεργοποίηση όρων η νομιμότητα των οποίων είχε κριθεί κατά τον έλεγχο της αρχικής σύμβασης (βλ. VI Τμ. 1534/2014, Ζ' Κλ. 34, 60, 224/2014, 24, 297, 316/2015, ΣΤ' Κλ. 243/2014, 23/2015). Κατά την άποψή μου, ορθότερη παρίσταται η θέση ότι τα σχετικά σχέδια σύμβασης, με τα οποία ενεργοποιείται το ήδη ελεγχθέν προσυμβατικά ως προς τη νομιμότητά του δικαίωμα προαίρεσης ή παράτασης, θα πρέπει να ελέγχονται από το Δικαστήριο, προκειμένου να διαπιστωθεί η τήρηση των όρων που τάσσονται στη διακήρυξη για την άσκηση του οικείου δικαιώματος. Εξάλλου, η άποψη ότι η τροποποιητική σύμβαση δεν ελέγχεται στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την πάγια πρακτική των Κλιμακίων, εφόσον η ελεγχόμενη σύμβαση περιλαμβάνει όρο περί τροποποίησής της, να επισημαίνουν ότι η τροποποιητική σύμβαση πρέπει να υποβληθεί για έλεγχο στο Ε.Σ. (βλ. VI Τμ. 3583/2015, Ζ' Κλ. 152, 183/2014, 83, 135, 218, 318/2015, 91, 105, 126, 314/2016, 166/2017).

<sup>23</sup> ΣΤ' Κλ. 115/2015

<sup>24</sup> Ζ' Κλ. 91/2015

<sup>25</sup> Ζ' Κλ. 307/2016

<sup>26</sup> Ζ' 225/2017

<sup>27</sup> Ζ' Κλ. 178/2016, παρόμοιες και η Ζ' Κλ. 136/2016 και ΣΤ' Κλ. 7/2015

<sup>28</sup> Ζ' Κλ. 13/2016

προσώπου σε ανώνυμη εταιρεία δεν επέρχεται ουσιώδης τροποποίηση της σύμβασης<sup>29</sup>. Ορθώς, πάντως, εξετάζεται από τα Κλιμάκια στην περίπτωση αυτή αν το νομικό πρόσωπο που υπεισέρχεται στη σύμβαση έχει την τεχνική και οικονομική δυνατότητα εκτέλεσης αυτής. Πρόσφατα δε κρίθηκε ότι και η μεταβολή του προσώπου της αναθέτουσας αρχής δεν συνιστά ουσιώδη τροποποίηση. Η υπόθεση αφορούσε στον Ενιαίο Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης, ο οποίος απορρόφησε τους λοιπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς και υπεισήλθε εκ του νόμου στα συμβατικά τους δικαιώματα και υποχρεώσεις<sup>30</sup>. Στην περίπτωση αυτή, κρίθηκε, περαιτέρω, ότι η τροποποίηση των συμβάσεων των συγχωνευθέντων ασφαλιστικών φορέων με αντικείμενο τη διακίνηση της αλληλογραφίας τους, με την οποία επήλθε ενοποίηση των όρων τιμολόγησης και της χρονικής τους διάρκειας χωρίς μεταβολή του οικονομικού τους αντικειμένου, υπαγορεύθηκε από την αντικειμενικά δικαιολογημένη κατάσταση της συγχώνευσης των αναθετουσών αρχών σε ένα ενιαίο πνδδ και, κατά συνέπεια, δεν κωλύεται η υπογραφή τους.

