



Συλλογή της Νομολογίας

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (όγδοο τμήμα)

της 7ης Σεπτεμβρίου 2016*

«Προδικαστική παραπομπή — Δημόσιες συμβάσεις — Οδηγία 2004/18/ΕΚ — Άρθρο 2 — Αρχή της ίσης μεταχείρισεως — Υποχρέωση διαφάνειας — Σύμβαση σχετική με την παράδοση σύνθετου συστήματος επικοινωνίας — Δυσχέρειες κατά την εκτέλεση — Διαφωνία των συμβαλλομένων μερών ως προς την ευθύνη — Εξωδικαστικός διακανονισμός — Περιορισμός του εύρους της συμβάσεως — Μετατροπή εκμισθώσεως υλικού σε πώληση — Ουσιώδης τροποποίηση συμβάσεως — Δικαιολόγηση ως εκ του αντικειμενικού σκοπού επιτεύξεως φιλικού διακανονισμού»

Στην υπόθεση C-549/14,

με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, την οποία υπέβαλε το Højesteret (Ανώτατο Δικαστήριο, Δανία) με απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2014, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 2 Δεκεμβρίου 2014, στο πλαίσιο της δίκης

Finn Frogne A/S

κατά

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (όγδοο τμήμα),

συγκείμενο από τους D. Šnáby (εισηγητή), πρόεδρο τμήματος, J. Malenovský και M. Βηλαρά, δικαστές,

γενική εισαγγελέας: E. Sharpston

γραμματέας: A. Calot Escobar

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- η Finn Frogne A/S, εκπροσωπούμενη από τους K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen και S. Stenderup Jensen, advokater, καθώς και από τον J. Grayston, solicitor,
- η Δανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον C. Thorning, επικουρούμενο από τον P. Hedegaard Madsen, advokat,
- η Ιταλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την G. Palmieri, επικουρούμενη από τον P. Grasso, avvocato dello Stato,
- η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,

* Γλώσσα διαδικασίας: η δανική.

— η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από την L. Grønfeldt και τον A. Tokár,

κατόπιν της αποφάσεως που έλαβε, αφού άκουσε τη γενική εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114, και, διορθωτικό, ΕΕ 2004, L 351, σ. 44).
- 2 Η ως άνω αίτηση υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ της Finn Frogne A/S (στο εξής: Frogne) και του Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (Κέντρο επικοινωνίας εκτάκτου ανάγκης της δανικής αστυνομίας, Δανία) (στο εξής: Κέντρο), σχετικά με τη νομιμότητα συμφωνίας διακανονισμού μεταξύ του Κέντρου, ως αναθέτουσας αρχής, και της Terma A/S, ως αναδόχου δημόσιας συμβάσεως, στο πλαίσιο της εκτελέσεως της εν λόγω συμβάσεως.

Το νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

- 3 Κατά την αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2004/18:

«Η ανάθεση των συμβάσεων που συνάπτονται στα κράτη μέλη για λογαριασμό του κράτους, των αρχών τοπικής αυτοδιοίκησης ή περιφερειακής διοίκησης και άλλων οργανισμών δημοσίου δικαίου, υπόκειται στην τήρηση των αρχών της συνθήκης, ιδίως στην αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, στην αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και στις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας. Εντούτοις, για δημόσιες συμβάσεις που υπερβαίνουν κάποια αξία, είναι σκόπιμο να εκπονούνται διατάξεις κοινοτικού συντονισμού των εθνικών διαδικασιών για τη σύναψη αυτών των συμβάσεων, οι οποίες να βασίζονται σε αυτές τις αρχές προκειμένου να διασφαλίζουν τα αποτελέσματά τους και να εγγυώνται το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Συνεπώς, αυτές οι διατάξεις συντονισμού θα πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με τους κανόνες και τις αρχές που αναφέρονται ανωτέρω καθώς και σύμφωνα με τους άλλους κανόνες της Συνθήκης.»

- 4 Το άρθρο 2 της οδηγίας αυτής, με τίτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», προβλέπει τα εξής:

«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια.»

- 5 Το άρθρο 28 της ως άνω οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Για τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεών τους, οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν τις εθνικές διαδικασίες, αναπροσαρμοσμένες για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας.»

Οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στην ανοικτή διαδικασία ή στην κλειστή διαδικασία. [...] Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητά στα άρθρα 30 και 31, μπορούν να προσφεύγουν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.»

6 Το άρθρο 31 της ίδιας οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

1) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών:

[...]

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις ενδιαφερόμενες αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού που αναφέρονται στο άρθρο 30. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για να δικαιολογήσουν τον επείγοντα αυτό χαρακτήρα δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη·

[...]

