

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 8 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 30.09.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1363/07.10.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «....», (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση: (α) Του υπ' αριθμό .../.../04.07.2022 πρακτικού αξιολόγησης, υποφακέλλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά» του διαγωνισμού ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. ... (ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ), της Επιτροπής Τεχνικής Αξιολόγησης των Προσφορών, (β) Της υπ' αριθμό 150/16.09.2022 απόφασης της Διεύθυνσης Υλικών, Προμηθειών & Μεταφορών και (γ) Του υπ' αριθμό .../20.09.2022 πορίσματος της Επιτροπής Τεχνικής Αξιολόγησης των Προσφορών και κάθε προγενέστερης, μεταγενέστερης ή συναφούς πράξης ή παράλειψης.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά, και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ποσού €5.900, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη άνευ Φ.Π.Α. αξία της σύμβασης, ήτοι €1.180.000,00.

2.Επειδή, δυνάμει της με αριθμό ... Διακήρυξης, προκηρύχθηκε από τον ανοιχτός μειοδοτικός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχων για την προμήθεια δύο (2) ειδών Ο διαγωνισμός διενεργείται μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «sourceONE» (εφ' εξής: «*Σ.Η.Δ.- Σύστημα Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών*»). Η ανωτέρω Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) στις 23.11.2021 και αναρτήθηκε στο Σ.Η.Δ και στην Επίσημη Ιστοσελίδα του ... στις 25.11.2021.

3.Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμό 150/16.09.2022 απόφασης της εκτελεστικής επιτροπής του ... (εφ' εξής η «*προσβαλλόμενη*»): α) κρίθηκαν ως τυπικά και τεχνικά παραδεκτές οι προσφορές της παρεμβαίνουσας και των εταιρειών «...» και «...», β) απορρίφθηκε ως τεχνικά απαράδεκτη η προσφορά της προσφεύγουσας και γ) αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα. Σημειωτέον ότι το προσβαλλόμενο υπ' αριθμό .../.../04.07.2022 πρακτικό, ως και το προσβαλλόμενο υπ' αριθμό .../20.09.2022 πόρισμα, έχουν γνωμοδοτικό χαρακτήρα, ως εκ τούτου μόνο η ανωτέρω προσβαλλόμενη απόφαση προσβάλλεται παραδεκτώς δια της προσφυγής, ως η μόνη έχουσα εκτελεστό χαρακτήρα σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρ. 360 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 30.09.2022, με κατάθεση μέσω του Συστήματος Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας «cosmoONE», δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους την 20.09.2022 στο Σύστημα Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών, στο πεδίο «Ανακοινώσεις». Περαιτέρω, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση

του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και στην και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και στην παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και στην παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017. Σημειωτέον ότι εκ παραδρομής η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμό 150/16.09.2022 απόφαση είναι της Διεύθυνσης Υλικών, Προμηθειών & Μεταφορών, αντί του ορθού, ότι είναι απόφαση της εκτελεστικής επιτροπής του Στο περιεχόμενο της προσφυγής και στο αιτητικό της αναφέρονται ορθώς το υπ' αρ. .../04.07.2022 πρακτικό, το υπ' αρ. .../20.09.2022 πόρισμα της Επιτροπής Τεχνικής Αξιολόγησης, ο αριθμός του εν θέματι διαγωνισμού ..., αναλυτικό ιστορικό με τα τιθέμενα ζητήματα, ο ορθός αριθμός 150/16.09.2022 της προσβαλλόμενης και, ως εκ τούτου, συνάγεται η πρόθεση της προσφεύγουσας περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης. Τέλος, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας ερείδεται στο ότι είχε συμμετάσχει στο διαγωνισμό, στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τούτου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ειδικώς, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, επειδή δεν προβάλλονται δια της προσφυγής και ισχυρισμοί κατά της εταιρείας ΕΝΙΑ, είναι απορριπτέοι, καθώς, ως έχει κριθεί: *«...κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω απόφασης, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της σύμβασης σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρέωσης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να*

μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18. Εξάλλου, κατά το ΔΕΕ (C- 333/18, Lombardi Srl, EU:C:2019:675, σκ. 30) ο αριθμός των μετεχόντων στη διαδικασία διαγωνισμού για τη σύναψη της επίμαχης δημοσίας σύμβασης, όπως και ο αριθμός των μετεχόντων που άσκησαν προσφυγή, δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που μνημονεύθηκε ανωτέρω» (899/2022 ΣΤΕ).

