

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 779/29.05.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την από 10.05.2023 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου (Θέμα 8/11) ,περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 25Δ΄ Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.322 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 24.05.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο υπερβαίνει κατά 722 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται σε ποσοστό

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι κατώτερο των 600€. Επομένως, επί του ποσού των 8.170,00€ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος Β («...») της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προσφυγή το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 600 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (722 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής του.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό Διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 264.563,90€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 10.03.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε δεκατρία Τμήματα (Α-Μ). Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 29.05.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 19.05.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό ο οικονομικός φορέας "... " έλαβε μέρος για το Τμήμα Β και για το είδος ΣΤ3. Με την απόφαση που ελήφθη κατά την από 17.10.2022 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου, ο οικονομικός φορέας "... " ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το Τμήμα Β του διαγωνισμού. Όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 25Δ Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προαναφερόμενου οικονομικού φορέα λαμβάνοντας υπόψιν τη γνωμοδότηση

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

της νομικής υπηρεσίας, αναφορικά με τη δυνατότητα κατακύρωσης των ειδών στα οποία είχε μειοδοτήσει η εταιρεία "...", μετά τη διάσπαση αυτής, στην νεοσυσταθείσα εταιρεία με την επωνυμία "...", σύμφωνα με την οποία δεν επιτρέπεται σε στάδιο που προηγείται της σύναψης σύμβασης η υποκατάσταση αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε, μεταξύ άλλων, το ως άνω Πρακτικό.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως καθολικός διάδοχος του οικονομικού φορέα "...", θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το σκέλος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

6. Επειδή, το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει ότι : « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/ υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά.[...]».

7. Επειδή, το άρθρο 132 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] δ) όταν ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή, συνεπεία: [...] ββ) ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπτωχευτικών ή

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

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 [...]».

Ως δε έχει κριθεί, ναι μεν η αντικατάσταση με νέο 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 δημόσιας σύμβασης, εκτός αν η αντικατάσταση αυτή προβλεπόταν από την αρχική σύμβαση, πλην μια εσωτερική αναδιοργάνωση του αντισυμβαλλομένου δεν τροποποιεί ουσιωδώς το περιεχόμενο της αρχικής σύμβασης (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C 454/2006, presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας). Ειδικότερα, κρίθηκε ότι δεν πρόκειται για σύναψη νέας (μη επιτρεπτής χωρίς να προηγηθεί νέα διαγωνιστική διαδικασία) σύμβασης περίπτωση εσωτερικής αναδιοργάνωσης του αρχικού αντισυμβαλλομένου, όταν η μεταφορά της επίμαχης δραστηριότητας παρουσιάζει ορισμένα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, από τα οποία προκύπτει ότι τέτοιου είδους τροποποίηση δεν συνιστά αλλαγή ουσιώδους ρήτρας της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 3ης Φεβρουαρίου 2022, C-461/20, Advania Sverige AB, Kammarkollegiet κατά Dustin Sverige AB). Περαιτέρω, κρίθηκε ότι δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, όταν οικονομικός φορέας - μέλος συμμετέχουσας ένωσης προσώπων υποκαθιστά τη συμμετέχουσα ένωση στη διαγωνιστική διαδικασία εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι ο οικονομικός αυτός φορέας πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις της διακήρυξης και, αφετέρου, ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσης των λοιπών προσφερόντων (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 24 Μαΐου 2016 υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S κατά Banedanmark).

8. Επειδή, το άρθρο 70 του ν. 4601/2019 ορίζει ότι : «1. Η διάσπαση συντελείται με μόνη την καταχώριση σύμφωνα με την υποπερίπτωση α` της περίπτωσης α` της παρ. 1 του άρθρου 16 του ν. 3419/2005, της σύμβασης διάσπασης, ως προς τις επωφελούμενες εταιρείες, ακόμα και πριν από τη διαγραφή από το Γ.Ε.ΜΗ. της διασπώμενης εταιρείας, εφόσον πρόκειται για