4) στην περίπτωση των δημόσιων συμβάσεων έργων και υπηρεσιών:

α) για τα συμπληρωματικά έργα ή υπηρεσίες που δεν περιλαμβάνονταν στην αρχικώς κατακυρωθείσα μελέτη ούτε στην αρχική σύμβαση και τα οποία, λόγω μη προβλέψιμων περιστάσεων, κατέστησαν αναγκαία για την εκτέλεση των εργασιών ή της υπηρεσίας, όπως περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση γίνεται στον οικονομικό φορέα που εκτελεί τις υπηρεσίες αυτές ή την υπηρεσία αυτή:

— όταν αυτά τα συμπληρωματικά έργα ή υπηρεσίες δεν μπορούν, από τεχνική ή οικονομική άποψη, να διαχωρισθούν από την αρχική σύμβαση χωρίς να δημιουργηθούν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές,

ή

— όταν αυτά τα έργα ή υπηρεσίες, μολονότι μπορούν να διαχωρισθούν από την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης, είναι απόλυτα αναγκαία για την ολοκλήρωσή της.

Ωστόσο, το σωρευτικό ποσό των συναπτόμενων συμβάσεων συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών δεν πρέπει να υπερβαίνει το 50 % του ποσού της αρχικής σύμβασης.

[...]

7 Το άρθρο 2δ της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων

έργων (ΕΕ 1989, L 395, σ. 33), όπως έχει τροποποιηθεί με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31, στο εξής: οδηγία 89/665), με τίτλο «Ανενεργό της σύμβασης», προβλέπει τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε μια σύμβαση να κηρύσσεται ανενεργή από όργανο προσφυγής ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή ή το ανενεργό της να προκύπτει από απόφαση του εν λόγω ανεξάρτητου οργάνου σε οιαδήποτε από τις εξής περιπτώσεις:

α) εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, χωρίς αυτό να επιτρέπεται σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/ΕΚ·

[...]

4. Τα κράτη μέλη προβλέπουν ότι η παράγραφος 1, στοιχείο α', του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζεται εφόσον:

— η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι η ανάθεση συμβάσεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* είναι επιτρεπτή σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/ΕΚ,

— η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκήρυξη όπως προβλέπει το άρθρο 3α της παρούσας οδηγίας, με την οποία εκφράζει την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση, και

— η σύμβαση δεν έχει συναφθεί πριν από τη λήξη προθεσμίας τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της δημοσίευσης της προκήρυξης αυτής.

[...]»

Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα

- 8 Κατά το έτος 2007, το Δανικό Δημόσιο προκήρυξε διαγωνισμό για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως, υπό τη μορφή ανταγωνιστικού διαλόγου, για την προμήθεια ολοκληρωμένου συστήματος επικοινωνίας για το σύνολο των υπηρεσιών εκτάκτου ανάγκης και τη μακροχρόνια συντήρηση του εν λόγω συστήματος. Μεταγενέστερα, το Κέντρο ορίστηκε ως αρμόδια αναθέτουσα δημόσια αρχή για την εν λόγω δημόσια σύμβαση.
- 9 Η ανωτέρω σύμβαση ανατέθηκε στην Terma. Η αξία της συμβάσεως η οποία συνήφθη με την εν λόγω εταιρία στις 4 Φεβρουαρίου 2008 ανερχόταν σε 527 εκατομμύρια δανικές κορώνες (DKK) (περίπου 70 629 800 ευρώ), εκ των οποίων οι 299 854 699 DKK (περίπου 40 187 000 ευρώ) αντιστοιχούσαν στις ελάχιστες προδιαγραφές οι οποίες περιγράφονταν στο τεύχος δημοπρατήσεως, ενώ το υπόλοιπο ποσό αφορούσε επιλογές και παροχές των οποίων η εκτέλεση δεν θα ζητείτο απαραίτητα.
- 10 Κατά την εκτέλεση της ως άνω συμβάσεως, ανέκυψαν δυσχέρειες όσον αφορά τις προθεσμίες παραδόσεως, το δε Κέντρο και η Terma αρνούνταν αμφότεροι την ευθύνη σχετικά με την αδυναμία εκτελέσεως της συμβάσεως ως είχε.
- 11 Κατόπιν διαπραγματεύσεων, τα συμβαλλόμενα μέρη κατέληξαν σε εξωδικαστικό διακανονισμό, βάσει του οποίου η σύμβαση θα περιοριζόταν στην προμήθεια συστήματος ασύρματης επικοινωνίας για τα περιφερειακά αστυνομικά σώματα, αξίας περίπου 35 000 000 DKK (περίπου 4 690 000 ευρώ), ενώ το Κέντρο θα αποκτούσε δύο κέντρα διακομιστών, αξίας περίπου 50 000 000 DKK (περίπου 6 700 000 ευρώ), τα οποία είχε προμηθευτεί η ίδια η Terma για να τα εκμισθώσει στο Κέντρο, προς