5.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στις 03.10.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, μέσω του Συστήματος Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας «cosmoONE», και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις με αρ. 323590/17.10.2022 απόψεις της, σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, στις 17.10.2022, εμπρόθεσμα (κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία μέρα της προθεσμίας του άρ. 365 αρ. 1 παρ. β ήταν η 15.10.2022, ημέρα Σάββατο, και άρα εξαιρετέα).

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθώς η παρέμβαση ασκήθηκε στις 13.10.2022 με κατάθεση μέσω του Συστήματος Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας «cosmoONE», δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους την 03.10.2022 μέσω του Συστήματος Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών, και μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού.

7.Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα Αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας Αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες

τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης, ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων, με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική, διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος). Μάλιστα, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψή της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

8.Επειδή, η προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, βάλλει κατά της τεχνικής απόρριψης της προσφοράς της, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, έπρεπε να κληθεί να επαναλάβει τη δοκιμή της παραγράφου 6.1.2 «Δοκιμή σε κρουστικό κύμα» της Τεχνικής Προδιαγραφής ... ΔΔ-01.48/23.10.2017, η οποία ορίζει: *«Η δοκιμή θα εκτελείται σε πλήρες και αποκεκομμένο κρουστικό κύμα, στη λήψη με τον μικρότερο αριθμό σπειρών, σύμφωνα με το πρότυπο EN 60076-3: 2001»*.

9.Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον προκείμενο διαγωνισμό και επί τη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, προκύπτουν τα εξής: Κατ' αρχάς, από τους όρους 2.4.3.3, 2.4.3.3.6 και 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφοράς» της οικείας Διακήρυξης προκύπτει εναργώς ότι τα «Πιστοποιητικά επιτυχούς εκτελέσεως δοκιμών τύπου και ειδικών δοκιμών» του όρου 2.4.3.3.6 υποβάλλονται με την προσφορά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, σύμφωνα με τον ρητό όρο 2.4.6 β της Διακήρυξης. Εκ των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης, λοιπόν, συνάγεται ότι οι δοκιμές θα πρέπει να έχουν διενεργηθεί πριν από την υποβολή της προσφοράς και, κατ' ακολουθία, τα πιστοποιητικά, που τεκμηριώνουν τη διενέργεια των δοκιμών, θα πρέπει να έχουν συνταχθεί σε χρόνο προγενέστερο της προσφοράς ή απώτατο τον χρόνο της τελευταίας. Η δε προσφεύγουσα, ήδη με την προσφυγή της, συνομολογεί πως τα υποβληθέντα από εκείνην Πιστοποιητικά Δοκιμών αφορούν σε μετασχηματιστές μεγαλύτερης ισχύος από αυτή που απαιτούν οι τιθέμενες προδιαγραφές. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.8.2 της Διακήρυξης, ορίζεται ότι το δικαίωμα

συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης. Έτι περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και ενός προσφέροντος, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, κατ' αρχάς, μία προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας Αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα Αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο, την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω Αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μία υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων, οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου. Εν προκειμένω, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές δεν υπήρχε δε δυνατότητα κλήσης για, το πρώτον, υποβολή εγγράφων που, επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να είχε υποβάλει με την προσφορά της, καθ' ότι τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη υποβολή νέας προσφοράς, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της αναθέτουσας και της