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

κοινή διάσπαση. 2. Από την ημερομηνία καταχώρισης στο Γ.Ε.ΜΗ. σύμφωνα με την παράγραφο 1, επέρχονται αυτοδίκαια και ταυτόχρονα τόσο μεταξύ της διασπώμενης και των επωφελούμενων εταιρειών όσο και έναντι τρίτων, τα εξής αποτελέσματα: α. οι επωφελούμενες εταιρείες υποκαθίστανται καθολικές διάδοχοι στη μεταβιβαζόμενη σε αυτές περιουσία. Στην κοινή διάσπαση, η καθολική διαδοχή καταλαμβάνει το σύνολο της περιουσίας, δηλαδή το σύνολο των δικαιωμάτων, των υποχρεώσεων και γενικά των έννομων σχέσεων της διασπώμενης εταιρείας, περιλαμβανομένων των διοικητικών αδειών που έχουν εκδοθεί υπέρ της τελευταίας και αφορούν τη μεταβιβαζόμενη περιουσία. Η μεταβίβαση αυτής της περιουσίας στις επωφελούμενες εταιρείες γίνεται σύμφωνα με την κατανομή που προβλέπεται στη σύμβαση διάσπασης ή προκύπτει από την παράγραφο 3 του άρθρου 59. Στη μερική διάσπαση και στην απόσχιση κλάδου η καθολική διαδοχή καταλαμβάνει τον κλάδο δραστηριότητας που καθορίζεται στη σύμβαση διάσπασης, β. στις περιπτώσεις της κοινής διάσπασης και της μερικής διάσπασης, οι μέτοχοι ή οι εταίροι της διασπώμενης εταιρείας γίνονται μέτοχοι ή εταίροι μίας ή περισσότερων επωφελούμενων εταιρειών, σύμφωνα με την κατανομή που προβλέπεται στη σύμβαση διάσπασης. Στην περίπτωση της απόσχισης κλάδου, η διασπώμενη εταιρεία γίνεται μέτοχος ή εταίρος της επωφελούμενης εταιρείας, λαμβάνοντας τις εταιρικές συμμετοχές που προβλέπονται στη σύμβαση διάσπασης, γ. στην περίπτωση της κοινής διάσπασης, η διασπώμενη εταιρεία παύει να υπάρχει. 3. Οι εκκρεμείς δίκες συνεχίζονται αυτοδίκαια και χωρίς άλλη διατύπωση από τις επωφελούμενες εταιρείες, σύμφωνα με την κατανομή που προβλέπεται στο σχέδιο σύμβασης διάσπασης ή προκύπτει από την παράγραφο 3 του άρθρου 59[...].».

9. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως και ανατιμολογήτως απορρίφθηκε η προσφορά του, ως καθολικού διαδόχου της διασπώμενης εταιρείας "...", διότι η αναθέτουσα αρχή βασίστηκε στη γνωμοδότηση της νομικής της υπηρεσίας, η οποία έκρινε ότι «ενδεχομένως» θα συνιστούσε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς και της ταυτότητας του συμμετέχοντος και δεν εξετάστηκε αν όντως στην προκειμένη περίπτωση υπάρχει τέτοια ουσιώδης τροποποίηση και αφετέρου πουθενά στο νόμο δεν

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

προβλέπεται ως λόγος αποκλεισμού κατά το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, η καθολική διαδοχή λόγω εταιρικού μετασχηματισμού ενός συμμετέχοντα φορέα. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι, ως εκ του νόμου, καθολικός διάδοχος της διασπώμενης εταιρείας "... " πληροί τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης και ουδεμία αλλαγή ή επιβάρυνση υπήρξε στην επιχείρηση – κλάδο «...» προϊόντων δια του οποίου συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό η διασπασθείσα "... " εκτός του ότι η επιχείρηση αυτή - κλάδος συνεπεία νόμιμου εταιρικού μετασχηματισμού απορροφήθηκε από τον προσφεύγοντα και κατέστη αυτοτελές νομικό πρόσωπο, που ανήκει στον ίδιο όμιλο εταιρειών με την συμμετέχουσα εταιρεία, με αποτέλεσμα στην προκειμένη περίπτωση ο συντελεσθείς εταιρικός μετασχηματισμός να είναι καθαρά τεχνικός και ουδεμία τροποποίηση υφίσταται της κατατεθείσας στο διαγωνισμό προσφοράς.