εκτέλεση της αρχικής συμβάσεως. Στο πλαίσιο του ως άνω διακανονισμού, κάθε συμβαλλόμενο μέρος προτίθετο να παραιτηθεί κάθε απορρέοντος από την αρχική σύμβαση δικαιώματός του, πλην εκείνων που απέρρεαν από τον διακανονισμό.

- 12 Πριν τη σύναψη της συμφωνίας, το Κέντρο δημοσίευσε, στις 19 Οκτωβρίου 2010, στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια της συμφωνίας διακανονισμού που επρόκειτο να συνάψει με την Terma, σύμφωνα με το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665.
- 13 Η Frogne, η οποία δεν είχε υποβάλει αίτηση προεπιλογής προκειμένου να λάβει μέρος στον διαγωνισμό για την ανάθεση της αρχικής συμβάσεως, άσκησε προσφυγή ενώπιον του Klagenævnet for Udbud (επιτροπή προσφυγών για τις δημόσιες συμβάσεις, Δανία) (στο εξής: επιτροπή προσφυγών). Πριν αποφανθεί επί της ουσίας, η εν λόγω επιτροπή αρνήθηκε, με την από 10 Δεκεμβρίου 2010 απόφαση, να προσδώσει ανασταλτικό αποτέλεσμα στην προαναφερθείσα προσφυγή.
- 14 Η ως άνω συμφωνία διακανονισμού συνήφθη στις 17 Δεκεμβρίου 2010.
- 15 Με την από 3 Νοεμβρίου 2011 απόφαση, η προσφυγή της Frogne ενώπιον της επιτροπής προσφυγών απορρίφθηκε.
- 16 Η ένδικη προσφυγή την οποία άσκησε η Frogne κατόπιν της αποφάσεως αυτής απορρίφθηκε επίσης, με απόφαση του Østre Landsret (εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία) της 20ής Δεκεμβρίου 2013.
- 17 Κατ' αρχάς, το ως άνω δικαστήριο έκρινε ότι η τροποποίηση της αρχικής συμβάσεως που επήλθε με τη συμφωνία μεταξύ του Κέντρου και της Terma συνιστούσε, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, ουσιώδη τροποποίηση αυτής.
- 18 Στη συνέχεια, το ίδιο δικαστήριο έκρινε ωστόσο, αφενός, ότι η εν λόγω συμφωνία δεν ήταν προϊόν της βουλήσεως της Terma και του Κέντρου να επαναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της αρχικής συμβάσεως προκειμένου να βελτιστοποιήσουν τη μεταγενέστερη συνεργασία τους υπό ουσιωδώς τροποποιημένους όρους, αλλά αποτέλεσε εναλλακτικό τρόπο διευθέτησεως της διαφοράς που ανέκυψε μεταξύ των συμβαλλομένων, υποκαθιστώντας την καταγγελία της ως άνω συμβάσεως υπό συνθήκες κατά τις οποίες η εκτέλεσή της φαινόταν αδύνατη, διευθέτηση στο πλαίσιο της οποίας κάθε συμβαλλόμενο μέρος δέχθηκε να προβεί σε σημαντικές υποχωρήσεις προκειμένου να εξευρεθεί κοινώς αποδεκτή λύση, μικρότερης φυσικά εκτάσεως σε σχέση με την αρχική σύμβαση, η οποία όμως καθιστούσε δυνατόν να αποφευχθεί ο κίνδυνος ενδεχομένως δυσανάλογων ζημιών. Αφετέρου, από κανένα στοιχείο δεν μπορεί να συναχθεί ότι η πρόθεση του Κέντρου ή της Terma ήταν να καταστρατηγήσουν τους κανόνες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων.
- 19 Υπό τις ανωτέρω συνθήκες, το Østre Landsret (εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία) έκρινε ότι οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας δεν αντιτίθενται στη σύναψη του εν λόγω διακανονισμού, στο μέτρο που υφίσταται στενός σύνδεσμος μεταξύ της αρχικής συμβάσεως και των παροχών που προβλέπονται στο πλαίσιο του διακανονισμού. Έκρινε, πάντως, ότι τούτο ισχύει μόνον όσον αφορά την προμήθεια συστήματος ασύρματης επικοινωνίας για τα περιφερειακά αστυνομικά σώματα, και όχι την πώληση των δύο κεντρικών διακομιστών. Εξετάζοντας το τελευταίο ως άνω στοιχείο, το εν λόγω δικαστήριο έκρινε ότι η απόφαση του Κέντρου να προβεί στην επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης συμφωνία διακανονισμού και στη σύναψή της προσέκρουε στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και στην υποχρέωση διαφάνειας. Κρίθηκε επίσης ότι επί της νομιμότητας της συνάψεως της συμφωνίας δεν ασκεί επιρροή το γεγονός ότι λόγω της συνάψεως της ως άνω συμφωνίας η αναθέτουσα αρχή απέφυγε τους κινδύνους που ενέχει μια αντιδικία.
- 20 Εντούτοις, το Østre Landsret (εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία), έκρινε ότι δεν ήταν προδήλως εσφαλμένη η εκτίμηση στην οποία προέβη το Κέντρο, κατά την οποία η συναφθείσα με την Terma συμφωνία διακανονισμού επιτρεπόταν χωρίς την εκ των προτέρων δημοσίευση προκηρύξεως