παρεμβαίνουσας και απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι, επειδή στη σελ.10 του υπ' αρ. ΔΕΔ/175437/04.07.2022 πρακτικού αξιολόγησης διαλαμβάνεται αφ' ενός ότι *«το κόστος των δοκιμών τύπου και των ειδικών δοκιμών, σε περίπτωση που κριθεί σκόπιμο να επαναληφθούν, θα είναι ακόλουθο (2 Δοκιμή σε κρουστικό κύμα είδος 1 830,00 ευρώ είδος 2 κόστος 830,00 ευρώ)»* και αφ' ετέρου ότι *«το κόστος των δοκιμών τύπου και των ειδικών δοκιμών, σε περίπτωση που κριθεί σκόπιμο να επαναληφθούν, θα είναι ακόλουθο (13 μέτρηση της ομοπολικής αντίστασης είδος 1 150,00 ευρώ είδος 2 κόστος 150 ευρώ)»*, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς στη σελίδα 10 του επίμαχου πρακτικού αναφέρονται στοιχεία, τα οποία πρέπει να περιέχει η σύμβαση που θα συναφθεί με τον μειοδότη οικονομικό φορέα. Αναλυτικότερα, το κόστος εκτέλεσης δοκιμών τύπου και ειδικών δοκιμών αφορά στην περίπτωση που κριθεί σκόπιμο να εκτελεστούν αυτές από τον μειοδότη οικονομικό φορέα, μετά την υπογραφή της σύμβασης, και όχι από τον εκάστοτε οικονομικό φορέα. Άλλωστε, και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί με την προσφυγή της ότι στο υπόδειγμα της σύμβασης, που περιλαμβάνεται στη Διακήρυξη, μνημονεύεται ότι μπορεί να επαναληφθούν οι δοκιμές. Πλην όμως η επανάληψη των δοκιμών σύμφωνα με τον όρο 12.2.2 του επίμαχου υποδείγματος σύμβασης προβλέπονται μόνο για τον ανάδοχο (βλ. όρο 12.2.2 του υποδείγματος σύμβασης *«ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ ΔΟΚΙΜΩΝ ΤΥΠΟΥ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΩΝ ΔΟΚΙΜΩΝ»*: *«Ο ... κατά τη διάρκεια ισχύος της Σύμβασης έχει τη δυνατότητα, εάν το θελήσει, να ζητήσει την επανάληψη κάθε μίας δοκιμής τύπου ή ειδικής δοκιμής. Ο ... θα καταβάλει στον Ανάδοχο τη δαπάνη εκτέλεσης αυτών των δοκιμών...»*). Επομένως, πρέπει να γίνουν δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας και να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας. Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ο λόγος αποκλεισμού της, που κρίθηκε ως ήσσονος σημασίας με την προσβαλλόμενη, συνιστά σοβαρότερο λόγο αποκλεισμού σε σχέση με αυτούς, για τους οποίους αποκλείσθηκε, είναι απορριπτέοι. Και αυτό, διότι οι οικείοι ισχυρισμοί προβάλλονται απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος, επειδή κατατείνουν όχι στην ακύρωση, αλλά στην τροποποίηση της προσβαλλομένης με την προσθήκη αιτιολογιών κατ' αποδοχή των διαφορετικών επιπρόσθετων λόγων απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, που εκτίθενται στην

προσφυγή. Σε κάθε περίπτωση, εφ' όσον η επίμαχη προσφορά έχει απορριφθεί με την προσβαλλόμενη για ορισμένους λόγους, η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον και δεν δύναται να αξιώσει την απόρριψη της προσφοράς για άλλους διαφορετικούς ή για επιπρόσθετους διαφορετικούς λόγους, καθ' όσον ουδεμία βλάβη υφίσταται και ουδεμία ωφέλεια θέλει αποκομίσει από την αντικατάσταση των αιτιολογιών της προσβαλλόμενης απόφασης. Ως έχει, δε, κριθεί, η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για τον προσφεύγοντα τελεί υπό την ύπαρξη βλάβης, εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία, καθώς έχει κριθεί ότι, ακόμα και αν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, αλλά εν τούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, η πράξη δεν πάσχει ακυρότητα (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988, 1492/2021 ΑΕΠΠ). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με το α' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής της βάλλει κατά της προσφοράς της εταιρείας «...», ήτοι της παρεμβαίνουσας, διότι, πρώτον, κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης, η προσφορά της δεύτερης δεν πληροί τον όρο 2.4.3.3.13 της Διακήρυξης και, δεύτερον, οι από 10.06.2022 έγγραφες εξηγήσεις της δεν προέρχονται από την «...», αλλά από έτερη εταιρεία περιορισμένης ευθύνης και συγκεκριμένα την «...».

