

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ
(5ο ΔΙΑΚΟΠΩΝ)

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, την 1^η Αυγούστου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Ε΄ Τμήματος Διακοπών, Δημήτριος Κοκοτσής και Χριστίνα Κούνα Σύμβουλοι, Βασιλική Σαρηβαλάση και Ιωάννης Βάγιας, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Ευάγγελος Καραθανασόπουλος, Αντεπίτροπος της Επικρατείας, κωλυομένου του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

Γραμματέας: Μαρία Φορτσερά, δικαστική υπάλληλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.7.2022 (Α.Β.Δ.)
κοινή προσφυγή ανάκλησης των ενώσεων εταιρειών:

1) «.....
.....
.....», καθώς και ενός εκάστου των μελών
αυτής: α) της εταιρείας «.....»,
νομίμως εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στη (οδός – ΑΦΜ
.....), β) της εταιρείας «.....
.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στο (οδός -
ΑΦΜ) και γ) της εταιρείας με την επωνυμία «με την επωνυμία
«.....»,
νομίμως εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στην (.....
..... - ΑΦΜ) και 2) «.....
.....

.....», καθώς και ενός εκάστου των μελών αυτής: α) της εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στη (οδός – ΑΦΜ) και β) της εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στην (..... - ΑΦΜ). Οι ανωτέρω προσφεύγουσες ενώσεις και οι εταιρείες μέλη αυτών παραστάθηκαν δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 του πληρεξουσίου δικηγόρου Χρήστου Κυραλίδη (ΑΜ Δ.Σ. Θεσ/νίκης 5977) και δια του πληρεξουσίου δικηγόρου Βασιλείου Χατζηγιαννάκη (ΑΜ Δ.Σ.Α. 28288).

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της Πράξης του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ των προσφευγουσών και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει το νπδδ Ο.Τ.Α. α' βαθμού με την επωνυμία «Δήμος», νομίμως εκπροσωπούμενο, που εδρεύει στην το οποίο παραστάθηκε δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 του πληρεξουσίου δικηγόρου Σπυρίδωνος Κολοβατιανού (ΑΜ Δ.Σ. Αμφισσας 39).

Το Ελληνικό Δημόσιο, το οποίο εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο των προσφευγουσών ενώσεων και των εταιρειών μελών αυτών, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου. Και

Τον Αντεπίτροπο Επικρατείας, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη εξ αποστάσεως κατ' άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr., με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Αφού άκουσε την εισήγηση του Παρέδρου Ιωάννη Βάγια

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Με την προσβαλλόμενη Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της 1ης Τροποποίησης της σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση - Αυτοματοποίηση Συστημάτων Ηλεκτροφωτισμού Κοινόχρηστων Χώρων - Εφαρμογές SMARTCITIES, με Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δήμο». Με την εν λόγω τροποποίηση μεταβάλλεται ουσιώδης όρος της αρχικής σύμβασης και ειδικότερα η σύνθεση της αναδόχου ένωσης εταιρειών «.....»
.....
.....», από την οποία θα αποχωρήσουν οι ανωτέρω αναφερόμενες δύο πρώτες εταιρείες και στη θέση τους θα υπεισέλθει η εταιρεία «.....».

2. Για την άσκηση της κρινόμενης κοινής προσφυγής καταβλήθηκαν τα νόμιμα παράβολα (βλ. ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικό πληρωμής). Με την προσφυγή αυτή, όπως οι λόγοι της αναπτύσσονται με το από 2.8.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, οι ως άνω ενώσεις, εκ των οποίων η μεν πρώτη αποτελεί την αρχική ανάδοχο της σύμβασης και η δεύτερη τη διάδοχο αυτής, καθώς και τα μέλη τους, ζητούν παραδεκτώς την ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης. Έχουν δε προφανές έννομο συμφέρον για την ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης, δοθέντος ότι με την υπογραφή της επίμαχης τροποποιητικής σύμβασης θα επέλθει μεταβολή στη σύνθεση της αναδόχου ένωσης, γεγονός που αφορά στα συμβατικά δικαιώματα και υποχρεώσεις των ενώσεων και όλων των συμμετεχουσών επιχειρήσεων.

3. Στην ανοιγείσα με την κρινόμενη προσφυγή διαδικασία εξέτασης διαφοράς από προσυμβατικό έλεγχο, παραδεκτώς, με προφανές έννομο συμφέρον, παρεμβαίνει, υπέρ της κρινόμενης προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης, ο Δήμος, ο οποίος αποτελεί την αναθέτουσα αρχή της ελεγχθείσας με την προσβαλλόμενη Πράξη σύμβασης.

4. Το άρθρο 132 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147), με το οποίο μεταφέρθηκαν στην εθνική έννομη τάξη οι διατάξεις του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ» (L 94), ορίζει ότι: «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρητρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρητρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρητρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο [...] δ) όταν ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή, συνεπεία: αα) ρητής ρήτρας αναθεώρησης ή προαίρεσης, σύμφωνης με την περίπτωση α', ββ) ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπρωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών, από άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, υπό τον όρο ότι η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου [...] 4. Η τροποποίηση σύμβασης ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της θεωρείται ουσιώδης κατά την έννοια της περίπτωσης ε' της παρ. 1, εφόσον καθιστά τη

σύμβαση ή τη συμφωνία-πλαίσιο ουσιωδώς διαφορετική, ως προς τον χαρακτήρα, από την αρχικώς συναφθείσα. Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: [...] δ) όταν νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο είχε ανατεθεί αρχικώς η σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στην περίπτωση δ' της παραγράφου 1. 5. Απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, για τροποποιήσεις των διατάξεων μίας δημόσιας σύμβασης ή μίας συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά τους, που είναι διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2...».