διαγωνισμού σύμφωνα με τους κανόνες της Ένωσης περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Λαμβάνοντας υπόψη την προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια την οποία η αναθέτουσα αρχή είχε δημοσιεύσει στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* σχετικά με τη σχεδιαζόμενη σύναψη της συμφωνίας, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, και το γεγονός ότι, πριν προχωρήσει στη σύναψη, η αναθέτουσα αρχή είχε αναμείνει όχι μόνο την παρέλευση της προθεσμίας των δέκα ημερών που προβλέπει η εν λόγω διάταξη, αλλά και την έκδοση της αποφάσεως της επιτροπής προσφυγών επί του ενδεχόμενου ανασταλτικού αποτελέσματος της προσφυγής που είχε ασκήσει ενώπιον αυτής η Frogne, το ως άνω δικαστήριο έκρινε ότι η επίμαχη συμφωνία δεν μπορούσε να κηρυχθεί άκυρη, με αποτέλεσμα η ασκηθείσα ενώπιόν του ένδικη προσφυγή να είναι απορριπτέα ως στερούμενη αντικειμένου.

- 21 Η Frogne προσέφυγε στο Højesteret (Ανώτατο Δικαστήριο, Δανία), υποστηρίζοντας ότι το ζήτημα εάν για δημόσια σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί στο πλαίσιο εξωδικαστικού διακανονισμού ο οποίος αφορά αρχική δημόσια σύμβαση πρέπει να διεξαχθεί διαδικασία αναθέσεως συναρτάται αποκλειστικώς προς τον ουσιώδη ή μη χαρακτήρα της επελθούσας τροποποίησης της αρχικής συμβάσεως. Εν προκειμένω, η τροποποίηση είναι, κατά την αναιρεσείουσα, ουσιώδης, τόσο σε σχέση με το αντικείμενο της συμβάσεως όπως αυτό τροποποιήθηκε, όσο και σε σχέση με τη σημαντικώς απομειωθείσα αξία της, δεδομένου ότι η τροποποιηθείσα σύμβαση θα μπορούσε να είχε κινήσει το ενδιαφέρον μικρότερων επιχειρήσεων. Εξάλλου, δεν μπορεί να γίνει επίκληση οικονομικών λόγων, πέραν της προστασίας της καταστάσεως του αναδόχου της συμβάσεως, για τη δικαιολόγηση παραβιάσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της υποχρέωσως διαφάνειας.
- 22 Το Κέντρο εξετάζει τις δύο πτυχές της συμφωνίας διακανονισμού. Αφενός, όσον αφορά τον περιορισμό της συμβάσεως στην προμήθεια συστήματος ασύρματης επικοινωνίας μόνον για τα περιφερειακά αστυνομικά σώματα, το Κέντρο υπογραμμίζει τη σημασία του στοιχείου ότι η τροποποίηση συνίστατο σε σημαντική μείωση των παροχών, περίπτωση η οποία δεν