### 3.3. Ειδικές περιπτώσεις τροποποιήσεων – Συμβάσεις Παραχώρησης

Το Ελεγκτικό Συνέδριο κλήθηκε να εξετάσει τη νομιμότητα των τροποποιήσεων συμβάσεων παραχώρησης<sup>31</sup>, όπως οι Συμβάσεις Παραχώρησης για τη Μελέτη, Κατασκευή, Χρηματοδότηση, Λειτουργία, Συντήρηση και Εκμετάλλευση των 4 Αυτοκινητοδρόμων<sup>32</sup>, η Σύμβαση Παραχώρησης της χρήσης και εκμετάλλευσης των λιμενικών εγκαταστάσεων του υφιστάμενου Προβλήτα II, καθώς και την κατασκευή με αυτοχρηματοδότηση, λειτουργία και εκμετάλλευση του Προβλήτα III του Σταθμού Εμπορευματοκιβωτίων του ΟΛΠ<sup>33</sup>, αλλά και των Συμβάσεων για την Παραχώρηση της εκμετάλλευσης και της παροχής υπηρεσιών σε σχέση με τη λειτουργία και τη συντήρηση των περιφερειακών αεροδρομίων<sup>34</sup>. Σημειώνεται, ότι κατά το ισχύον κατά το χρόνο εξέτασης των σχετικών τροποποιήσεων δίκαιο της Ένωσης, οι συμβάσεις παραχώρησης δε διέπονταν από κάποια από τις οδηγίες με τις οποίες ο νομοθέτης της Ένωσης ρύθμιζε τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, όπως ορθώς κρίθηκε και από το Ελεγκτικό Συνέδριο, οι δημόσιες αρχές που συνήψαν τέτοιες συμβάσεις υποχρεούνταν να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες των Συνθηκών, καθώς και την εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας<sup>35</sup>. Το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε, επίσης, στις ανωτέρω περιπτώσεις ότι οι διατάξεις των νέων οδηγιών που είχαν μεν θεσπιστεί αλλά δεν είχαν αρχίσει να ισχύουν, οι οποίες ενσωματώνουν τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., αποτελούν χρήσιμο ερμηνευτικό εργαλείο για την αποσαφήνιση των

<sup>29</sup> ΣΤ' Κλ. 3/2017, Ζ' Κλ. 22, 113/2017.

<sup>30</sup> Ζ' 118/2017.

<sup>31</sup> Ως σύμβαση παραχώρησης θεωρείται η συμφωνία κατά την οποία το αντάλλαγμα για τον ανάδοχο συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής Βλ., συναφώς, αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 13<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2008, στην υπόθεση C-437/07, Επιτροπή κατά Ιταλίας, πρβλ. αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 13<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2005, στην υπόθεση C-458/03, Parking Brixen, σκ. 39, της 18<sup>ης</sup> Ιουλίου 2007, στην υπόθεση C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 33 και της 10<sup>ης</sup> Μαρτίου 2011, στην υπόθεση C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

<sup>32</sup> Ε' Κλ. 420, 421, 422, 423/2013.

<sup>33</sup> VI Τμ. 3377/2014.

<sup>34</sup> Πράξη Ζ' Κλιμακίου 301/2015. Η τελευταία περίπτωση έχει την ιδιαιτερότητα ότι η τροποποίηση των συμβατικών κειμένων έγινε μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου της διαγωνιστικής διαδικασίας και των οικείων σχεδίων σύμβασης και πριν την υπογραφή αυτών.

<sup>35</sup> Βλ. αντί άλλων ΔΕΕ απόφαση της 13<sup>ης</sup> Απριλίου 2010 στην υπόθεση C-91/08, Wall AG, σκ. 33.

κρίσιμων εννοιών κατά την τροποποίηση των συμβάσεων που τίθενται στην κρίση του<sup>36</sup>.