5. Στο Προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (σημείο 110) αναφέρεται σχετικώς με την υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου από νέο ανάδοχο: «Σύμφωνα με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ο ανάδοχος δεν θα πρέπει, επί παραδείγματι όταν η σύμβαση καταγγέλλεται λόγω πλημμελούς εκτέλεσης, να αντικαθίσταται από άλλον οικονομικό φορέα χωρίς να πραγματοποιηθεί προκήρυξη νέου διαγωνισμού. Ωστόσο, ο ανάδοχος που εκτελεί τη σύμβαση θα πρέπει να μπορεί, ιδίως εάν η σύμβαση έχει ανατεθεί σε περισσότερες από μία επιχειρήσεις, να υποστεί ορισμένες διαρθρωτικές μεταβολές κατά την εκτέλεση της σύμβασης, όπως καθαρά εσωτερική αναδιοργάνωση, εξαγορές, συγχωνεύσεις ή διαδικασία αφερεγγυότητας. Οι εν λόγω διαρθρωτικές μεταβολές δεν θα πρέπει να συνεπάγονται αυτομάτως απαίτηση έναρξης νέων διαδικασιών προμήθειας για όλες τις δημόσιες συμβάσεις τις οποίες εκτελεί ο εν λόγω προσφέρων».

6. Περαιτέρω, στην αιτιολογική έκθεση του ανωτέρω νόμου (4412/2016) αναφέρεται ως προς τη διάταξη της υποπερίπτωσης ββ' της περίπτωσης δ' της παραγράφου 1 του άρθρου 132 ότι «[η] διάταξη αυτή ενσωματώνει τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και συνιστά μία νηφάλια και εύλογη προσέγγιση, η οποία ανταποκρίνεται στις σύγχρονες και δυναμικά εξελισσόμενες εταιρικές μορφές των οικονομικών φορέων, ενώ ταυτόχρονα περιλαμβάνει τα εχέγγυα ώστε να μην ερμηνευθεί ως ένα γενικό άνοιγμα των συμβάσεων σε

φορείς που δεν έλαβαν μέρος στην αρχική διαδικασία ανάθεσης και δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία αξιολόγησης».

7. Εξάλλου, το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 του ίδιου ως άνω ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «ως οικονομικός φορέας νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών» και το άρθρο 19 παρ. 4 ότι: «Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην ένωση, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης».

8. Από τις διατάξεις που παρατέθηκαν στις σκέψεις 4 και 7, ερμηνευόμενες υπό το φως των κειμένων που παρατέθηκαν στις σκέψεις 5 και 6, συνάγεται ότι η υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου από νέο ανάδοχο θεωρείται ήδη εκ του νόμου ουσιώδης τροποποίηση σύμβασης, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, η οποία δεν επιτρέπεται χωρίς να τηρηθεί νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, καθώς εγείρει ζητήματα παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Οι αρχές αυτές αποτυπώνονται νομοθετικά στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και αντιτίθενται στο να επιφέρουν η αναθέτουσα αρχή και ο ανάδοχος δημόσιας σύμβασης, μετά την ανάθεση αυτής, τροποποιήσεις στις διατάξεις της σε τέτοιον βαθμό, ώστε οι τελευταίες να καθίστανται ουσιωδώς διαφορετικές από εκείνες της αρχικής σύμβασης (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 3^{ης} Φεβρουαρίου 2022, Advania Sverige AB, C-461/20, EU:C:2022:72, σκέψη 19). Σε περίπτωση δε εκτέλεσης σύμβασης από ένωση εταιρειών ή κοινοπραξία, ως υποκατάσταση, συνεπαγόμενη ουσιώδη μεταβολή της σύμβασης, θεωρείται, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η αντικατάσταση ενός ή περισσότερων μελών της ένωσης από νέο μέλος, το οποίο αποτελεί τρίτο φορέα που δεν συμμετείχε στο διαγωνισμό και του οποίου η επιλογή δεν στηρίχθηκε στη σύγκριση της προσφοράς του με αυτές τυχόν άλλων

συμμετεχόντων, γεγονός που συνεπάγεται ομοίως την παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

9. Κατ' εξαίρεση η υποκατάσταση αναδόχου επιτρέπεται όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις των περιπτώσεων που περιγράφονται στην περίπτωση δ' της παραγράφου 1 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με την πρώτη περίπτωση η υποκατάσταση είναι νοητή όταν στηρίζεται σε ρητή ρήτρα της σύμβασης. Η ρήτρα αυτή πρέπει να είναι ακριβής και σαφής, ήτοι πρέπει να περιγράφει ρητά τα πραγματικά δεδομένα και το σύνολο των ουσιαστικών προϋποθέσεων που πρέπει να συντρέχουν για την ενεργοποίησή της. Η δεύτερη προβλεπόμενη στο νόμο περίπτωση υποκατάστασης αφορά στην ολική ή μερική διαδοχή του αρχικού αναδόχου από άλλον οικονομικό φορέα, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπρωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών, από άλλον οικονομικό φορέα. Όπως δε αναφέρεται στην οικεία αιτιολογική έκθεση, η δυνατότητα υποκατάστασης συνεπεία εταιρικής αναδιάρθρωσης ανταποκρίνεται στις σύγχρονες και δυναμικά εξελισσόμενες εταιρικές μορφές των οικονομικών φορέων, ενώ ταυτόχρονα περιλαμβάνει τα εχέγγυα ώστε να μην ερμηνευτεί ως ένα γενικό άνοιγμα των συμβάσεων σε φορείς που δεν έλαβαν μέρος στην αρχική διαδικασία ανάθεσης και δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία αξιολόγησης (βλ. ΕλΣ Απόφαση Ολ. 2497/2020, πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ, C-396/14, MT Højgaard A/S, ECLI:EU:C:2016:347, σκ. 44). Προς την κατεύθυνση αυτή άλλωστε ο νομοθέτης θέτει ως επιπλέον προϋποθέσεις για τη νομιμότητα της υποκατάστασης: α) ο νέος ανάδοχος να πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, β) η διαδοχή να μην συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και γ) η υποκατάσταση να μην γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

