

Η τροποποίηση των δημόσιων συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους

Τα επιμέρους κριτήρια που προσδιορίζουν τις επιτρεπτές περιπτώσεις τροποποίησης των δημόσιων συμβάσεων κατά την διάρκειά τους

Ειρήνη Στάππα

Δικηγόρος LL.M.

Το άρθρο εξετάζει το ισχύον εθνικό και ενωσιακό θεσμικό πλαίσιο που διέπει την τροποποίηση των δημόσιων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, με γνώμονα τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος. Η τροποποίηση των συμβάσεων επιτρέπεται κατ' εξαίρεση και μόνον υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται ρητά από τον νόμο ή τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση της δημόσιας σύμβασης και τον περιορισμένο βαθμό συμβατικής ελευθερίας. Αναλύονται οι βασικές κατηγορίες επιτρεπτών τροποποιήσεων, σύμφωνα με τον Ν 4412/2016, όπως οι τροποποιήσεις βάσει ρητρών αναθεώρησης, οι συμπληρωματικές εργασίες, οι περιπτώσεις απρόβλεπτων περιστάσεων, η υποκατάσταση του αναδόχου, οι μη ουσιώδεις και οι τροποποιήσεις ήσσονος αξίας. Παράλληλα, διευκρινίζεται ότι ουσιώδεις τροποποιήσεις, που αλλοιώνουν τη φύση της σύμβασης ή επηρεάζουν την ισορροπία της, επιβάλλουν την εκ νέου προσφυγή σε διαγωνιστική διαδικασία. Το άρθρο προσφέρει μία συστηματική προσέγγιση του νομοθετικού πλαισίου, καταδεικνύοντας τις δυσχέρειες αλλά και τα περιθώρια ευελιξίας στη διαχείριση των δημόσιων συμβάσεων, εντός των ορίων της νομιμότητας και του ανταγωνισμού.

Στο άρθρο αυτό θα αναλύσουμε το ισχύον εθνικό και ενωσιακό θεσμικό πλαίσιο που διέπει την τροποποίηση των δημόσιων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους.

Στη σύγχρονη εποχή το κράτος, μη δυνάμενο να ανταπεξέλθει πλέον επαρκώς στις ολοένα αυξανόμενες απαιτήσεις, αναζητά νέους τρόπους οργάνωσης και δράσης, μέσω των οποίων θα μπορέσει αφενός να επιτελέσει τους σκοπούς που έχει αναλάβει έναντι των πολιτών του (οικοδόμηση κοινωνικού κράτους) και αφετέρου να εξυπηρετήσει το δημόσιο συμφέρον. Χαρακτηριστικά παραδείγματα τέτοιων μετασχηματισμών αποτελούν οι ιδιωτικοποιήσεις, οι συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών και οι συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα. Το κράτος δηλαδή αναθέτει σε ιδιώτες φυσικά ή νομικά πρόσωπα την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας ή την κατασκευή και εκμετάλλευση δημόσιου έργου, μέσω σύμβασης παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας ή δημόσιου έργου.

Να σημειωθεί ότι μία σύμβαση, είτε συνάπτεται μεταξύ ιδιωτών είτε συνάπτεται μεταξύ του Δημοσίου και του ιδιώτη δεν παύει να φέρει ορισμένα βασικά

χαρακτηριστικά που απορρέουν από την φύση της. Το βασικότερο εξ αυτών είναι η αρχή του απαραβίαστου των συμβάσεων, η οποία ισχύει και στο πεδίο των δημόσιων συμβάσεων και η οποία έχει το περιεχόμενο ότι οι συμβαλλόμενοι δεσμεύονται από τα συμφωνηθέντα και υποχρεούνται σε εκτέλεση των συμβατικών δεσμεύσεων τους, εκτός και αν η απόκλιση από την ανωτέρω αρχή δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος. Επίσης η δυνατότητα μονομερούς -κατά κύριο λόγο εκ μέρους της Διοίκησης- τροποποίησης της σύμβασης οριοθετείται από την αρχή της μη μεταβολής των θεμελιωδών συνθηκών στις οποίες απέβλεψαν τα μέρη κατά τη σύναψη της σύμβασης, και αφετέρου από τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος.

