



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 13/2017
ΕΠΙ ΑΙΤΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ – ΟΡΙΣΜΟΥ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ
ΛΕΞΕΙΣ ΚΛΕΙΔΙΑ- ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΗΛΕΚΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΕΣ, ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΕΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ, ΒΑΣΙΜΟΤΗΤΑ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Του 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ της Α.Ε.Π.Π.

αποτελούμενου από τον Προεδρεύοντα, Μιχαήλ Οικονόμου (εισηγητή) και τα μέλη, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου και Μιχαήλ Σεραδάκη, επί του αιτήματος για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 42/22-8-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. III/7/22-8-2017) Προδικαστικής Προσφυγής της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....»

Έχοντας λάβει υπόψη:

1. Τις διατάξεις:

α) των άρθρων 353, 355, 360, 362, 363, 364, 365, 366 και 367 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016), όπως ισχύει,

β) των άρθρων 6, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 18 και 20 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017),

2. Την κατάθεση μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), της από 7-8-2017 (με ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την 14-8-2017), με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 42/22-8-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. III/7/22-8-2017 και χρέωσής της στο 3ο Κλιμάκιο με το από 24-8-2017 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 3ου Κλιμακίου, Προδικαστικής Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΔΥΤΙΚΗΣ ΕΛΛΑΔΑΣ και κατά των όρων της Διακήρυξης ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΝΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΤΗΣ ΠΑΡ. Γ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 5 ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ: «Εκσυγχρονισμός Συστήματος Φωτεινής Σηματοδότησης στην Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας, με Κωδικό ΟΠΣ5002678, συνολικού προϋπολογισμού 1.815.000 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής στο σύνολο των υπό προμήθεια ειδών Κωδικός CPV: 34942000-2 και με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: 44783,

3. Το περιληφθέν στην ως άνω Προδικαστική Προσφυγή αίτημα της Προσφεύγουσας εταιρείας περί εκδόσεως πράξης αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ορισμού κατάλληλων προσωρινών μέτρων μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της πιο πάνω Προδικαστικής προσφυγής κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017,

4. Την με αρ. 5/2017 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου, περί ορισμού συζήτησης προσφυγής και εισηγητή, η οποία έλαβε Αριθ. Πρωτ. Οικ. της Α.Ε.Π.Π. 143/24.08.2017 με την οποία α) ορίστηκε ημερομηνία εξέτασης της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής η 22-9-2017, και ώρα 10.00 στην έδρα της Α.Ε.Π.Π., Λεωφόρος Θηβών 198, Αγ. Ιωάννης Ρέντη, Κτίριο Κεράνη 5^{ος} όροφος, β) ορίστηκε Εισηγητής, ο κος Οικονόμου Μιχαήλ Πρόεδρος του Γ' Κλιμακίου της ΑΕΕΠ, δυνάμει του άρθρου 12 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι ανέλαβε όπως έως την ως άνω ορισθείσα ημέρα εξέτασης συντάξει, προσκομίσει και παρουσιάσει ενώπιον του Κλιμακίου εισήγηση με πρότασή για τη νομική και ουσιαστική βασιμότητα της προσφυγής μετά συνοπτικής εκθέσεως των δεδομένων που ελήφθησαν υπόψη για την προτεινόμενη εισήγηση έως την ως άνω ημέρα εξέτασης,

5. Την με αρ. 6/2017 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου με την οποία ορίστηκε ομοίως Εισηγητής με τα αντίστοιχα καθήκοντα και για την έκδοση της πράξης αναστολής εκτέλεσης των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς και για τον ορισμό των κατάλληλων προσωρινών μέτρων έως την έκδοση της απόφασης επί της Προσφυγής ο κος Οικονόμου Μιχαήλ Πρόεδρος του Γ' Κλιμακίου της ΑΕΕΠ και στην οποία εμπεριέχεται και

Κλήση της Αναθέτουσας Αρχής, όπως καταθέσει τις απόψεις της επί του αιτήματος της αναστολής εκτέλεσης – προσωρινών μέτρων εγγράφως, δυνητικώς και εφόσον κρίνει τούτο σκόπιμο εντός προθεσμίας τριών (3) ημερών, από της κοινοποίησης της εν λόγω κλήσης και υπόμνηση για τις κατά Νόμο υποχρεώσεις της,

6. Την κοινοποίηση της πιο πάνω Πράξης και Κλήσης στην Προσφεύγουσα εταιρεία και την Αναθέτουσα Αρχή με το από 24-8-2017 ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 3ου Κλιμακίου,

7. Τις από 28/8/2017 απόψεις της αναθέτουσας οι οποίες απεστάλησαν ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ και αναρτήθηκαν την ίδια μέρα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, όπως επίσης και την από 29-08-2017 Εισήγηση του ως άνω εισηγητή.