διέπεται από το δίκαιο της Ένωσης. Αφετέρου, όσον αφορά την απόκτηση των κέντρων διακομιστών, των οποίων προβλεπόταν μόνο η μίσθωση στο πλαίσιο της αρχικής συμβάσεως, το Κέντρο εκτιμά, κατ' ουσίαν, ότι η απόκτηση κυριότητας επ' αυτών, αντί της μισθώσεώς τους, δεν συνιστά ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως αυτής.
- 23 Γενικότερα, το Κέντρο εκτιμά ότι, οσάκις ανακύπτουν δυσχέρειες κατά την εκτέλεση της συμβάσεως -γεγονός καθόλου ασύνηθες σε ορισμένα είδη συμβάσεως, όπως οι συμβάσεις αναπτύξεως συστημάτων τεχνολογίας-, πρέπει να γίνεται δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως, προκειμένου να μπορέσει να εξευρεθεί εύλογη λύση. Σε αντίθετη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή θα υποχρεούτο να μην κάνει δεκτές εύλογες αναπροσαρμογές, ήτοι να καταγγείλει τη σύμβαση, με τους κινδύνους και τις ζημίες που αυτό συνεπάγεται. Η ερμηνεία της οδηγίας 2004/18 κατά τρόπο ώστε σε τέτοιες περιπτώσεις να είναι επιβεβλημένη η προσφυγή σε νέα διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως θα ισοδυναμούσε, στην πράξη, με παρεμπόδιση της συνάψεως συμφωνίας διακανονισμού, γεγονός που θα συνιστούσε μη επιτρεπόμενη από τις Συνθήκες επέμβαση στο δίκαιο των συμβάσεων.
- 24 Το Højesteret (Ανώτατο Δικαστήριο) διερωτάται ως προς το εννοιολογικό περιεχόμενο του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18, ιδίως δε ως προς το εάν η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας συνεπάγονται ότι μια αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να επιδιώξει τη σύναψη συμφωνίας διακανονισμού για την επίλυση δυσχερειών οι οποίες ανέκυψαν κατά την εκτέλεση δημοσίας συμβάσεως, χωρίς να γεννάται αυτοδικαίως η υποχρέωση προκηρύξεως νέου διαγωνισμού αναφορικά με τους όρους αυτής της συμφωνίας.
- 25 Κατά το αιτούν δικαστήριο, το νέο στοιχείο σε σχέση με τις περιπτώσεις που είχε εξετάσει παλαιότερα το Δικαστήριο έγκειται στις ως άνω δυσχέρειες εκτελέσεως, των οποίων ο καταλογισμός στο ένα ή στο άλλο συμβαλλόμενο μέρος ερίζεται, και, τελικώς, το κρίσιμο ερώτημα είναι εάν υφίσταται η δυνατότητα να συναφθεί συμφωνία διακανονισμού για να τεθεί τέλος σε αυτές χωρίς την προκήρυξη νέου διαγωνισμού.