Ωστόσο, εν αντιθέσει προς τα όσα ισχύουν στο ιδιωτικό δίκαιο, στο δημόσιο δίκαιο η Διοίκηση και ο ιδιώτης δεν είναι απολύτως ελεύθεροι να τροποποιούν, έστω και συναινετικά, τους όρους της μεταξύ τους σύμβασης. Καταρχάς, η δυνατότητα τροποποίησης των όρων της σύμβασης θα πρέπει να προβλέπεται από τον νόμο ή τη σύμβαση, κατ' επιτα-

γή της αρχής της νομιμότητας της διοικητικής δράσης. Εν συνεχεία, τυχόν τροποποιήσεις θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τις διατάξεις της εθνικής, αλλά και της ενωσιακής νομοθεσίας (εφόσον βέβαια εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της τελευταίας), ιδίως την αρχή της διαφάνειας, την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και την αρχή της ισορροπίας της σύμβασης. Από την άλλη πλευρά, τουλάχιστον αναφορικά με τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται δεκτό ότι οι διατάξεις που παρέχουν τη δυνατότητα τροποποίησης αυτών, θα πρέπει να ερμηνεύονται στενά, και εκ του λόγου ότι εισάγουν εξαίρεση από τον γενικό κανόνα σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΕΛΣυν 392/2022 (Τμ. Έβδομο), σκ. 5.2.Α.· ΔΕΕ, 03.02.2020, C-461/20, Advania Sverige AB κ.λπ., σκ. 30).

Σύμφωνα και με τα ανωτέρω και δεδομένης της ιδιομορφίας των δημόσιων συμβάσεων γεννάται, μεταξύ πολλών άλλων, το ερώτημα σε ποιες περιπτώσεις είναι δυνατή η - μονομερής ή συναινετική - τροποποίησή τους, για την οποία (τροποποίηση) η αναθέτουσα αρχή δεν απαιτείται να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης.

Οι διατάξεις του ισχύοντος δικαίου που ρυθμίζουν την τροποποίηση των δημόσιων συμβάσεων είναι οι εξής:

(i) Τα άρθρα 132 (του Βιβλίου Ι) και 337 (του Βιβλίου ΙΙ) του Ν 4412/2016 (όπως τροποποιηθείς από τον Ν 4782/2021, τον Ν 4965/2022 και τον Ν 5043/2023 και ισχύει), τα οποία (άρθρα) έχουν ενσωματώσει το άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (τομέας δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών) και το άρθρο 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (συμβάσεις πρώην εξαιρουμένων τομέων) αντιστοίχως και

(ii) Το άρθρο 51 του Ν 4413/2016 (όπως τροποποιηθείς από τον Ν 4635/2019 και ισχύει), το οποίο έχει ενσωματώσει το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ (συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών).

Ειδικά ζητήματα τροποποίησης ανά κατηγορία δημοσίων συμβάσεων ρυθμίζονται με τις - αμιγώς εθνικού δικαίου - διατάξεις των άρθρων 53 παρ. 9, 9α, 10 και 10α (Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης - Εξουσιοδοτική διάταξη) 155 (Επείγουσες και απρόβλεπτες πρόσθετες εργασίες), 156 (Ειδικά θέματα τροποποιήσεων συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους - Αυξομειώσεις εργασιών - Νέες εργασίες), 164 (Υποκατάσταση), 167 (Πτώχευση, θάνατος), 186 (Τροποποίηση σύμβασης κατά τη διάρκειά της), 195 (Υποκατάσταση του αναδόχου) και 201 (Προηγούμενη γνώμη για την τροποποίηση σύμβασης) του Ν 4412/2016, σχετικά με τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών), οι οποίες διατάξεις εφαρμόζονται συμπληρωματικά και για τις συμβάσεις του Βιβλίου ΙΙ (Συμβάσεις πρώην εξαιρουμένων τομέων).