Αφού άκουσε τον εισηγητή και μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφτηκε κατά το Νόμο :

I. ΣΥΝΤΟΜΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1. Με την «*Διακήρυξη ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΝΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΤΗΣ ΠΑΡ. Γ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 5 ΤΟΥ Ν. 4412/2016*» η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας προκήρυξε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «*Εκσυγχρονισμός Συστήματος Φωτεινής Σηματοδότησης, με Κωδικό ΟΠΣ5002678, συνολικού προϋπολογισμού 1.815.000 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ*», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής στο σύνολο των υπό προμήθεια ειδών. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 28-7-2017 και την ίδια μέρα καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), όπου έλαβε το συστημικό αριθμό με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: 44783. Η Προσφεύγουσα στις 14-8-2017 κατέθεσε την υπό κρίση προσφυγή μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και στις 22/8/2007 την κατέθεσε στην ΑΕΠΠ και έλαβε αρ. πρωτοκόλλου 42/22-8-2017. Η προσφεύγουσα εταιρεία, επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι *«με δύο Υπουργικές Αποφάσεις (του ΥΠΕΧΩΔΕ), που εκδόθηκαν για την εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας στα ευρωπαϊκά Πρότυπα και τις ευρωπαϊκές Οδηγίες, κατόπιν συνεργασίας και με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εγκρίθηκαν δύο Τεχνικοί Κανονισμοί: 1) για τους Φωτεινούς Σηματοδότες Ρύθμισης της Κυκλοφορίας Οχημάτων και Πεζών (υπ' αριθμ. ΔΜΕΟ/ο/4319/11- 11-2013, ΦΕΚ Β' 3007) και 2) για τους Ρυθμιστές Φωτεινής Σηματοδότησης Κυκλοφορίας Οχημάτων και Πεζών (υπ' αριθμ. ΔΜΕΟ/ο/1925/ζ/254/8-5-2014, ΦΕΚ Β' 1321). Οι Κανονισμοί αυτοί αποτελούν «εθνικά πρότυπα», κατά μεταφορά αντίστοιχων ευρωπαϊκών, υπό την έννοια του άρθρου 54 § 3 εδάφ. β' του Ν. 4412/2016, η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών που προβλέπουν είναι υποχρεωτική, με σκοπό να διασφαλισθεί ο ανταγωνισμός και η ελεύθερη κυκλοφορία και χρήση των προϊόντων που τηρούν τις ευρωπαϊκές Οδηγίες και φέρουν τη σήμανση ΟΕ. Δεν επιτρέπεται απόκλιση από τις προδιαγραφές αυτές, κάθε δε τυχόν πρόσθετη προδιαγραφή μπορεί να θεσπισθεί μόνον κατ' εξαίρεση και κατόπιν τήρησης προβλεπόμενης σχετικών «διαδικασίας διασφάλισης» και ενημέρωσης της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως ρητώς προβλέπεται σε αμφοτέρως τις ανωτέρω. Υ.Α. Όμως, με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδος, εφαρμόζοντας, προφανώς εκ παραδρομής, προηγηθείσες (και καταργηθείσες πλέον) κανονιστικές ρυθμίσεις, προσέθεσε ή διαφοροποίησε (αλλοίωσε ουσιωδώς) σε σχέση με τις ως άνω δύο Υ.Α. τις τεχνικές προδιαγραφές των ζητούμενων ειδών ή παρέλειψε ορισμένες από αυτές, παραβιάζοντας έτσι ευθέως τους προαναφερθέντες δύο Τεχνικούς Κανονισμούς και θέτοντας, ανεπιτρέπτως και χωρίς την προηγούμενη τήρηση της διαδικασίας διασφάλισης και χωρίς ενημέρωση της Ε.Ε., μη νόμιμες προϋποθέσεις στον επίμαχο διαγωνισμό. Τις μη νόμιμες, πρόσθετες ή διαφορετικές ή επί το έλασσον αυτές τεχνικές προδιαγραφές δεν τις πληρούν τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα, τα οποία, όπως επικαλείται, είναι πλήρως εναρμονισμένα και απολύτως συμβατά με όλους ανεξαιρέτως τους όρους και τις τεχνικές προϋποθέσεις των δύο ανωτέρω Υπουργικών Αποφάσεων, κυκλοφορούν δε και χρησιμοποιούνται σε όλες σχεδόν τις χώρες της Ε.Ε.»*».

2. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προς εξειδίκευση και επίρρωση των ανωτέρω ισχυρισμών της επικαλείται ότι *«οι επιπλέον ή αλλοιωμένοι ή επί το έλασσον όροι, που μη νομίμως και σε αντίθεση με τα εθνικά πρότυπα θέτει η επίμαχη Διακήρυξη και οι οποίοι περιλαμβάνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ' αυτής, συνίστανται στα εξής: 1.- Παραλείπονται τελείως οι απαιτήσεις που διαλαμβάνονται στο Κεφάλαιο 2 του ΦΕΚ Β' 1321, με βάση τα πρότυπα ΕΛΟΤ EN 50556 και ΕΛΟΤ EN 12675, του Κεφαλαίου 4 αυτού, με τίτλο Δοκιμές, αναφορικά με τις δοκιμές που πρέπει να υποστεί ο ρυθμιστής κυκλοφορίας. Ομοίως και του Κεφαλαίου 5 αυτού, με τίτλο Σήμανση και Γενικές Πληροφορίες (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 2.- Οι απαιτήσεις που περιλαμβάνονται στις παραγράφους Γ/Β/1.1.1, Γ/Β/1.1.2, Γ/Β/1.3.1, Γ/Β/1.3.2, Γ/Β/1.3.5 της Διακήρυξης είναι πέραν (επιπλέον) εκείνων που ορίζονται στο ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 3.- Οι απαιτήσεις των παραγράφων Γ/Β/1.4.1, Γ/Β/1.4.2 της Διακήρυξης διαφέρουν με τις τιμές που ορίζονται στην παράγραφο 3.1.2 του ΦΕΚ Β' 1321 αναφορικά με την ασφάλιση του ρυθμιστή κυκλοφορίας και θέτουν επιπλέον ή διαφορετικές (άλλες) προϋποθέσεις σε σχέση με αυτές που περιλαμβάνονται στην τελευταία (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 4.- Η απαίτηση της παραγράφου Γ/Β/1.6.1 της Διακήρυξης αναφορικά με την ακρίβεια της ωρολογιακής μονάδας του ρυθμιστή και την εφεδρεία χρόνου καθορίζει τιμές ανώτερες εκείνων της παραγράφου 3.1.4 του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 5.- Η απαίτηση της παραγράφου Γ/Β/1.7 της Διακήρυξης έχει τεθεί πέραν των όσων ορίζονται στο ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 6.- Η*