- 26 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Højesteret (Ανώτατο Δικαστήριο) ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Έχει το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, υπό το πρίσμα των αποφάσεων του Δικαστηρίου της 19ης Ιουνίου 2008 στην υπόθεση *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) και της 13ης Απριλίου 2010 στην υπόθεση *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182), την έννοια ότι η συμφωνία διακανονισμού με την οποία επέρχονται περιορισμοί και τροποποιήσεις των παροχών που είχαν αρχικώς συμφωνηθεί μεταξύ των συμβαλλομένων μερών δυνάμει συμβάσεως η οποία συνήφθη κατόπιν διαγωνισμού, καθώς και η αμοιβαία συμφωνία παραιτήσεως από μέσα έννομης προστασίας κατά μη εκπληρώσεως προκειμένου να αποφευχθεί επακόλουθη ένδικη διαδικασία, συνιστά σύμβαση για τη σύναψη της οποίας απαιτείται η προκήρυξη διαγωνισμού, στην περίπτωση που η εκτέλεση της αρχικής συμβάσεως δεν εξελίχθηκε ομαλώς;»

Επί του προδικαστικού ερωτήματος

- 27 Με το ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί εάν το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 έχει την έννοια ότι, κατόπιν της αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, δεν μπορεί να γίνει ουσιώδης τροποποίησή της χωρίς την κίνηση νέας διαδικασίας αναθέσεως συμβάσεως, ακόμα και αν η εν λόγω τροποποίηση συνιστά αντικειμενικώς τρόπο εξωδικαστικού διακανονισμού, ο οποίος περιλαμβάνει αμοιβαίες παραιτήσεις από μέρους αμφοτέρων των συμβαλλομένων μερών, προκειμένου να δοθεί τέλος σε διαφορά της οποίας η έκβαση είναι αβέβαιη και η οποία ανέκυψε λόγω των δυσχερειών εκτελέσεως της συμβάσεως.
- 28 Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας η οποία απορρέει από αυτήν αντιτίθενται στο να επιφέρουν η αναθέτουσα αρχή και ο ανάδοχος δημοσίας συμβάσεως, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, τροποποιήσεις στις διατάξεις της σε τέτοιο βαθμό, ώστε οι τελευταίες να καθίστανται ουσιωδώς διαφορετικές από εκείνες της αρχικής συμβάσεως. Τούτο ισχύει εάν οι σκοπούμενες τροποποιήσεις έχουν ως αποτέλεσμα είτε να διευρύνουν το αντικείμενο της συμβάσεως σε σημαντικό βαθμό, σε στοιχεία που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί, είτε να μεταβάλουν την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του αναδόχου της συμβάσεως, ή, επίσης, εάν οι τροποποιήσεις αυτές είναι ικανές να θέσουν εν αμφιβόλω την ανάθεση της συμβάσεως, υπό την έννοια ότι, στην περίπτωση που οι ως άνω τροποποιήσεις είχαν γίνει στα έγγραφα τα οποία διέπουν τη διαδικασία της συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, είτε θα είχε γίνει δεκτή άλλη προσφορά, είτε θα είχε γίνει δεκτή η συμμετοχή στη διαδικασία και άλλων διαγωνιζομένων (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, ιδίως απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψεις 34 έως 37).
- 29 Όσον αφορά την τελευταία ως άνω περίπτωση, πρέπει να επισημανθεί ότι συνεπεία της τροποποίησης των στοιχείων συμβάσεως συνιστάμενης στη μείωση της αξίας του αντικειμένου της, αυτή μπορεί να καθίσταται προσιτή σε μεγαλύτερο αριθμό οικονομικών φορέων. Πράγματι, καθόσον η αρχική αξία της συμβάσεως αυτής ήταν τέτοια που ορισμένες μόνον επιχειρήσεις ήταν σε θέση να θέσουν υποψηφιότητα ή να υποβάλουν προσφορά, η μείωση της αξίας της εν λόγω συμβάσεως είναι ικανή να την καταστήσει ενδιαφέρουσα και για μικρότερου μεγέθους οικονομικούς φορείς. Εξάλλου, δεδομένου ότι τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων που απαιτούνται για συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει, κατά το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18, να συνδέονται προς το αντικείμενο της συμβάσεως και να είναι ανάλογα αυτού, περιορισμός του αντικειμένου της συμβάσεως είναι ικανός να επιφέρει αναλογική μείωση των απαιτούμενων ικανοτήτων των υποψηφίων ή των διαγωνιζομένων.
- 30 Καταρχήν, ουσιώδης τροποποίηση δημοσίας συμβάσεως κατόπιν της αναθέσεώς της δεν μπορεί να γίνει από την αναθέτουσα αρχή και τον ανάδοχο βάσει κοινής συμφωνίας, αλλά πρέπει να οδηγεί σε νέα διαδικασία αναθέσεως αφορώσα την τροποποιηθείσα σύμβαση (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 13ης Απριλίου 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, σκέψη 42). Τούτο δεν θα ίσχυε μόνο στην

περίπτωση που η ως άνω τροποποίηση είχε προβλεφθεί στους όρους της αρχικής συμβάσεως (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψεις 37, 40, 60, 68 και 69).