Καταρχάς, γενική προϋπόθεση για την εφαρμογή των διατάξεων περί τροποποίησης δημόσιας σύμβασης συνιστά η τροποποίηση να λαμβάνει χώρα κατά το χρονικό διάστημα ισχύος της σύμβασης, ήτοι κατά το χρονικό διάστημα κατά το οποίο ακόμη εκτελείται. Συνεπώς, οι σχετικές διατάξεις δεν εφαρμόζονται για τροποποιήσεις που επέρχονται κατά και μέχρι τη σύναψη της σύμβασης. Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση έγγραφης πρόσκλησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής προς τον ανάδοχο σχετικά με την υπογραφή της σύμβασης, κατόπιν της οριστικοποίησης της απόφασης κατα-

κύρωσης. (Βλ. άρθρα 105 παρ. 4 και 5 (Βιβλίο Ι) και 316 παρ. 4 και 5 (Βιβλίο ΙΙ) του Ν 4412/2016).

Ειδικότερα οι επιτρεπτές περιπτώσεις τροποποίησης της σύμβασης¹ παρατίθενται παρακάτω:

(i) οι τροποποιήσεις που γίνονται κατ' εφαρμογή της παρ. 1 περ. α' του άρθρου 132 του Βιβλίου Ι του Ν 4412/2016. Πρόκειται για περιπτώσεις που η τροποποίηση εδράζεται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρήτρες αναθεώρησης, οι οποίες προβλέπονται στην αρχική σύμβαση (π.χ. ρήτρες αναθεώρησης τιμών σε ορισμένο ποσό ή μέχρι προκαθορισμένο ποσοστό, δικαιώματα προαίρεσης που ασκούνται με μονομερή δήλωση της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να απαιτείται η σχετική συμφωνία του αναδόχου) και οι οποίες δεν μεταβάλλουν την φύση της σύμβασης.

(ii) τα συμπληρωματικά έργα / υπηρεσίες/ αγαθά, για τα οποία η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της κατ' εφαρμογή της παρ. 1 περ. β' του άρθρου 132 του Βιβλίου Ι του Ν 4412/2016. Προκειμένου τα συμπληρωματικά έργα/υπηρεσίες/αγαθά να συνιστούν επιτρεπτές τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης θα πρέπει (α) να μην περιλαμβάνονται στην αρχική σύμβαση, να κατέστησαν αναγκαία κατά τη διάρκεια εκτέλεσής αυτής, (β) μία ενδεχόμενη αλλαγή του αρχικού αναδόχου να μην είναι εφικτή από τεχνική ή οικονομική άποψη, (γ) η αξία των συμπληρωματικών έργων/ υπηρεσιών/ αγαθών να μην υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης, (δ) οι διαδοχικές τροποποιήσεις να μην αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του Ν 4412/2016 ή του Ν 4413/2016 και (ε) η αναθέτουσα αρχή να γνωστοποιεί κάθε τροποποίηση της αρχικής σύμβασης που αφορά συμπληρωματικά έργα/υπηρεσίες/αγαθά στην επίσημη εφημερίδα της Ε.Ε.