10. Η στενή ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων που επιτρέπουν την κατ' εξαίρεση υποκατάσταση αναδόχου (ή μέλους ένωσης) επιβάλλεται όχι μόνο εκ του εξαιρετικού τους χαρακτήρα, δοθέντος ότι με αυτές εισάγεται παρέκκλιση από τη συνήθη εξέλιξη της εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με το

αποτέλεσμα της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. Αποφάσεις ΔΕΕ, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, σκ. 40, απόφαση ΔΕΕ Advania Sverige AB, ο.π., σκ. 62), αλλά ευθέως εκ του νόμου. Επομένως η εταιρική αναδιάρθρωση, ως αιτία ολικής ή μερικής διαδοχής του αναδόχου, στο πλαίσιο μιας ευρύτερης εταιρικής μεταβολής, όπως στις περιπτώσεις που ενδεικτικά αναφέρει ο νόμος, αποτελεί προαπαιτούμενο για την επιτρεπτή υποκατάσταση αυτού από νέο ανάδοχο, με τη συνδρομή και των λοιπών νόμιμων προϋποθέσεων (βλ. Απόφαση ΔΕΕ Advania Sverige AB, ο.π., σκ. 21). Σε περίπτωση δε που από την εκτίμηση των περιστάσεων συγκεκριμένης υπόθεσης κρίνεται ότι η επιχειρούμενη υποκατάσταση κατ' επίκληση διαδοχής του αναδόχου λόγω εκχώρησης της σύμβασης δεν επιβάλλεται συνεπεία εταιρικής αναδιάρθρωσης, συντρέχει ουσιώδης τροποποίηση της οικείας σύμβασης, χαρακτηριζόμενη ως τέτοια ευθέως εκ του νόμου, η οποία κωλύει τη σύναψη του σχετικού τροποποιητικού σχεδίου (βλ. ΕλΣ Απόφαση Ολ. 2497/2020).

11. Στην κρινόμενη υπόθεση, από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου και την προσβαλλόμενη Πράξη προκύπτουν τα αναφερόμενα στις σκέψεις 12 έως 18 που ακολουθούν.

12. Με την απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου εγκρίθηκε η διενέργεια ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση - Αυτοματοποίηση Συστημάτων Ηλεκτροφωτισμού Κοινόχρηστων Χώρων - Εφαρμογές SMARTCITIES, με Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δήμο», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 5.785.681,66 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.) και χρονική διάρκεια 12 ετών. Το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας, στην οποία υποβλήθηκαν πέντε συνολικά προσφορές, κατακυρώθηκε στην ένωση εταιρειών «.....»
.....
.... έναντι συμβατικού τιμήματος 4.780.000,00 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.). Μετά την έκδοση της θετικής Πράξης του Ζ' Κλιμακίου, υπεγράφη η σύμβαση παροχής της ανωτέρω υπηρεσίας με

αντισυμβαλλόμενους αφενός μεν το Δήμο και αφετέρου την ως άνω ένωση εταιρειών.

13. Το άρθρο 14 της εν λόγω σύμβασης υπό τον τίτλο «Εκχώρηση της σύμβασης» προβλέπει τα εξής: «Σε ό,τι αφορά την δυνατότητα εκχωρήσεων – μεταβιβάσεων: 1. Ο ανάδοχος δεν δικαιούται να εκχωρήσει ή μεταβιβάσει σε οποιονδήποτε τρίτο τη ΣΠΥ ή μέρος αυτής ή οποιοδήποτε δικαίωμα ή υποχρέωση απορρέει από αυτή, χωρίς την προηγούμενη έγγραφη συναίνεση της Αναθέτουσας Αρχής. Σε περίπτωση έγκρισης της οποιαδήποτε ως άνω εκχώρησης, οι όροι της παρούσας θα δεσμεύουν και τον αναφερόμενο τρίτο, ακόμα και αν αυτός δεν τους έχει ρητά αποδεχτεί ...». Επίσης, το άρθρο 19 παρ. 10 της ίδιας ως άνω σύμβασης ορίζει ότι: «Τα μέλη που αποτελούν την Ένωση είναι από κοινού και εις ολόκληρον υπεύθυνα έναντι της Αναθέτουσας Αρχής για την εκπλήρωση όλων των απορρεουσών από τη Διακήρυξη και τη ΣΠΥ υποχρεώσεών τους. Τυχόν υφιστάμενες μεταξύ τους συμφωνίες περί κατανομής των ευθυνών τους έχουν ισχύ μόνον στις εσωτερικές τους σχέσεις και σε καμία περίπτωση δε δύναται να προβληθούν έναντι της Αναθέτουσας Αρχής ως λόγος απαλλαγής ενός μέλους από τις ευθύνες και τις υποχρεώσεις του άλλου ή των άλλων μελών για την ολοκλήρωση του Συμβατικού Αντικειμένου. Σε περίπτωση που συντρέχουν λόγοι στο πρόσωπο ενός εκ των μελών της Ένωσης ολικής ή μερικής διαδοχής του από άλλο μέλος της Ένωσης που έχει καταστεί αρχικός Ανάδοχος/ ή από άλλον Οικονομικό Φορέα ή συντρέχουν λόγοι εταιρικής αναδιάρθρωσης περιλαμβανομένης της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης, ή λόγοι αφερεγγυότητας, ιδίως στο πλαίσιο πτωχευτικών – προπτωχευτικών διαδικασιών, τότε στο βαθμό που το άλλο μέλος της Ένωσης/ ή ο άλλος Οικονομικός Φορέας πληροί τα ποιοτικά κριτήρια που καθορίστηκαν αρχικά από την Αναθέτουσα αρχή και υπό τον όρο ότι η κατά τα ανωτέρω διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της ΣΠΥ, τότε γίνεται υποκατάσταση του αρχικού Αναδόχου και τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 337 του Ν. 4412/2016 περί τροποποίησης της ΣΠΥ χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης».

14. Κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης η ανάδοχος ένωση υπέβαλε, κατ' επίκληση του ανωτέρω άρθρου 14 αυτής, την από 22.2.2022 αίτηση κοινής εκχώρησης του συνόλου του ποσοστού συμμετοχής των εταιρειών μελών της ένωσης «.....» (ποσοστό συμμετοχής 50%) και «.....» (ποσοστό συμμετοχής 45%) στη συσταθείσα στις 15.2.2022 εταιρεία «.....», της οποίας αποκλειστικός μέτοχος είναι η αποχωρούσα εταιρεία «.....». Σύμφωνα με την αίτηση αυτή, οι ως άνω εταιρείες μέλη της ένωσης θα εξέλθουν από αυτήν και θα υποκατασταθούν από την ως άνω εταιρεία, ώστε εφεξής η ανάδοχος ένωση να αποτελείται από τις εταιρείες «.....» με ποσοστό συμμετοχής 95% και «.....» με ποσοστό συμμετοχής 5%. Ταυτόχρονα δηλώνεται ότι οι εξερχόμενες από την ένωση εταιρείες θα μετεξελιχθούν σε φορείς δάνειας εμπειρίας για την κάλυψη των προβλεπόμενων από τη Διακήρυξη της σύμβασης κριτηρίων τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Στην ίδια αίτηση προβάλλεται ότι, ενόψει της ήδη επαλήθευσης όλων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, δεν απαιτείται εκ νέου έλεγχος της φερεγγυότητας των φορέων που αποχωρούν από τη σύμβαση και μεταβάλλονται σε τρίτους σε σχέση με τη σύμβαση φορείς στις ικανότητες των οποίων θα στηριχθεί η νέα ανάδοχος ένωση. Η υποβληθείσα κατά τα ανωτέρω αίτηση συνοδεύεται, επίσης, από το από 18.2.2022 συμφωνητικό μεταξύ της αρχικής ένωσης και ατομικά των μελών αυτής με την εισερχόμενη εταιρεία «.....».

15. Παράλληλα, με την ως άνω αίτηση συνυποβλήθηκε η από 22.2.2022 δήλωση των εταιρειών μελών της αρχικής αναδόχου ένωσης, στην οποία διευκρινίζεται αναφορικά με τον συμφέροντα χαρακτήρα της υποκατάστασης ότι η νέα ανάδοχος ένωση διαθέτει απρόσκοπτη οικονομική χρηματοδότηση, γεγονός που της επιτρέπει να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης, παρά τη δυσμενή οικονομική συγκυρία των τελευταίων ετών, της αναπάντεχης εμφάνισης της πανδημίας Covid – 19 αλλά και της δυσθεώρητης αναπροσαρμογής των τιμών

σε πρώτες ύλες και προϊόντα. Προς πιστοποίηση δε της επικαλούμενης χρηματοοικονομικής επάρκειας της εταιρείας που εισέρχεται στην ένωση ως μέλος της και κατόπιν σχετικού αιτήματος του Δήμου (βλ. 4234/1.3.2022 έγγραφο), υποβλήθηκε από την εταιρεία, που αποτελεί αμοιβαίο κεφάλαιο επιχειρηματικών συμμετοχών (Α.Κ.Ε.Σ.), η 15125/25.2.2022 επιστολή, σύμφωνα με την οποία η εν λόγω εταιρεία ενδιαφέρεται και προτίθεται να χρηματοδοτήσει όλο ή μέρος των κεφαλαίων που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης, κατά το ποσοστό συμμετοχής σε αυτήν της εταιρείας «.....».....». Διευκρινίζεται, όμως, ρητώς ότι η τελική έγκριση της επένδυσης και το ακριβές ύψος της θα ληφθεί μετά την επιτυχία, κατά την κρίση της, ολοκλήρωση του τεχνικού, νομικού και φορολογικού ελέγχου και την ολοκλήρωση των σχετικών διαπραγματεύσεων.

16. Στο πλαίσιο εξέτασης της αίτησης υποκατάστασης συντάχθηκε η από 3.3.2022 γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου του Δήμου, κατά την οποία η ένωση εταιρειών δεν διαθέτει αυτοτελή νομική προσωπικότητα και, συνεπώς, στην περίπτωση ενώσεων εταιρειών δεν μπορεί κατά κυριολεξία να γίνει λόγος για εταιρική αναδιάρθρωση σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ' του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, αφού διευκρινίζεται η έννοια του τρίτου οικονομικού φορέα και του υπεργολάβου, που δεν αποτελούν μέλη της ένωσης, η οποία και μόνο υποβάλλει, δια των μελών της, κοινή προσφορά και συμβάλλεται ευθέως με την αναθέτουσα αρχή αποκτώντας υποχρεώσεις έναντι αυτής, διατυπώνεται η παραδοχή ότι όταν ανάδοχος είναι ένωση εταιριών, είναι επιτρεπτή η μερική υποκατάσταση μέλους της ένωσης όταν συντρέχει περίπτωση αναδιάρθρωσης, ενόψει, άλλωστε, του ότι ο Δήμος δεν απέβλεψε ειδικά στην συγκεκριμένη διάρθρωση της αρχικής ένωσης.