- 31 Εντούτοις, από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, κατά την ανάλυση του *Østre Landsret* (εφετείο ανατολικής περιφέρειας, Δανία), στην οποία παραπέμπει το *Højesteret* (Ανώτατο Δικαστήριο), η ιδιαιτερότητα της επίμαχης στην υπόθεση της κύριας δίκης καταστάσεως έγκειται στο γεγονός ότι η τροποποίηση της συμβάσεως, η οποία χαρακτηρίζεται ουσιώδης, δεν ήταν απόρροια της βουλήσεως των συμβαλλομένων μερών να επαναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της αρχικής συμβάσεως, κατά τη νομολογία του ως Ανωτάτου δικαστηρίου, αλλά αντικειμενικών δυσχερειών, και των απροσδόκητων συνεπειών που επήλθαν κατά την εκτέλεση της εν λόγω συμβάσεως, δυσχέρειες των οποίων τον απρόβλεπτο χαρακτήρα υπογράμμισαν επίσης ορισμένοι εκ των ενδιαφερομένων οι οποίοι υπέβαλαν παρατηρήσεις ενώπιον του Δικαστηρίου, οσάκις πρόκειται για σύνθετες συμβάσεις, όπως εν προκειμένω οι συμβάσεις που αφορούν την ανάπτυξη συστημάτων πληροφορικής.
- 32 Διαπιστώνεται όμως ότι ούτε το γεγονός ότι η ουσιώδης τροποποίηση των όρων δημοσίας συμβάσεως αιτιολογείται όχι από τη εκπεφρασμένη βούληση της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου να επαναδιαπραγματευθούν τους όρους της συμβάσεως αυτής, αλλά από τη βούλησή τους να καταλήξουν σε εξωδικαστικό διακανονισμό σχετικά με δυσχέρειες που ανέκυψαν στο πλαίσιο της εκτελέσεως της ως άνω συμβάσεως, ούτε ο αντικειμενικός απρόβλεπτος χαρακτήρας ορισμένων έργων μπορούν να δικαιολογήσουν την απόφαση περί τροποποιήσεως χωρίς τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως της οποίας πρέπει να τυγχάνουν όλοι οι δυνητικώς ενδιαφερόμενοι για ορισμένη δημόσια σύμβαση οικονομικοί φορείς.
- 33 Πρώτον, όσον αφορά τους λόγους για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή και ο ανάδοχος μπορεί να οδηγηθούν στην εξέταση ουσιώδους τροποποιήσεως συμβάσεως συνεπαγομένης την κίνηση νέας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, επισημαίνεται, αφενός, ότι η αναφορά στην εκπεφρασμένη βούληση των συμβαλλομένων μερών να επαναδιαπραγματευθούν τους όρους της συμβάσεως αυτής δεν αποτελεί καθοριστικό στοιχείο. Αληθεύει, βεβαίως, ότι γίνεται αναφορά σε τέτοια πρόθεση στη σκέψη 44 της αποφάσεως της 5ης Οκτωβρίου 2000, Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-337/98, EU:C:2000:543), την πρώτη απόφαση στην οποία το Δικαστήριο εξέτασε την οικεία προβληματική. Εντούτοις, από τις σκέψεις 42 έως 44 της αποφάσεως αυτής προκύπτει ότι η εν λόγω διατύπωση υπαγορεύθηκε από τις περιστάσεις του συγκεκριμένου πραγματικού πλαισίου της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η ως άνω απόφαση. Αντιθέτως, ο χαρακτηρισμός ορισμένης τροποποιήσεως ως ουσιώδους πρέπει να αναλύεται αντικειμενικώς, βάσει των κριτηρίων που υπομνήσθηκαν στη σκέψη 28 της παρούσας αποφάσεως.
- 34 Αφετέρου, από τη σκέψη 40 της αποφάσεως της 14ης Νοεμβρίου 2013, *Belgacom* (C-221/12, EU:C:2013:736), προκύπτει ότι δεν μπορούν να παραβλεφθούν οι απορρέουσες από τη ΣΛΕΕ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και η υποχρέωση διαφάνειας που αυτές συνεπάγονται, όταν εξετάζεται η ουσιώδης τροποποίηση συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών ή χορηγήσεως αποκλειστικού δικαιώματος προκειμένου να δοθεί εύλογη λύση ικανή να θέσει τέλος σε διαφορά μεταξύ των κρατικών οντοτήτων και οικονομικού φορέα, για λόγους ανεξάρτητους της βουλήσεώς τους, όσον αφορά το περιεχόμενο της συμβάσεως που τους δεσμεύει. Καθόσον οι αρχές αυτές και η υποχρέωση αυτή συνιστούν το θεμέλιο του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18, όπως προκύπτει από την εξέταση της αιτιολογικής σκέψεως 2 αυτής, το ίδιο ισχύει και στο πλαίσιο της εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.
- 35 Δεύτερον, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, πρέπει, βεβαίως, να υπομνησθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 31 της οδηγίας 2004/18, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις

μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας αυτής, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική. Οι επίμαχες στην υπόθεση της κύριας δίκης περιστάσεις δεν φαίνονται, όμως, να εμπίπτουν σε καμία από αυτές τις περιπτώσεις.