(iii) απρόβλεπτες περιστάσεις, οι οποίες ενσκήπτουν κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης και καθιστούν επιβεβλημένη την τροποποίησή της κατ' εφαρμογή του άρθρου 132 παρ. 1 περ. γ' του Ν 4412/2016. Προκειμένου οι εν λόγω περιστάσεις να στοιχειοθετούν επιτρεπτή τροποποίηση της αρχικής σύμβασης θα πρέπει να πληρούνται οι ακόλουθες προϋποθέσεις: (α) η ανάγκη τροποποίησης θα πρέπει να οφείλεται σε περιστάσεις, τις οποίες δεν μπορούσε να προβλέψει μία επιμελής αναθέτουσα αρχή κατά τον σχεδιασμό της διαδικασίας, ώστε να τις συμπεριλάβει στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης, (β) να μην μεταβάλλεται η συνολική φύση της σύμβασης (π.χ. από σύμβαση προμηθειών σε σύμβαση υπηρεσιών), (γ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής να μην υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης, (δ) οι διαδοχικές τροποποιήσεις να μην αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του Ν 4412/2016 ή του Ν 4413/2016 και (ε) η αναθέτουσα αρχή να γνωστοποιεί κάθε τροποποίηση της αρχικής σύμβασης που οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις στην επίσημη εφημερίδα της Ε.Ε.

(iv) η υποκατάσταση του αναδόχου της αρχικής σύμβασης από άλλο πρόσωπο κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της. Στο σημείο αυτό να σημειώσουμε ότι καταρχάς η υποκατάσταση του αναδόχου αποτελεί κατάσταση μη επιτρεπτή για το δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων, καθώς η αναθέτουσα αρχή πρόσβλε-

1. Βλ. αναλυτικά στην Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/9-6-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)

ψε σε συγκεκριμένο πρόσωπο, την προσφορά του οποίου αξιολόγησε ως την καταλληλότερη για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης. Ωστόσο ο ανωτέρω κανόνας κάμπτεται επιτρέποντας την υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου από άλλο πρόσωπο σε ορισμένες περιπτώσεις που προβλέπονται ρητά στον νόμο και οι οποίες είναι οι ακόλουθες: (α) υποκατάσταση που οφείλεται σε ρητή ρήτρα αναθεώρησης ή δικαίωμα προαίρεσης, (β) ολική ή μερική διαδοχή του αναδόχου λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, ήτοι εξαγοράς, συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπρωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών (πτώχευση, πτωχευτικός συμβιβασμός, διαδικασία εξυγίανσης, σχέδιο αναδιοργάνωσης), από άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος πρέπει να πληροί τα κριτήρια ποιότητας επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά στη σύμβαση και η εν λόγω διαδοχή να μην συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης, ούτε να αποσκοπεί στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του Ν 4412/2016 ή 4413/2016 και (γ) υποκατάσταση του αναδόχου της αρχικής σύμβασης στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις του τελευταίου έναντι των υπεργολάβων που χρησιμοποιεί για την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης.

(ν) μη ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης, όπως ρητά αναφέρεται στη διάταξη της περ. ε της παρ. 1 του άρθρου 132 του Ν 4412/2016. Ως μη ουσιώδης τροποποίηση της σύμβασης νοείται κάθε άλλη περίπτωση τροποποίησης αυτής, η οποία δεν είναι ουσιώδης, όπως η έννοια «της ουσιώδους τροποποίησης» θα αναλυθεί παρακάτω.

(vi) «ήσσονος αξίας» ή «de minimis» τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 132 του Ν 4412/2016. Οι προϋποθέσεις που θα πρέπει να πληρούνται αθροιστικά, προκειμένου να ισχύει ο κανόνας των «de minimis» τροποποιήσεων είναι σωρευτικά οι ακόλουθες: (α) η αξία της τροποποίησης να είναι κατώτερη των ορίων εφαρμογής των Οδηγιών, όπως έχουν μεταφερθεί στην εθνική νομοθεσία και ειδικότερα:

- στο άρθρο 5 του Ν 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις του Βιβλίου Ι
- στο άρθρο 235 του Ν 4412/2016 για τις συμβάσεις του Βιβλίου ΙΙ και
- στο άρθρο 1 παρ. 2 περ. α του Ν 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών,