17. Ακολούθως, με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου η ανωτέρω γνωμοδότηση έγινε αποδεκτή και ο φάκελος της υπόθεσης διαβιβάσθηκε στην επιτροπή διεξαγωγής του διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, προκειμένου αυτή να αξιολογήσει εάν το νέο σχήμα της Ένωσης πληροί τους όρους της Διακήρυξης του

διαγωνισμού. Τελικά, με την απόφαση της ίδιας Οικονομικής Επιτροπής τροποποιήθηκε η ως άνω απόφαση και αρμόδια για την αξιολόγηση της νέας Ένωσης ορίστηκε η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής της σύμβασης. Η τελευταία, με το από 3.5.2022 2^ο Πρακτικό της, γνωμοδότησε ότι βάσει των κατατεθέντων δικαιολογητικών η αιτούμενη υποκατάσταση δεν κωλύεται. Ειδικότερα, η ως άνω Επιτροπή έκρινε ότι για την απαιτούμενη χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική ικανότητα του άρθρου 5.5.γ.ι.ν. της διακήρυξης η νέα Ένωση θα στηριχθεί στις ικανότητες του αποχωρούντος μέλους «.....», ενώ για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του άρθρου 5.5.γ.ι, ii και iii θα στηριχθεί στις ικανότητες του έτερου αποχωρούντος μέλους «.....», κατ' άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Τέλος, με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου εγκρίθηκε το ανωτέρω πρακτικό και η αιτηθείσα τροποποίηση της επίμαχης σύμβασης.

18. Το Κλιμάκιο, με την προσβαλλόμενη Πράξη, έκρινε ότι στην προκειμένη περίπτωση συντρέχει περίπτωση «υποκατάστασης» του αναδόχου της σύμβασης από «τρίτο» οικονομικό φορέα. Και τούτο, καθόσον στη σύνθεση της αναδόχου ένωσης εισέρχεται η εταιρεία «.....», η οποία αποτελεί τρίτο αυτοτελή φορέα, που δεν συμμετείχε στην αρχική διαγωνιστική διαδικασία αφού συστάθηκε στις 15.2.2022, υποκαθιστώντας τα αποχωρούντα μέλη «.....» και «.....», που κατείχαν ποσοστό 95% της ένωσης (50% και 45% αντίστοιχα). Οι εταιρείες δε αυτές παύουν να ευθύνονται πλέον έναντι της αναθέτουσας Αρχής για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης, με αποτέλεσμα, μέσω της επιχειρούμενης τροποποίησης να αναδεικνύεται ουσιαστικά νέος ανάδοχος της σύμβασης, και μάλιστα για το μεγαλύτερο διάστημα του χρόνου ισχύος αυτής. Το γεγονός, εξάλλου, ότι μοναδικός μέτοχος της εισερχόμενης στην ένωση εταιρείας είναι το αποχωρούν μέλος «.....» δεν αναιρεί ότι πρόκειται για δύο αυτοτελή νομικά πρόσωπα, τα οποία λειτουργούν ανεξάρτητα και μετέχουν

στην εκτέλεση της σύμβασης με διαφορετικές ιδιότητες (μέλος ένωσης η μεν – δανείζουσα τεχνική και χρηματοοικονομική ικανότητα η δε). Άλλωστε, από κανένα στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση συντρέχει περίπτωση ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού μέλους «..... ..», κατά μείζονα δε λόγω του έτερου αποχωρούντος μέλους «..... ..», από την τρίτη εταιρεία «..... ..», λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, όπως εξαγοράς, απορρόφησης ή συγχώνευσης. Επιπλέον, κατά την κρίση του Κλιμακίου, είναι πρόδηλο ότι η ρύθμιση του άρθρου 132 παρ. 1 περ. δ' του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να υποκατασταθεί από τον όρο του άρθρου 14 της αρχικής σύμβασης περί δυνατότητας εκχώρησης ή μεταβίβασης σε οποιονδήποτε τρίτο ολόκληρης ή μέρους της σύμβασης παροχής υπηρεσιών κατόπιν έγγραφης συναίνεσης της αναθέτουσας Αρχής. Περαιτέρω, το Κλιμάκιο διευκρίνισε ότι εσφαλμένα υπολαμβάνεται στη γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου του Δήμου (βλ. σκέψη 16) ότι η επίμαχη τροποποίηση επιτρέπεται, με το επιχείρημα ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν απέβλεψε στην συγκεκριμένη σύνθεση της ένωσης που αναδείχθηκε ανάδοχος. Και τούτο, διότι κρίσιμο παραμένει το γεγονός ότι με την επίμαχη τροποποίηση τρίτος οικονομικός φορέας καθίσταται κατά τα ανωτέρω νέος ανάδοχος χωρίς να έχει ανταγωνισθεί τους λοιπούς υποψηφίους, αποκτώντας έναντι αυτών ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τέλος, κατά την κρίση του Κλιμακίου, εν προκειμένω δεν πληρούται η αυτοτελής για τη νόμιμη υποκατάσταση απαίτηση του νόμου ο εισερχόμενος στη σύμβαση τρίτος να πληροί ο ίδιος τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν στην διακήρυξη του διαγωνισμού, ενώ είναι αδιάφορο το γεγονός ότι στην προκειμένη περίπτωση τα αποχωρούντα από την ένωση δύο (2) μέλη μετεξελίσσονται σε παρόχους δάνειας εμπειρίας για την κάλυψη των απαιτήσεων ποιοτικής επιλογής της νέας ένωσης.