11. Επειδή, αναφορικά με το α' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, λεκτέα είναι τα εξής: Πρώτον, στον όρο 2.4.3.3.13 της Διακήρυξης, μεταξύ άλλων, ορίζεται ότι: *«Ο προσφέρων, θα δηλώνει, εάν διαθέτει υποδομές ή θα δημιουργήσει υποδομές/θα συνεργαστεί με άλλον φορέα, για την Τεχνική Υποστήριξη των Μ/Σ. Πρέπει να δηλώνονται τα ακόλουθα: • Η εταιρεία που θα επισκευάσει τους Μ/Σ Διανομής θα πρέπει να διαθέτει, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, εγκαταστάσεις και προσωπικό για την επισκευή Μ/Σ Διανομής εντός χρόνου εγγύησης...»*. Περαιτέρω, δυνάμει του ίδιου ως άνω όρου, δίνεται η δυνατότητα στον προσφέροντα, αν δεν διαθέτει υποδομές ή συνεργάτη για την Τεχνική Υποστήριξη εντός εξαμήνου από την ανάθεση της προμήθειας των Μ/Σ, να δημιουργήσει την αναγκαία υποδομή τεχνικής υποστήριξης, κατά τα αναλυτικώς προδιαγραφόμενα στον επίμαχο όρο. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα, με τις υποβληθείσες από 10.06.2022

διευκρινίσεις της, υπέβαλε έγγραφα προς αποσαφήνιση ήδη υποβληθέντων με την προσφορά της στοιχείων. Τα αρχικώς υποβληθέντα αυτά στοιχεία ήταν: α) Η υπ' αρ. «2.4.3.3.13 από 24.02.2022 Δήλωση Επισκευής Μ-Σ», στην οποία αναφερόταν ότι οι μετασχηματιστές θα επισκευάζονται στο εργοστάσιο του κατασκευαστή, που βρίσκεται στο εξωτερικό, και β) Η υπ' αρ. «2.4.3.3.13 από 25.02.2022 ΔΗΛΩΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ», στην οποία εδηλώνετο ότι η Τεχνική Υποστήριξη των Μετασχηματιστών Διανομής, σε περίπτωση ανάθεσης της σχετικής Σύμβασης, θα πραγματοποιείται στις εγκαταστάσεις της εταιρείας ..., με έδρα την ..., και της εταιρίας ..., πάλι με έδρα την Στην επίμαχη Δήλωση Τεχνικής Υποστήριξης εδηλώνετο, ότι οι παραπάνω εταιρίες διαθέτουν: (α) Κατάλληλο στεγασμένο χώρο, εξοπλισμό (γερανογέφυρα κλπ.) και προσωπικό για το άνοιγμα, (β) κλείσιμο των Μ/Σ Διανομής πριν από την επισκευή τους, παρουσία του εκπροσώπου του Αναδόχου αφ' ενός και του Επιθεωρητή της ... του ... αφ' ετέρου, (γ) Κατάλληλο στεγασμένο χώρο, εξοπλισμό για την εκτέλεση όλων των δοκιμών σειράς της Τ.Π. ΔΔ-01.48/23.10.2017 και προσωπικό για την εκτέλεση δοκιμών σειράς στους επισκευασμένους Μ/Σ Διανομής, παρουσία του εκπροσώπου του Αναδόχου αφ' ενός και του Επιθεωρητή της ... του ... αφ' ετέρου, και (δ) Ότι μέσω του κατασκευαστή και του προσφέροντος θα παρέχουν προσωπικό, ικανό να παρέχει πλήρη τεχνική υποστήριξη για τους Μ/Σ, πέραν των επισκευών, τη σχεδίαση, την παροχή τεχνογνωσίας και την επίλυση οποιουδήποτε άλλου τεχνικού προβλήματος προκύψει για τους Μ/Σ Διανομής. Περαιτέρω, με τις διευκρινίσεις της, η παρεμβαίνουσα δήλωσε ότι εκπρόσωπος του κατασκευαστή και του αναδόχου θα είναι υπεύθυνος για να παρέχει την ανάλογη τεχνική υποστήριξη στις εγκαταστάσεις των φορέων αυτών (των αναφερόμενων ήδη στην ως άνω Δήλωση Τεχνικής Υποστήριξης), που είναι πλήρως εξοπλισμένοι και πιστοποιημένοι, και ως εκ τούτου διαθέτει προσωπικό, ικανό να παρέχει πλήρη τεχνική υποστήριξη για τους Μ/Σ, πέραν των επισκευών, τη σχεδίαση, την παροχή τεχνογνωσίας και την επίλυση οποιουδήποτε άλλου τεχνικού προβλήματος προκύψει για τους Μ/Σ Διανομής. Επιπλέον, από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας καλύπτει τις τιθέμενες απαιτήσεις του όρου 2.4.3.3.13 της Διακήρυξης, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας και απορριπτομένων των περί του

αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Δεύτερον, ως προς τους ισχυρισμούς περί της νομικής μορφής της παρεμβαίνουσας εταιρείας λεκτέα είναι τα εξής: Η εταιρεία με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» προήλθε από μετατροπή της ... με την επωνυμία «...», όπως προκύπτει από την 8-2-2017 καταχώρηση στο Γ.Ε.ΜΗ της με α.π. 2220/13-02-2017 ανακοίνωσης. Μάλιστα η «...» έχει το ίδιο ΑΦΜ με την «...», όπως προκύπτει από δημοσιευμένα στο ΓΕΜΗ στοιχεία, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της αναθέτουσας. (βλ. για ΑΕ αρχείο στο ΓΕΜΗ «Γενική Συνέλευση» 2022-10-30 αρ. καταχ. 3304895 και για ΕΠΕ αρχείο στο ΓΕΜΗ «ΙΣΟΛΟΓΙΣΜΟΣ 2012» 2012-12-31 αρ. πρωτ. 83015). Σημειωτέον ότι ο Νόμος επιτρέπει με ρητές διατάξεις την κατά κυριολεξία μετατροπή της ΕΠΕ σε ΑΕ (άρθρο 67 § 1 του ΚΝ 2190/1920). Ως μετατροπή νοείται η μεταβολή του νομικού τύπου της εταιρείας, ήτοι η εγκατάλειψη του εταιρικού τύπου, που είχε αρχικά υιοθετηθεί για την άσκηση της επιχειρηματικής δραστηριότητας εξ αιτίας νομοθετικής επιταγής ή μεταβολών στις συνθήκες της αγοράς ή στις ανάγκες της επιχείρησης, και η υιοθέτηση ενός άλλου γνωστού εταιρικού τύπου, για την άσκηση της εταιρικής δραστηριότητας μέσω αυτού (βλ. Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών 2η έκδ., σελ. 470). Η μετατροπή αυτή μπορεί να επιτευχθεί είτε με τη λύση της εταιρείας, την εκκαθάρισή της και τη σύσταση από τα μέλη της μιας νέας εταιρείας με διαφορετικό νομικό τύπο, είτε με την απλή τροποποίηση του Καταστατικού της εταιρείας και την προσαρμογή του τελευταίου προς το δίκαιο, που διέπει τον υιοθετούμενο νέο εταιρικό τύπο. Στην πρώτη περίπτωση γίνεται λόγος για καταχρηστική μετατροπή, ενώ στη δεύτερη περίπτωση πρόκειται περί γνήσιας ή κατά κυριολεξία μετατροπής (βλ. Αλεξανδρίδου, ό.π., σελ. 470, Αλεπάκος σε ΔικΑΕ, 2010, Τ. II, Εισαγωγικές παρατηρήσεις στα άρθρα 66,66α και 67, σελ. 2163). Με τη μετατροπή επέρχεται απλώς αλλαγή στον τύπο, ήτοι στη μορφή και το νομικό ένδυμα της εταιρείας, ενώ ο επιχειρηματικός φορέας, ήτοι το Νομικό Πρόσωπο, παραμένει αμετάβλητο (Μαρίνος σε ΔικΑΕ, Τόμος 8, 2001, στους αρ. 10 επ. σελ. 73 επ.). Στη νομική συνέχιση της επιχειρηματικής ταυτότητας, δηλαδή, ανακλάται η συνέχιση της νομικής προσωπικότητας, χωρίς να επέρχεται εν προκειμένω οιοδήποτε καθολική διαδοχή, όπως στην περίπτωση της συγχώνευσης (βλ. Μαρίνο, ό.π., σελ. 73, στον αρ. περ. 9). Εν όψει του γνήσιου χαρακτήρα της κατά κυριολεξία μετατροπής, άλλωστε, δεν μεσολαβεί

και λύση και εκκαθάριση της εταιρείας ή ίδρυση νέας εταιρείας με μεταβίβαση της εταιρικής περιουσίας και των εταιρικών χρεών στη νέα εταιρική μορφή. Ο μεταβάλλων απλώς τη νομική του μορφή φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων της επιχείρησης παραμένει ο ίδιος και δη τόσο σε επίπεδο ουσιαστικού όσο και δικονομικού δικαίου, παρά την κατά τα λοιπά μεταβολή του νομικού τύπου, του οργανωτικού πλαισίου και του καθεστώτος, που τον διέπει. (102/2018 Μον.Πρωτ. Θεσ/κης). Εν όψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι οι επίμαχες έγγραφες εξηγήσεις δεν προέρχονται από την «... ...», τυγχάνουν απορριπτέοι, ενώ δεκτοί πρέπει να γίνουν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας. Συνεπώς, το οικείο σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής είναι απορριπτέο.