(β) η αξία της τροποποίησης (συμπεριλαμβανομένης της σωρευτικής αξίας όλων των τυχόν επακόλουθων τροποποιήσεων) να μην υπερβαίνει:

- το 10% της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών του Βιβλίου Ι και για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών του Βιβλίου ΙΙ του Ν 4412/2016,
- το 15% της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις δημόσιες συμβάσεις έργων του Βιβλίου Ι και για τις συμβάσεις έργων του Βιβλίου ΙΙ του Ν 4412/2016,
- το 10% της αξίας της αρχικής σύμβασης παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών του Ν 4413/2016,
- (γ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης (π.χ. από σύμβαση προμηθειών σε σύμβαση υπηρεσιών

ή έργων, από δημόσια σύμβαση έργων σε σύμβαση παραχώρησης έργων ή από σύμβαση προμηθειών [x] είδους σε [ψ] είδος).

Αφήσαμε για το τέλος την ανάλυση της ουσιώδους τροποποίησης της σύμβασης, η οποία καθιστά επιβεβλημένη την εκκίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Η κρίση περί του ουσιώδους ή μη χαρακτήρα των τροποποιήσεων προϋποθέτει την εκτίμηση των ιδιαίτερων περιστάσεων κάθε περίπτωσης, στις οποίες συγκαταλέγονται μεταξύ άλλων, η φύση και η διάρκεια της σύμβασης, η έκταση του τεχνικού αντικείμενου, η πολυπλοκότητα των σχέσεων που έχουν ήδη δημιουργηθεί μεταξύ των μερών καθώς και η τυχόν πρόβλεψη στη σύμβαση δυνατότητας αναδιαπραγμάτευσης σε περίπτωσης απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών υπό τις οποίες αυτή συνήφθη.

Σύμφωνα λοιπόν με τη διάταξη του άρθρου 132 παρ. 4 του Ν 4412/2016, η τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης, εφόσον καθιστά τη σύμβαση, ουσιωδώς διαφορετική ως προς τον χαρακτήρα από την αρχικώς συναφθείσα, καθώς σε αυτήν την περίπτωση συνιστά κατάρτιση νέας σύμβασης. Ειδικότερα, μία τροποποίηση της σύμβασης θεωρείται ουσιώδης όταν συντρέχει έστω και μία από τις παρακάτω περιπτώσεις:

(α) Η τροποποίηση εισάγει όρους (π.χ. τον χρόνο παράδοσης, τις υποχρεώσεις του αναδόχου), 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, δηλαδή όρους που συνεπάγονται μεταβολή των κριτηρίων επιλογής του αναδόχου.

(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, δηλαδή όταν η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να καταβάλει υψηλότερη αμοιβή για τις συμφωνηθείσες εργασίες ή αντίστροφα, αποδέχεται εργασίες/αγαθά μειωμένης (σε σχέση με τη συμφωνημένη) ποιότητας ή διαφορετικής φύσης, εφόσον πάντοτε τούτο δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση.

(γ) Η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο, καθώς η επέκταση του αντικείμενου της σύμβασης - με την επιφύλαξη των επιτρεπών τροποποιήσεων που αφορούν σε συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά - αν ήταν εκ των προτέρων γνωστή, θα μπορούσε να έχει οδηγήσει στη συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης και άλλων διαγωνιζομένων, πλην εκείνων που έγιναν ήδη δεκτοί. Τέτοιες περιπτώσεις συντρέχουν όταν με όρους μεταγενέστερους της αρχικής σύμβασης, ανατίθενται στον ανάδοχο πρόσθετες υπηρεσίες, έργα ή προμήθειες, οι οποίες δεν είχαν προβλεφθεί στην αρχική σύμβαση και με τις οποίες επεκτείνεται σε σημαντικό βαθμό το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης.

(δ) Όταν νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο είχε ανατεθεί αρχικώς η σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις επιτρεπτές περιπτώσεις υποκατάστασης.