19. Με την κρινόμενη προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση προβάλλεται ότι εν προκειμένω η υποκατάσταση των μελών της ένωσης έγινε κατ' εφαρμογή της ρητής ρήτρας αναθεώρησης του ανωτέρω

άρθρου 14 της σύμβασης. Δοθέντος δε ότι ο όρος αυτός είχε κριθεί νόμιμος κατά τον προσυμβατικό έλεγχο του ως άνω σχεδίου σύμβασης με την Πράξη του Ζ' Κλιμακίου, δεν καταλείπεται πλέον πεδίο ελέγχου ως προς τη νομιμότητά του και το Κλιμάκιο όφειλε να απέχει του ελέγχου, καθώς η επίμαχη τροποποίηση γίνεται με την ενεργοποίηση ρήτρας αναθεώρησης.

20. Επί του ανωτέρω προβαλλόμενου λόγου το Τμήμα κρίνει ότι η διάταξη του άρθρου 14 της σύμβασης, η οποία προβλέπει ότι η εκ μέρους του αναδόχου εκχώρηση σε τρίτο οποιουδήποτε δικαιώματος ή υποχρέωσης απορρέει από τη σύμβαση απαιτεί την προηγούμενη έγγραφη συναίνεση του Δήμου, δεν αποτελεί την απαιτούμενη από το άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. αα' του ν. 4412/2016 ρητή ρήτρα αναθεώρησης της σύμβασης που να δικαιολογεί την επίμαχη υποκατάσταση. Τούτο, διότι ο ως άνω όρος, που αναφέρεται γενικά στη δυνατότητα εκχώρησης δικαιωμάτων που απορρέουν για την ανάδοχο ένωση από τη σύμβαση (π.χ. εκχώρηση αμοιβής) δεν είναι αρκούντως σαφής και ακριβής ως προς τις πραγματικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για να χρησιμοποιηθεί ως βάση υποκατάστασης της αρχικής αναδόχου. Συνεπώς, ο εν λόγω όρος έχει προεχόντως διαδικαστικό χαρακτήρα και δεν μπορεί να αποτελέσει το νομικό έρεισμα για την εκχώρηση του συνόλου της σύμβασης σε τρίτο φορέα με συνέπεια την υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου, καθώς της εφαρμογής του προηγείται η διαπίστωση συνδρομής των προβλεπόμενων στο νόμο ουσιαστικών προϋποθέσεων για οποιαδήποτε μορφή εκχώρησης δικαιώματος ή υποχρέωσης που πηγάζει από τη σύμβαση. Υπό την έννοια αυτή, ήτοι της θεώρησής του ως κανόνα διαδικαστικού χαρακτήρα, ο ως άνω όρος κρίθηκε (σιωπηρά) νόμιμος με την Πράξη του Ζ' Κλιμακίου. Άλλωστε, σε κάθε περίπτωση, το ζήτημα της υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου ρυθμίζεται ειδικά και εξαντλητικά στο άρθρο 19 περ. 10 της σύμβασης σε συμφωνία με το άρθρο 132 παρ. 1δ' του ν. 4412/2016, οι ρυθμίσεις του οποίου δεν είναι νοητό να υποκατασταθούν από τη γενική και αόριστη ρύθμιση του άρθρου 14 της σύμβασης αυτής. Συνεπώς, ο ανωτέρω προβαλλόμενος λόγος είναι απορριπτός ως αβάσιμος.

21. Με τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής προβάλλεται ότι κάθε ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων αποτελεί οικονομικό φορέα διακριτό σε σχέση με τα μέλη της και αυτοτελές υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για όλες τις έννομες σχέσεις που απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/2016. Η δε ένωση, ως ανάδοχος της σύμβασης, δύναται να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, μεταξύ των οποίων και τα μέλη αυτής, τα οποία αποτελούν τους δανειοπαρόχους της καταλληλότητάς της. Δοθέντος δε ότι σύμφωνα με τις διατάξεις της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων είναι επιτρεπτή η αντικατάσταση τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο ανάδοχος, είναι ως εκ τούτου επιτρεπτή και η μεταβολή της σύνθεσης μίας αναδόχου ένωσης ως αποτέλεσμα εταιρικής αναδιάρθρωσης. Επιπλέον, προβάλλεται ότι η ένωση εταιρειών που ασκεί εμπορική δραστηριότητα συνιστά εν τοις πράγμασι ομόρρυθμη εταιρεία και επομένως η μεταβολή της σύνθεσης μίας ένωσης δεν απαγορεύεται, καθώς εξομοιώνεται με τη μεταβολή εταιρικής σύνθεσης ενός νομικού προσώπου.

22. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων λόγων και ισχυρισμών, και σύμφωνα με τις διατάξεις που παρατίθενται στη σκέψη 7 της παρούσας, το Τμήμα κρίνει ότι η ένωση εταιρειών συνιστά πράγματι οικονομικό φορέα κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, πλην όμως δεν έχει αυτοτέλεια σε σχέση με τα μέλη της, τα οποία ευθύνονται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον έναντι της αναθέτουσας αρχής για κάθε υποχρέωση που απορρέει από τη σύμβαση. Ως εκ τούτου, η ένωση εταιρειών δεν μπορεί να εξομοιωθεί με οποιασδήποτε μορφής εταιρεία, η οποία έχει αυτοτελή νομική προσωπικότητα, ώστε η υποκατάσταση ενός ή περισσότερων μελών της να θεωρηθεί ως μεταβολή της εσωτερικής σύνθεσης της εταιρείας (π.χ. μεταβίβαση μετοχών ή μεριδίων) που δεν επηρεάζει και δεν σχετίζεται με την εκτέλεση της σύμβασης και δεν συνιστά τροποποίηση αυτής. Άλλωστε, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την Πράξη του Ζ' Κλιμακίου, κατά την ανάθεση της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή εξέτασε την τεχνική και οικονομική ικανότητα έκαστου μέλους της ένωσης και αξιολόγησε συγκριτικά την τεχνική και οικονομική προσφορά που υποβλήθηκε από την ένωση υπό τη συγκεκριμένη συγκρότηση, προκειμένου να κατακυρώσει σε αυτήν

το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Συνεπώς, δοθέντος ότι στην κρινόμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή απέβλεψε στη συγκεκριμένη διάρθρωση της ένωσης και τις ικανότητες των μελών της, δεν είναι δυνατό να ταυτιστεί η μεταβολή, που επέρχεται στη σύνθεση της ένωσης με την αποχώρηση δύο μελών και την είσοδο ενός νέου μέλους και λαμβάνει χώρα κατά την εκτέλεση της σύμβασης, με την μεταβολή στο πρόσωπο του δανείζοντος εμπειρία, δυνατότητα που παρέχεται εκ νόμου κατά τη φάση της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης (βλ. άρθρο 78 παρ. 1 ν. 4412/2016). Ως εκ τούτου, η επιχειρούμενη μεταβολή στη σύνθεση της αναδόχου ενώσεως συνιστά εν προκειμένω μη προβλεπόμενη στο νόμο υποκατάσταση, κατά τα ορθώς κριθέντα από το Κλιμάκιο με την προσβαλλόμενη Πράξη. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα στην κρινόμενη προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

23. Περαιτέρω, με την κρινόμενη προσφυγή προβάλλεται ότι στο άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ' δεν ορίζεται η έννοια της εταιρικής αναδιάρθρωσης, η δε περιλαμβανόμενη στην ίδια διάταξη απαρίθμηση των διαδικασιών αναδιάρθρωσης έχει ενδεικτικό χαρακτήρα. Δοθέντος δε ότι κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης ως αναδιάρθρωση θεωρείται τόσο η μεταβίβαση μίας σύμβασης από ανάδοχο εταιρεία σε νέα εταιρεία 100% θυγατρική όσο και η μεταβίβαση μίας και μόνο σύμβασης, εν προκειμένω η υποκατάσταση της «.....» από την «.....» είναι νόμιμη, καθώς πρόκειται για μεταβίβαση της σύμβασης από μητρική εταιρεία σε εταιρεία 100% θυγατρική αυτής. Η δε υποκατάσταση της «.....» από την «.....» γίνεται στο πλαίσιο εσωτερικής αναδιάρθρωσης της ένωσης, υπό τη μορφή μεταβίβασης μεριδίων.

24. Σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 10 της παρούσας, τα οποία αποτυπώνουν τα πορίσματα της νομολογίας τόσο του Δικαστηρίου της Ένωσης, όσο και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η εταιρική αναδιάρθρωση ως αιτία ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου συνιστά προϋπόθεση για την επιτρεπτή

κατά το άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ' υποπεριπτ. ββ' ν. 4412/2016 υποκατάσταση από νέο ανάδοχο, με την οποία ταυτίζεται και η αντικατάσταση μελών ένωσης εταιρειών από νεοεισερχόμενο μέλος. Εν προκειμένω δε, κατά την ορθή κρίση του Κλιμακίου, από κανένα στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση συντρέχει περίπτωση ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού μέλους «.....», κατά μείζονα δε λόγω του έτερου αποχωρούντος μέλους «.....», από την τρίτη εταιρεία «.....», λόγω οποιασδήποτε μορφής εταιρικής αναδιάρθρωσης, έστω και μη περιλαμβανόμενης στις ενδεικτικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Αντιθέτως, στην σχετική από 22.2.2022 κοινή αίτηση έγκρισης της επερχόμενης μεταβολής στη σύνθεση της ένωσης, ως αιτία της σχετικής υποκατάστασης αναφέρεται γενικά και αόριστα η ανάγκη καλύτερης εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης, χωρίς οιαδήποτε επιπλέον αιτιολόγηση. Ο προβαλλόμενος δε με την κρινόμενη αίτηση ισχυρισμός, ότι από τη νομολογία του ΔΕΕ (βλ. Αποφάσεις Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06 και Advania Sverige AB, C-461/20, εκ των οποίων η πρώτη εκδόθηκε πριν τη θέση σε ισχύ της οδηγίας 2014/24) συνάγεται ότι είναι ανεκτές κατά το Δίκαιο της Ένωσης τόσο η μεταβίβαση σύμβασης από μητρική σε θυγατρική επιχείρηση όσο και η μεταβίβαση μίας και μόνο σύμβασης, ως εκ τούτου, η επίμαχη υποκατάσταση δεν αντίκειται στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων δεν μπορεί να γίνει δεκτός. Τούτο διότι, στις ανωτέρω υποθέσεις πριν τη μεταβίβαση των συμβάσεων και την υποκατάσταση των αρχικών αναδόχων προηγήθηκε διαδικασία αναδιάρθρωσης με τη μορφή στην πρώτη περίπτωση της απόσχισης του κλάδου της δραστηριότητας που αφορά η σύμβαση και στη δεύτερη της πτώχευσης του αρχικού αναδόχου, προϋπόθεση που δεν συντρέχει εν προκειμένω, κατά ανωτέρω αναφερόμενα. Συνεπώς, στις περιπτώσεις των ενώσεων εταιρειών η ίδια η υποκατάσταση, χωρίς προηγούμενη εταιρική αναδιάρθρωση ενός μέλους, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά «αναδιάρθρωση» κατά την έννοια του άρθρου 132 παρ. 1 περ. δ' υποπ. ββ' του ν. 4412/2016. Αντίθετη δε ερμηνευτική εκδοχή θα καθιστούσε την ανωτέρω διάταξη