Για τον έλεγχο των υποβληθεισών ενώπιόν του τροποποιήσεων το Ελεγκτικό Συνέδριο, στο πλαίσιο του αυστηρά νομικού ελέγχου που του έχει συνταγματικά ανατεθεί και χωρίς να μπορεί να προβεί σε εκτιμήσεις οικονομικής σκοπιμότητας, εκτίμησε την ιδιαίτερη φύση των συμβάσεων παραχώρησης. Ειδικότερα, διατυπώθηκε η θέση ότι η κρίση περί του ουσιώδους ή μη χαρακτήρα των συμβατικών αυτών τροποποιήσεων προϋποθέτει την εκτίμηση των ιδιαίτερων περιστάσεων που διέπουν τις συμβάσεις παραχώρησης, στις οποίες συγκαταλέγονται, μεταξύ άλλων, η μεγάλη διάρκεια της σύμβασης, η έκταση του τεχνικού αντικειμένου, η πολυπλοκότητα των σχέσεων που έχουν ήδη δημιουργηθεί μεταξύ των μερών, καθώς και η πρόβλεψη στη σύμβαση δυνατότητας αναδιαπραγμάτευσης σε περίπτωση απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών, υπό τις οποίες αυτή συνήφθη, ή άλλων αντικειμενικών περιστάσεων που την επιβάλλουν. Ως εκ τούτου, οι αρμόδιοι σχηματισμοί συνήγαγαν το συμπέρασμα ότι ειδικά στις περιπτώσεις των συμβάσεων παραχώρησης είναι αναγκαίο, προς το συμφέρον και των δύο μερών, να διατίθεται επαρκές περιθώριο ελιγμών, ώστε τα μέρη να προσαρμόζονται στους όρους της αγοράς και στις μεταβολές που μπορούν να επέλθουν στο οικονομικό, τεχνικό ή νομικό περιβάλλον της παραχώρησης<sup>37</sup>. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, σε τέτοιου είδους συμβάσεις συνηθίζεται να περιλαμβάνεται όρος που προβλέπει τη δυνατότητα επαναδιαπραγμάτευσης της σύμβασης για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων γεγονότων που θέτουν σε κίνδυνο την οικονομική της ισορροπία, ήτοι τη δυνατότητα των μερών να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις, γεγονός που συνέτρεχε σε όλες τις κριθείσες από το Ελεγκτικό Συνέδριο ανωτέρω περιπτώσεις. Το Δικαστήριο, σε συμφωνία με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., περιχαράκωσε τη δυνατότητα των μερών να τροποποιήσουν άνευ όρων τη σύμβαση εισάγοντας τη σκέψη ότι εφόσον συντρέχει περίπτωση επαναδιαπραγμάτευσης της σύμβασης, λόγω διατάραξης της οικονομικής ισορροπίας, οι συμφωνηθείσες τροποποιήσεις πρέπει να γίνονται με αποκλειστικό γνώμονα την αποκατάσταση της ισορροπίας αυτής, υπό την έννοια ότι μπορεί να επιτραπεί η συνέχιση της εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον προκύπτει υπέρμετρο όφελος για ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη. Σε κάθε δε περίπτωση, κρίθηκε ότι οι όροι των τροποποιητικών συμβάσεων δεν μπορεί να οδηγούν σε ουσιώδη μεταβολή του αντικειμένου της σύμβασης.

Σε όλες τις τεθείσες στην κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου ανωτέρω περιπτώσεις, ο λόγος που κατέστησε αναγκαία την επαναδιαπραγμάτευση και εν τέλει την τροποποίηση των σχετικών συμβάσεων ήταν η αιφνίδια και ιδιαίτερης έντασης οικονομική κρίση που ενέσκηψε στην Ελλάδα μετά το έτος 2010 και είχε ως αποτέλεσμα την ανατροπή του οικονομικού θεμελίου των συμβάσεων αυτών, ήτοι των προβλέψεων ως προς τα έσοδα της παραχώρησης. Προκειμένου να κρίνει τη νομιμότητα των τροποποιήσεων το Ελεγκτικό Συνέδριο εξέτασε, σε πρώτο επίπεδο, κατά πόσο η απρόοπτη και απρόβλεπτη αυτή μεταβολή των οικονομικών δεδομένων, που κινείται εκτός της σφαίρας επιρροής των συμβαλλομένων μπορεί να αποτελέσει τον δικαιολογητικό λόγο εκκίνησης της διαδικασίας για την τροποποίηση των

<sup>36</sup> Στην περίπτωση των αυτοκινητοδρόμων το Κλιμάκιο έλαβε υπόψη του τα σχέδια οδηγίας, η επεξεργασία των οποίων είχε φθάσει στο τελικό στάδιο

<sup>37</sup> Προς την κατεύθυνση αυτή και την ανάγκη παροχής δυνατότητας τροποποιήσεων στις συμβάσεις παραχώρησης, βλ. προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Yves Bot στην προαναφερθείσα υπόθεση Wall σκ. 43 – 48 και προτάσεις Γενικής Εισαγγελέα Juliane Kokkot στην προαναφερθείσα υπόθεση Pressetext, σκ. 43.