10. Επειδή, στην διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού δεν προβλέπεται ρητώς ως λόγος αποκλεισμού του προσωρινού αναδόχου η περίπτωση καθολικής διαδοχής του ως συνέπεια εταιρικού μετασχηματισμού, σύμφωνα δε με τον όρο 3.2 της διακήρυξης, που ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, ο συμμετέχων/προσωρινός ανάδοχος οφείλει να ενημερώσει εγκαίρως την αναθέτουσα αρχή για τυχόν μεταβολές στις προϋποθέσεις συμμετοχής που είχε δηλώσει στην προσφορά του δια του ΕΕΕΣ ότι πληροί. Ούτε άλλωστε λόγος αποκλεισμού ,λόγω καθολικής διαδοχής κατόπιν εταιρικής αναδιάρθρωσης, δύναται να συναχθεί άνευ ετέρου από το γεγονός ότι κατά το άρθρο 132 του ν. 4412/2016 που αφορά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης είναι επιτρεπτή υπό όρους η υποκατάσταση του αναδόχου από νέο, συνεπεία διαδοχής λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, καθώς η εν λόγω ερμηνεία θα καθιστούσε εξαιρετικώς δυσχερή την εκτέλεση οιασδήποτε δημόσιας σύμβασης από τον προσωρινό ανάδοχο, όταν η διαγωνιστική διαδικασία διαρκεί μεγάλο χρονικό διάστημα χωρίς να είναι δυνατή, κατά το διάστημα αυτό, οποιαδήποτε, έστω και μικρής έκτασης, μεταβολή, ακόμη και όταν αυτή υπαγορεύεται από απρόβλεπτα περιστατικά. Επομένως, εφόσον επί του ζητήματος της καθολικής διαδοχής του προσωρινού αναδόχου ως συνέπεια εταιρικού μετασχηματισμού δεν έχει

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

τεθεί ρητός κανόνας στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, τότε, βάσει και της εκτεθείσας υπό σκέψη 7 νομολογιακής προσέγγισης του ζητήματος, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί σε ανάλυση in concreto των πραγματικών δεδομένων που διαθέτει, υπό το πρίσμα των αρχών της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και προστασίας του ανταγωνισμού, προκειμένου να κρίνει αν η επίμαχη μεταβολή έχει ως συνέπεια να μην αντιμετωπίζονται ισότιμα οι προσφέροντες κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, ιδίως αλλά όχι αποκλειστικώς ως προς τη διαμόρφωση των προσφορών τους, προς τον σκοπό να ελεγχθεί κατά πόσον η εν λόγω μεταβολή συνεπάγεται ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, επιφέροντας αλλοίωση της διαδικασίας σε επίπεδο ανταγωνισμού. Και ναι μεν η αυστηρή εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων θα είχε ως αποτέλεσμα μόνον ο προσωρινός ανάδοχος, υπό τη συγκεκριμένη μορφή υπό την οποία κρίθηκε, να έχει τη δυνατότητα να καταστεί οριστικός ανάδοχος, εντούτοις, η απαίτηση απόλυτης ταύτισης τόσο από νομικής όσο και από ουσιαστικής άποψης μπορεί να αμβλύνεται και να αναγνωρίζονται εξαιρέσεις, ιδίως στην περίπτωση όπου η μεταβολή της ταυτότητας αφορά μόνον τυπικά και όχι ουσιαστικά στοιχεία, οπότε θα είναι εξαιρετικά απίθανο τέτοιου είδους μεταβολή να δημιουργήσει μια κατάσταση όπου οι συμμετέχοντες να μην έχουν ίσες ευκαιρίες.

11. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό, ως προς το Τμήμα Β υπέβαλε προσφορά μόνον ο οικονομικός φορέας "...", ως προς το δε είδος ΣΤ3 συμμετείχαν και άλλοι τρεις υποψήφιοι πέραν του εν λόγω διαγωνιζόμενου. Περαιτέρω, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με την από 10.10.2022 επιστολή, ο προαναφερόμενος οικονομικός φορέας ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή για τον εταιρικό μετασχηματισμό που αναμένετο να πραγματοποιηθεί στο τέλος του έτους 2022, ήτοι αναφορικά με τη διάσπαση της εταιρείας "...", και την μεταβίβαση του κλάδου των «...» προϊόντων στον προσφεύγοντα που ανήκει στον όμιλο εταιρειών της "...". Με την απόφαση που ελήφθη κατά την από 17.10.2022 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, ο οικονομικός φορέας "...", ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το Τμήμα Β του διαγωνισμού και

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

κλήθηκε την 8.11.2022 να υποβάλλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία προσκόμισε εμπροθέσμως και προσηκόντως, συγχρόνως δε με την από 22.11.2022 επιστολή του προς την αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε ότι αναμενόμενη ημερομηνία ολοκλήρωσης της μερικής διάσπασης και μεταβίβασης του κλάδου «...» προϊόντων θα ήταν τελικά η 2.01.2023. Επιπροσθέτως, εκκρεμούσης της διαδικασίας ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατόπιν σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ο προσφεύγων την 2.02.2023 υπέβαλε συμπληρωματικά έγγραφα (ανακοινώσεις ΓΕΜΗ και καταστατικά) σχετικά με τη μερική διάσπαση του κλάδου «...» προϊόντων του οικονομικού φορέα "... και της απορρόφησής του από τον προσφεύγοντα. Ειδικότερα, ως αναφέρεται στην υπ' αριθμ .../12.12.2022 Πράξης Μερικής Διάσπασης, μεταξύ της διασπώμενης εταιρείας "... και της επωφελούμενης εταιρείας/προσφεύγοντος «η Διασπώμενη Εταιρεία μεταβιβάζει στην Επωφελούμενη το σύνολο του ενεργητικού και παθητικού του Κλάδου, και γενικά, το σύνολο των περιουσιακών στοιχείων του ως άνω Κλάδου που σχετίζονται με το «...», και κατά συνέπεια, η Επωφελούμενη καθίσταται κυρία, κάτοχος, νομέας και δικαιούχος κάθε ενσώματου και ασώματου περιουσιακού στοιχείου της Διασπώμενης Εταιρείας, των απαιτήσεων αυτής εναντίον τρίτων μερών από οποιαδήποτε αιτία και αν απορρέουν και παντός εν γένει περιουσιακού στοιχείου αυτής που αφορά αποκλειστικά στον διασπώμενο Κλάδο. Κάθε άλλο δικαίωμα, άυλο αγαθό, αξίωση ή άλλο περιουσιακό στοιχείο που αφορά τον διασπώμενο Κλάδο θα μεταβιβάζεται στην Επωφελούμενη ακόμα και αν δεν κατονομάζεται ειδικά, ή δεν περιγράφεται με ακρίβεια στο παρόν Σχέδιο Σύμβασης Μερικής Διάσπασης είτε από παράλειψη, είτε εκ παραδρομής. Οι πάσης φύσεως άδειες που έχουν χορηγηθεί από οποιοσδήποτε δημόσια αρχή μεταξύ των οποίων και οι άδειες κυκλοφορίας των προϊόντων του «...», όπως επίσης και τα δικαιώματα ή οι έννομες σχέσεις που προκύπτουν από οποιαδήποτε άλλη σχετική Σύμβαση ή Κοινή Σύμβαση ή δικαιοπραξία, συμπεριλαμβανομένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων από εκκρεμείς διαγωνισμούς που αφορούν τον διασπώμενο Κλάδο, θα περιέρχονται στην κυριότητα της Επωφελούμενης από την νόμιμη τελείωση της Μερικής