- 36 Εξάλλου, και μόνο το γεγονός ότι, λόγω του αντικειμένου τους, δύναται να θεωρηθεί ότι ορισμένες δημόσιες συμβάσεις έχουν απρόβλεπτο χαρακτήρα, καθιστά προβλέψιμο τον κίνδυνο να ανακύψουν δυσχέρειες κατά το στάδιο της εκτελέσεως. Κατά συνέπεια, για τέτοιου είδους σύμβαση, στην αναθέτουσα αρχή επαφίεται όχι μόνο να προσφύγει στις προσφορότερες διαδικασίες συνάψεως συμβάσεως, αλλά επίσης να προσδιορίσει ενδελεχώς το αντικείμενο της συμβάσεως αυτής. Επιπροσθέτως, όπως προκύπτει από τη σκέψη 30 της παρούσας αποφάσεως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να διατηρεί τη δυνατότητα να επιφέρει ορισμένες τροποποιήσεις, ακόμα και ουσιώδεις, στη σύμβαση, κατόπιν της αναθέσεώς της, εφόσον υπάρχει τέτοια πρόβλεψη στα έγγραφα που διέπουν τη διαδικασία αναθέσεως.
- 37 Πράγματι, καίτοι η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της υποχρεώσεως διαφάνειας πρέπει να διασφαλίζεται ακόμα και όσον αφορά τις ειδικές δημόσιες συμβάσεις, τούτο δεν αποκλείει τη συνεκτίμηση των ιδιαιτεροτήτων τους. Η εξισορρόπηση της ως άνω νομικής επιταγής και της συγκεκριμένης ως άνω ανάγκης διέρχεται, αφενός, από την αυστηρή τήρηση των όρων της συμβάσεως όπως αυτοί προσδιορίστηκαν στα έγγραφα της συμβάσεως έως την περάτωση της εκτελέσεως της συμβάσεως αυτής, αλλά, αφετέρου, και από τη δυνατότητα να προβλεφθεί ρητώς, στα εν λόγω έγγραφα, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσαρμόσει ορισμένους όρους, ακόμα και σημαντικούς, της συγκεκριμένης συμβάσεως κατόπιν της αναθέσεώς της. Προβλέποντας ρητώς αυτή τη δυνατότητα και καθορίζοντας τον τρόπο εφαρμογής της στα ως άνω έγγραφα, η αναθέτουσα αρχή διασφαλίζει ότι όλοι οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι ενδιαφέρονται να μετάσχουν στον διαγωνισμό τη γνωρίζουν εξαρχής και τελούν, κατ' αυτόν τον τρόπο, σε ισότητα κατά την υποβολή της προσφοράς τους (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψεις 112, 115, 117 και 118).
- 38 Αντιθέτως, ελλείψει τέτοιας προβλέψεως στα έγγραφα της συμβάσεως, η ανάγκη εφαρμογής, για συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, των ίδιων όρων στο σύνολο των οικονομικών φορέων επιτάσσει, σε περίπτωση ουσιώδους τροποποιήσεως αυτής, την κίνηση νέας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 127).
- 39 Τέλος, πρέπει να επισημανθεί ότι η ανωτέρω ανάλυση δεν προδικάζει τις πιθανές συνέπειες της προκηρύξεως για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια η οποία δημοσιεύτηκε στο πλαίσιο της επίμαχης στην υπόθεση της κύριας δίκης συμβάσεως.
- 40 Κατόπιν των ανωτέρω, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 έχει την έννοια ότι, κατόπιν της αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, δεν μπορεί να γίνει ουσιώδης τροποποίησή της χωρίς την κίνηση νέας διαδικασίας αναθέσεως συμβάσεως, ακόμα και αν η εν λόγω τροποποίηση συνιστά αντικειμενικώς τρόπο εξωδικαστικού διακανονισμού, ο οποίος περιλαμβάνει αμοιβαίες παραιτήσεις από μέρους αμφοτέρων των συμβαλλομένων, προκειμένου να δοθεί τέλος σε διαφορά της οποίας η έκβαση είναι αβέβαιη και η οποία ανέκυψε λόγω των δυσχερειών εκτελέσεως της συμβάσεως αυτής. Το αντίθετο θα ίσχυε εάν τα έγγραφα της ως άνω συμβάσεως προέβλεπαν τη δυνατότητα προσαρμογής ορισμένων, έστω και σημαντικών, όρων της κατόπιν της αναθέσεως και καθόριζαν τον τρόπο εφαρμογής της εν λόγω δυνατότητας.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 41 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπíπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σε αυτό απόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (όγδοο τμήμα) αποφαινεται:

Το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι, κατόπιν της αναθέσεως δημοσίας σύμβασης, δεν μπορεί να γίνει ουσιώδης τροποποίησή της χωρίς την κίνηση νέας διαδικασίας αναθέσεως σύμβασης, ακόμα και αν η εν λόγω τροποποίηση συνιστά αντικειμενικώς τρόπο εξωδικαστικού διακανονισμού, ο οποίος περιλαμβάνει αμοιβαίες παραιτήσεις από μέρους αμφοτέρων των συμβαλλομένων, προκειμένου να δοθεί τέλος σε διαφορά της οποίας η έκβαση είναι αβέβαιη και η οποία ανέκυψε λόγω των δυσχερειών εκτέλεσης της σύμβασης αυτής. Το αντίθετο θα ίσχυε εάν τα έγγραφα της ως άνω σύμβασης προέβλεπαν τη δυνατότητα προσαρμογής ορισμένων, έστω και σημαντικών, όρων της κατόπιν της αναθέσεως και καθόριζαν τον τρόπο εφαρμογής της εν λόγω δυνατότητας.

(υπογραφές)