συμβάσεων<sup>38</sup>. Με βάση δε τους σχετικούς συμβατικούς όρους κρίθηκε ότι ήταν καταρχήν δυνατή η επανεξέταση των όρων των ανωτέρω συμβάσεων παραχώρησης, καθώς η οικονομική κρίση συντέλεσε πράγματι στην απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών που ίσχυαν κατά το χρόνο συνολομολόγησής τους. Η διαπίστωση αυτή, όμως, δεν αρκούσε για τη νομιμότητα της τροποποίησης, καθώς έπρεπε να εξεταστεί και αν οι επιμέρους συμφωνηθείσες τροποποιήσεις έρχονται σε σύγκρουση με τις προϋποθέσεις που θέτει η νομολογία του Δ.Ε.Ε., ήτοι αν με αυτές επέρχεται επέκταση του τεχνικού αντικειμένου, αν αλλοιώνεται η φύση της σύμβασης και αν μεταβάλλεται η οικονομική ισορροπία υπέρ του αναδόχου. Συναφώς, κρίθηκε ότι: α) δεν υπήρξε μεταβολή του αντικειμένου της σύμβασης ή όπου αυτή υπήρξε ήταν η απολύτως αναγκαία, ώστε να καταστεί εφικτή η ολοκλήρωση του αντικειμένου της σύμβασης, β) οι τροποποιήσεις δεν αλλοιώνουν το χαρακτήρα των συμβάσεων ως παραχωρήσεων, καθώς οι παραχωρησιούχοι παραμένουν εκτεθειμένοι στον επιχειρηματικό κίνδυνο, η κατανομή κινδύνων μεταξύ Δημοσίου - Παραχωρησιούχου ουδόλως μεταβλήθηκε, ενώ οι συμβάσεις δεν τροποποιήθηκαν με τρόπο ώστε να προκύπτει υπέρμετρο οικονομικό όφελος για τους παραχωρησιούχους<sup>39</sup>. Τέλος, ειδικά στην περίπτωση των συμβάσεων παραχώρησης των αυτοκινητοδρόμων το Κλιμάκιο, στο πλαίσιο εξέτασης της αρχής της αναλογικότητας, στάθμισε τη σχέση κόστους – οφέλους μεταξύ των επιλογών της αναθέτουσας αρχής από τη μία πλευρά της τροποποίησης και από την άλλη πλευρά της λύσης της σύμβασης και επαναπροκήρυξης των συμβάσεων. Από τη στάθμιση δε αυτή, προέκυψε ότι, με βάση του όρους της αρχικής σύμβασης ως προς τις αποζημιώσεις που έπρεπε να καταβληθούν στους παραχωρησιούχους, ένα ενδεχόμενο λύσης των συμβάσεων θα

---

<sup>38</sup> Ειδικά στην περίπτωση της παραχώρησης των αεροδρομίων συνέτρεξε, κατά την κρίση του Κλιμακίου, η «απρόβλεπτη κατάσταση της επιδείνωσης, μετά την περίοδο της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας, του χρηματοοικονομικού περιβάλλοντος στην Ελλάδα, της αύξησης του κινδύνου εξόδου από την Ευρωζώνη και του ελέγχου κεφαλαίων που εφαρμόζεται επί του παρόντος βάσει της ελληνικής νομοθεσίας. Οι περιστάσεις αυτές διαμόρφωσαν συνθήκες που καθιστούν δύσκολη τη λήψη χρηματοδότησης από τις διεθνείς αγορές για μακροπρόθεσμα έργα στην Ελλάδα, ανέτρεψαν το χρηματοοικονομικό μοντέλο, στο οποίο είχε στηριχτεί την προσφορά του ο Παραχωρησιούχος και κατέστησαν αναγκαία την παρέμβαση των μερών για την τροποποίησή του και την αποκατάσταση κατά πρόσφορο τρόπο της επελθούσας διατάραξης».