12. Επειδή, με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της εταιρείας «... ...» (2^η σε σειρά μειοδοσίας), διότι, κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης, οι προσφερόμενοι από την δεύτερη Μ/Σ για το είδος 2 δεν ανταποκρίνονται στην τιμή κορυφής, την οποία απαιτεί η Διακήρυξη.

13. Επειδή, αναφορικά με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου, λεκτέα είναι τα εξής: Στην παρ. 5.8.3.2 της ΤΠ ΔΔ-01.48/23.10.2017 ορίζεται «**5.8.3.2. Μονωτήρες Χ.Τ.** α) Αντοχή σε πλήρες κρουστικό κύμα τάσης, μορφής 1,2/50 μ s, τιμής κορυφής: 30 kV β) Αντοχή σε τάση βιομηχανικής συχνότητας υπό βροχή επί 1 min, ενδεικνυμένης τιμής: 10 kV **Ειδικά για τους μονωτήρες που προορίζονται να τοποθετηθούν σε ... γίνεται αποδεκτή η αντοχή σε πλήρες κρουστικό κύμα τάσης, μορφής 1,2/50 μ s τιμής κορυφής 22,5 kV, λόγω μη πλήρους εμβάπτισής τους στο λάδι.** Δηλαδή στην επίμαχη παράγραφο δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένη τιμή για τους αντίστοιχους μονωτήρες ΧΤ μη πλήρως εμποτισμένους στο λάδι, των Μ/Σ στεγανής τεχνολογίας ισχύος 160 kVA. Στις επίμαχες διευκρινίσεις της, η εταιρεία «...» αναφέρει ότι: «...Στην περίπτωση Μ/Σ στεγανού τύπου ο μονωτήρας δεν είναι πλήρως εμποτισμένος στο λάδι και σύμφωνα με την παράγραφο 5.8.3.2 της ΤΠ ΔΔ 01.48/23.10.2017 είναι αποδεκτή η τιμή κορυφής σε πλήρες κρουστικό κύμα τάσης 22,5 kV ακολουθώντας την ίδια φιλοσοφία που ισχύει για τους Μ/Σ 50&100kVA....». Περαιτέρω, στην παράγραφο 5.11.5 «Δοχείο Διαστολής» του Συμπληρώματος 2 της ΤΠ ΔΔ-

01.48/23.10.2017 (σελ. 133 επ. Διακήρυξης) καθορίζεται ότι, στην περίπτωση Μ/Σ χωρίς δοχείο διαστολής, θα εφαρμόζονται οι απαιτήσεις δοκιμών στεγανότητας, όπως για τους 50 kVA και 100 kVA. Επομένως, για την κατασκευή των Μ/Σ 160 kVA σφραγισμένου τύπου χωρίς δοχείο διαστολής με στρώμα αέρα χρησιμοποιείται η ίδια τεχνολογία, όπως για την κατασκευή Μ/Σ 50 kVA και 100 kVA, όσον αφορά στους μονωτήρες Χ.Τ, λόγω της μη πλήρους εμβάπτισής τους στο λάδι. Άρα, οι απαιτήσεις δοκιμών αντοχής σε πλήρες κρουστικό κύμα τάσης μορφής 1,2/50 μ s των μονωτήρων ΧΤ, θα πρέπει να είναι εκείνες που αντιστοιχούν στην ίδια τεχνολογία κατασκευής. Συνεπώς, η αντοχή σε πλήρες κρουστικό κύμα τάσης μορφής 1,2/50 μ s θα πρέπει να έχει τιμή κορυφής 22,5 Κν, βάσει της ως άνω παραγράφου 5.8.3.2 της ΤΠ ΔΔ-01.48/23.10.201. Επομένως, οι προσφερόμενοι από την «...» μετασχηματιστές κατασκευής στεγανού τύπου πληρούν τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της αναθέτουσας και απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 28 Νοεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