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

Διάσπασης...». Βάσει λοιπόν των ανωτέρω πραγματικών δεδομένων και λαμβάνοντας υπόψιν τις διατάξεις του άρθρου 70 του ν. 4601/2019, συνάγεται ευχερώς ότι ο προσφεύγων έχει, εκ του νόμου, καταστεί καθολικός διάδοχος του μεταβιβαζόμενου σε αυτόν κλάδου «...» προϊόντων, έχει αναλάβει το σύνολο των δικαιωμάτων, υποχρεώσεων και εννόμων σχέσεων του ως άνω κλάδου και έχει υπεισέλθει αυτοδικαίως στη θέση της διασπώμενης εταιρείας "... " ως προς τον «...» κλάδο και άρα, εν προκειμένω, έχει επέλθει μόνον μια τυπική εσωτερική αναδιοργάνωση στερούμενη ουσιαστικών συνεπειών. Εξάλλου, λόγω των ως άνω εκ του νόμου συνεπειών της επίμαχης αναδιάρθρωσης, ο προσφεύγων προδήλως πληροί τα κριτήρια επιλογής και τις λοιπές προϋποθέσεις ,βάσει των οποίων ο οικονομικός φορέας "... " ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, γεγονός που δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά του προαναφερόμενου οικονομικού φορέα , με την αιτιολογία ότι η υποκατάσταση αναδόχου επιτρέπεται μόνον κατά το στάδιο της εκτέλεσης, καθώς τέτοια υποκατάσταση κατά τη διαδικασία ανάθεσης θα συνιστούσε ενδεχομένως τροποποίηση της προσφοράς και της ίδιας της ταυτότητας του συμμετεχοντος. Ως όμως έχει γίνει δεκτό στην προηγούμενη σκέψη, η υποκατάσταση αναδόχου δεν προβλέπεται ως λόγος αποκλεισμού στο στάδιο που προηγείται της ανάθεσης, εσφαλμένως δε κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή ,κατόπιν αποδοχής της σχετικής γνωμοδότησης της Νομικής Υπηρεσίας, ότι η μεταβίβαση του κλάδου των «...» προϊόντων στον προσφεύγοντα, ως νεοσυσταθείσα εταιρεία με διαφορετική νομική προσωπικότητα από εκείνη που υπέβαλε προσφορά, συνιστά ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς. Και τούτο διότι η μερική διάσπαση και η απορρόφηση του κλάδου των «...» προϊόντων από τον προσφεύγοντα δεν επιφέρει αλλαγή ή τροποποίηση στην ήδη κατατεθείσα προσφορά του οικονομικού φορέα "...", δεδομένου ότι παραμένει προσφορά της ίδιας επιχείρησης που απορροφήθηκε, η δε ταυτότητα του συμμετέχοντος στον υπό κρίση διαγωνισμό μεταβλήθηκε μόνον τυπικώς και όχι ουσιαστικώς, δοθέντος ότι με τη διάσπαση κατέστη αυτοτελές νομικό πρόσωπο το σύνολο του κλάδου των «...» προϊόντων της επιχείρησης "... " η προσφορά της οποίας

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

κατατέθηκε στο διαγωνισμό και έγινε αποδεκτή. Ούτε βέβαια, λαμβανομένων υπόψιν των πραγματικών δεδομένων της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, η ως άνω τυπική μεταβολή είχε κάποια επίδραση στην ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού, ούτε οδήγησε σε παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης ή επέφερε κάποιο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον προσφεύγοντα. Ως εκ τούτου, ενόψει των ανωτέρω, εν προκειμένω, η επελθούσα καθολική διαδοχή δεν συνεπάγεται ουσιώδη μεταβολή στην προσφορά και στην ταυτότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, για το λόγο δε αυτό, καταρχάς, αλυσιτελώς ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι δεν εξετάστηκε από την αναθέτουσα αρχή αν όντως στην προκειμένη περίπτωση υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της προσφοράς και της ταυτότητας του συμμετέχοντος αλλά και αβασίμως, καθώς ως προκύπτει από τη γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας και τις απόψεις της αναθέτουσας όντως κρίθηκε, αν και εσφαλμένως, ότι στην υπο κρίση περίπτωση έλαβε χώρα τέτοια ουσιώδης μεταβολή. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, μη νομίμως και με πλημμελή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση που ελήφθη κατά την από 10.05.2023 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου (Θέμα 8/11) της αναθέτουσας αρχής ,κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του προσφεύγοντος και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ'άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση που ελήφθη κατά την από 10.05.2023 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου (Θέμα 8/11) της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Αριθμός απόφασης: 1064/2023

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.322 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**