<sup>39</sup> Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η προσπάθεια της πράξης 301/2015 του Ζ' Κλιμακίου που αφορούσε στην παραχώρηση των αεροδρομίων να εκτιμήσει την επίπτωση της τροποποίησης στο επίπεδο του ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων διερευνώντας την πιθανότητα να υπήρχε διαφορετικός ανάδοχος, αν η επίμαχη τροποποίηση είχε γίνει κατά το στάδιο του διαγωνισμού και όχι πριν την υπογραφή της σύμβασης: «Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση δεν πιθανολογείται ότι η τροποποίηση αυτή αν είχε αποτελέσει όρο των αρχικών Σχεδίων θα είχε οδηγήσει κάποιον από τους μη επιλεγέντες προσφέροντες στη δεύτερη φάση (συμπεριλαμβανομένων των αναπληρωματικών υποψηφίων) να υποβάλουν βελτιωμένη προσφορά σε τέτοιο βαθμό, ώστε να υπερβούν εκείνη του Επιλεγέντος Επενδυτή, καθόσον η διαφορά μεταξύ των Προσφορών του Επιλεγέντος Επενδυτή και των αναπληρωματικών υποψηφίων ήταν 141,8 εκατομμύρια ευρώ για την ομάδα Α και 251,9 εκατομμύρια ευρώ για την ομάδα Β και, ως εκ τούτου, ακόμη και αν οι επενδυτές, συνυπολογίζοντας το όφελος που θα τους εξασφάλιζε η εν λόγω τροποποίηση, είχαν υποβάλει βελτιωμένες προσφορές, δε φαίνεται πιθανό οι προσφορές τους να ήταν τόσο βελτιωμένες, ώστε να υπερτερούν των Προσφορών του Επιλεγέντος Επενδυτή».

<sup>40</sup> Περί του γεγονότος ότι η στάθμιση κόστους – οφέλους για τη λύση ή μη μίας σύμβασης σε περίπτωση τροποποιήσεων αποτελεί ζήτημα που πρέπει να εξετάζεται βλ. A. S. Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, Bloomsbury, Second Edition.

είχε μεγαλύτερο κόστος για το Δημόσιο σε σχέση με την τροποποίηση της σύμβασης<sup>40</sup>.

#### 4. Το νέο θεσμικό πλαίσιο – Προκλήσεις

Με τις νέες οδηγίες 2014/23/ΕΕ<sup>41</sup>, 2014/24/ΕΕ<sup>42</sup> και 2014/25/ΕΕ<sup>43</sup> και τους μεταφέροντες τις ρυθμίσεις αυτών στο εθνικό δίκαιο νόμους 4412/2016 και 4413/2016 θεσπίζεται ένα πλήρες και σαφές πλαίσιο τροποποίησης των δημοσίων συμβάσεων. Ο ενωσιακός νομοθέτης, κατανοώντας την ανάγκη να αποσαφηνιστούν οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες απαιτείται νέα διαδικασία ανάθεσης σε περίπτωση ανάγκης τροποποίησης μιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, ρύθμισε λεπτομερώς το ζήτημα αυτό, λαμβάνοντας υπόψη τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε..