έρεισμα για την ελεύθερη κατά το δοκούν «αναδιάρθρωση» της ίδιας της ένωσης με τη συμμετοχή νέων τρίτων φορέων, ανεξαρτήτως της εταιρικής αναδιάρθρωσης των κατ' ιδίαν μελών της, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.

25. Τέλος, με την κρινόμενη προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση προβάλλεται ότι με την επίμαχη υποκατάσταση και την συνεπεία αυτής τροποποίηση της σύμβασης δεν καταστρατηγείται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς τα αρχικά μέλη μετατρέπονται σε δανείζοντες εμπειρία, ενώ ειδικά η εταιρεία «.....» στις χρηματοοικονομικές ικανότητες της οποίας στηρίζεται πλέον η ένωση είναι κατά το άρθρο 5.5 της διακήρυξης υπεύθυνη και για την εκτέλεση της σύμβασης, με συνέπεια η επελθούσα μεταβολή να μην επιφέρει ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης.

26. Ο ανωτέρω λόγος που αφορά στις λοιπές προϋποθέσεις που κατά νόμο πρέπει να συντρέχουν ώστε να θεωρηθεί νόμιμη η υποκατάσταση αναδόχου, ήτοι ο νέος ανάδοχος να πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, η διαδοχή να μην συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και να μην γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, προϋποθέτει την προηγούμενη κρίση για το εάν η υποκατάσταση ερείδεται σε εταιρική αναδιάρθρωση, γεγονός που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Σε κάθε περίπτωση, κατά τα ορθώς κριθέντα από το Κλιμάκιο, η εταιρεία «.....» δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν στην διακήρυξη του διαγωνισμού, καθώς πρόκειται για εταιρεία που συστάθηκε λίγες μόνο ημέρες πριν την κατάθεση της αίτησης έγκρισης της υποκατάστασης και προφανώς δεν διαθέτει την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη εμπειρία και χρηματοοικονομική επάρκεια. Το γεγονός δε ότι στην προκειμένη περίπτωση τα αποχωρούντα από την ένωση δύο μέλη μετεξελίσσονται σε παρόχους δάνειας εμπειρίας για την κάλυψη των απαιτήσεων ποιοτικής επιλογής της νέας ένωσης συνιστά αυτοτελώς ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης και των όρων της αρχικής ανάθεσης αυτής, καθώς τουλάχιστον η εταιρεία «.....»

.....» στις ικανότητες της οποίας επέβλεψε η αναθέτουσα αρχή για την ανάθεση εκτέλεσης της υπηρεσίας αποξενώνεται πλήρως κάθε συμβατικής της ευθύνης. Επιπλέον, παρά το γεγονός ότι κατά το άρθρο 5.5 της Διακήρυξης η δανείζουσα πλέον την χρηματοοικονομική της επάρκεια εταιρεία «.....» είναι υπεύθυνη για την εκτέλεση της σύμβασης, εντούτοις παύει να αποτελεί πλέον αντισυμβαλλόμενο μέρος. Ως εκ τούτου, δεν συντρέχουν εν προκειμένω ούτε οι πρόσθετες προϋποθέσεις του άρθρου 132 παρ. 1δ΄για τη νόμιμη υποκατάσταση των μελών της αρχικής αναδόχου ενώσεως και τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Τέλος, λόγω του γεγονότος ότι εν προκειμένω δεν προκύπτει ο λόγος που καθιστά αναγκαία την επίμαχη υποκατάσταση δεν είναι δυνατό να διακριβωθεί αν η υποκατάσταση αυτή κατατείνει σε καταστρατήγηση των διατάξεων του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, που αφορούν τόσο την ανάθεση όσο και, σε επίπεδο εθνικού δικαίου, την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων.

27. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να απορριφθούν, να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη και να διαταχθεί η κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου των κατατεθέντων από τις προσφεύγουσες παραβόλων (άρθρα 310 παρ. 1 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την από 21.7.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης των ενώσεων εταιρειών: 1) «.....», καθώς και ενός εκάστου των μελών αυτής και 2)», καθώς και ενός εκάστου των μελών αυτής.

Απορρίπτει την παρέμβαση του νπδδ Ο.Τ.Α. α΄ βαθμού με την επωνυμία «Δήμος».

Δεν ανακαλεί την Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Διατάσσει την κατάπτωση των κατατεθέντων από τις προσφεύγουσες παραβόλων υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε με τηλεδιάσκεψη στις 5 Αυγούστου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΕΛΙΣΑΒΕΤ ΚΟΥΛΟΥΜΠΙΝΗ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΒΑΓΙΑΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ α.α.
ΜΑΡΙΑ ΦΟΡΤΣΕΡΑ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στο ακροατήριο του 8^ο Τμήματος Διακοπών του Δικαστηρίου στις 22 Αυγούστου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΛΕΝΗ ΛΥΚΕΣΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