Ειδικότερα, προβλέφθηκε ρητά η δυνατότητα τροποποίησης της σύμβασης κατά την εκτέλεσή της, υπό την προϋπόθεση ότι η σχετική τροποποίηση δεν είναι ουσιώδης με βάση τα κριτήρια που είχαν τεθεί από την ανωτέρω παρατεθείσα νομολογία του Δ.Ε.Ε.. Εισήχθησαν δε ρητά ως δυνατότητες τροποποίησης τόσο η υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, όσο και η τροποποίηση ανεξαρτήτως χρηματικής αξίας, εφόσον η τροποποίηση προβλέπεται από σαφείς και ακριβείς όρους των αρχικών συμβάσεων.

Επίσης, προβλέπονται δύο αυτοτελείς περιπτώσεις τροποποίησης με την ανάθεση συμπληρωματικών έργων, υπηρεσιών ή αγαθών, που κρίνονται αναγκαία για την ολοκλήρωση της σύμβασης:

1) όταν συντρέχουν απρόβλεπτες περιστάσεις, υπό τον όρο η τροποποιητική σύμβαση να μην υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή

2) όταν η αλλαγή αναδόχου: αα) δεν μπορεί να γίνει για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους ή ββ) θα συνεπαγόταν σημαντικά προβλήματα ή ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για την αναθέτουσα αρχή.

Τέλος, προβλέπεται και η δυνατότητα τροποποίησης, εφόσον η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη και των δύο ακόλουθων τιμών:

α) των κατώτατων ορίων υπαγωγής στο δίκαιο της Ένωσης και β) του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών και του δέκα πέντε (15%) της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις έργων. Στην περίπτωση αυτή, πάντως, δεν θα πρέπει με την τροποποίηση να μεταβάλλεται η συνολική φύση της σύμβασης.

Είναι γεγονός, ότι με το νέο θεσμικό πλαίσιο δημιουργείται μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου, καθώς περιγράφονται αναλυτικά και με σαφήνεια οι δυνατότητες τροποποίησης μίας σύμβασης κατά την εκτέλεσή της. Οι σχετικές προβλέψεις, πέρα από την περίπτωση που η τροποποίηση δεν είναι ουσιώδης κατά την έννοια και την περιπτώσιολογία που αναπτύχθηκε από τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., εδράζονται είτε στη συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων κατά την εκτέλεση της σύμβασης είτε στο γεγονός ότι η λύση της σύμβασης θα προκαλούσε υπέρμετρο κόστος στην

---

<sup>41</sup> Βλ. άρθρο 43

<sup>42</sup> Βλ. άρθρο 72

<sup>43</sup> Βλ. άρθρο 89

αναθέτουσα αρχή. Μοναδική εξαίρεση στο αυστηρό πλαίσιο της δυνατότητας τροποποίησης της σύμβασης συνιστά η περίπτωση της τροποποίησης, εφόσον η αξία της δεν ξεπερνά τις ορισθείσες τιμές. Κατά τούτο, είναι εμφανές ότι ο ενωσιακός νομοθέτης αναγνώρισε ρητά την ανάγκη διασφάλισης της ολοκλήρωσης των συμβάσεων προσπαθώντας να προβλέψει διάφορες περιπτώσεις που μπορούν να οδηγήσουν στην τροποποίηση μίας σύμβασης κατά την εκτέλεσή της. Σε κάθε περίπτωση, όμως, παραμένουν ερμηνευτικές προκλήσεις που θα επιλυθούν νομολογιακά τόσο από το Δ.Ε.Ε. όσο και από τα αρμόδια εθνικά δικαστήρια.

Στο πλαίσιο αυτό, η ύπαρξη ενός σαφούς και πλήρους νομικού πλαισίου αποτελεί πλέον και τον οδηγό για τον διενεργούμενο από το Ελεγκτικό Συνέδριο προσυμβατικό έλεγχο των τροποποιητικών συμβάσεων. Ο έλεγχος αυτός θα πρέπει να στηρίζεται στη στενή ερμηνεία των σχετικών διατάξεων, οι οποίες εισάγουν εξαίρεση από τον κανόνα της μη ουσιώδους τροποποίησης των συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, και να παρακολουθεί τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., χωρίς εισαγωγή αδικαιολόγητων παρεκκλίσεων.