παράγραφος Γ/Β/3.7 της Διακήρυξης περιέχει διαφοροποιημένες επί το ελασσον τις απαιτήσεις της παραγράφου 3.4 του ΦΕΚ Β' 1321 που αναφέρονται στην κατάσταση σφάλματος του ρυθμιστή κυκλοφορίας (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 7.- Οι απαιτήσεις των παραγράφων Γ/Β/4.2, Γ/Β/5.2 της Διακήρυξης δεν είναι σύμφωνες (διαφέρουν) με το Παράρτημα 4 του ΦΕΚ Β' 1321 που ρυθμίζει τα των εικόνων αφής και σθέσης του ρυθμιστή κυκλοφορίας (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 8.- Η απαίτηση της παραγράφου Γ/Β/6.1.9 της Διακήρυξης, που αφορά σε απαίτηση για τον προγραμματισμό του ρυθμιστή κυκλοφορίας, δεν είναι σύμφωνη με την παράγραφο 9 του Παραρτήματος 1 του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 9.- Οι απαιτήσεις της παραγράφου Γ/Β/6.3 της Διακήρυξης, που αφορούν στην επικοινωνία μεταξύ ρυθμιστή κυκλοφορίας και ανώτερης βαθμίδας ελέγχου, διαφέρουν από τις απαιτήσεις για το περιεχόμενο των επικοινωνιών όπως ορίζονται στο Κεφάλαιο 2 του Παραρτήματος 3 του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 10.- Η απαίτηση της παραγράφου Γ/Β/7.1 της Διακήρυξης, που περιγράφει την απομονωμένη λειτουργία ρυθμιστή, διαφέρει από όσα ορίζονται σχετικώς στο Κεφάλαιο 1 του Παραρτήματος 2 του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 11.- Η απαίτηση της παραγράφου Γ/Β/7.2 της Διακήρυξης, που περιγράφει την κεντρική λειτουργία ρυθμιστή, διαφέρει από όσα ορίζονται στο Κεφάλαιο 2 του Παραρτήματος 2 του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 12.- Οι απαιτήσεις της παραγράφου Γ/Β/8 της Διακήρυξης διαφέρουν από όσα ορίζει το Κεφάλαιο 1 του Παραρτήματος 2 του ΦΕΚ Β' 1321, που περιγράφει τις δυνατότητες επικοινωνίας και τον τρόπο διασύνδεσης των ρυθμιστών (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 13.- Οι απαιτήσεις της παραγράφου Γ/Β/8.1.3 της Διακήρυξης, αναφορικά με τις πληροφορίες που αποστέλλει ο ρυθμιστής στην ανώτερη βαθμίδα ελέγχου, διαφοροποιούνται από τις αντίστοιχες του Κεφαλαίου 2 του Παραρτήματος 3 του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 14.- Η απαίτηση της παραγράφου Γ/Β/11.2.1 της Διακήρυξης, που ορίζουν τα σχετικά με την ανίχνευση μεταβολών κατανάλωσης ισχύος των φωτεινών πηγών σε θήματα των 5 WATT, είναι εκτός (επιπλέον) των απαιτήσεων του ΦΕΚ Β' 1321 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 15.- Η απαίτηση της παραγράφου Δ/Α/4.7 της Διακήρυξης αναφορικά με το ελάχιστο επίπεδο φωτεινής απόδοσης κατά τη διάρκεια διαδικασίας μείωσης της φωτεινότητας) μεταξύ 200cd και 250cd διαφέρει με το επίπεδο 1/2 που καθορίζεται στην παράγραφο 4.8 του ΦΕΚ Β' 3007 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους). 16.- Τέλος, η απαίτηση της παραγράφου Δ/Α/4.8 της Διακήρυξης αναφορικά με την περίπτωση αστοχίας της οπτικής μονάδας LED διαφοροποιείται από τις αντίστοιχες απαιτήσεις της παραγράφου 4.9 του ΦΕΚ Β' 3007 (όπως προκύπτει από απλή παραβολή τους).»

3. Η Προσφεύγουσα μετά ταύτα υπέβαλε αίτημα περί εκδόσεως πράξης αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ορισμού κατάλληλων προσωρινών μέτρων μέχρι εκδόσεως απόφασης επί της πιο πάνω Προδικαστικής προσφυγής

II. ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ

4. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού προϋπολογισμού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η Α.Ε.Π.Π. είναι κατά χρόνο αρμόδια να επιληφθεί της υπό κρίση κατατεθείσας προδικαστικής προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 379 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26^η Ιουνίου 2017.

6. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή κατεβλήθη το νόμιμο e-Παραβολο με κωδικό 160398094957 1009 0054.

8. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016. Συνεπώς παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του Γ' Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

III. ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεύει στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (προσωρινών μέτρων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. πλέον, κατά την έννοια του άρθρου 15 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016) κατά της Διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος

παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣΤΕ Ολ. 1415/2000 σκ. 4.), κάθε οικονομικός φορέας ο οποίος προτίθεται να συμμετάσχει σε ένα διαγωνισμό μπορεί, μεταξύ των άλλων, να συμμετάσχει είτε υποβάλλοντας σχετική επιφύλαξη για τη νομιμότητα συγκεκριμένου όρου των τευχών δημοπράτησης, είτε ασκώντας τις προβλεπόμενες διοικητικές προσφυγές ή/και τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα κατά συγκεκριμένου όρου του διαγωνισμού.

10. Καθίσταται σαφές από την εξέταση της προσφυγής και την ανάλυση των προβαλλομένων λόγων ευδοκίμησης, ότι η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον κατέθεσε την ένδικη προσφυγή, καθώς, δραστηριοποιείται πράγματι στην σχετική με τον διαγωνισμό αγορά παροχής υπηρεσιών, έτσι ώστε η διατήρηση της ισχύος των προβαλλόμενων όρων θα καταστήσει αντικειμενικά αδύνατη την συμμετοχή της στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο πιθανολογείται βασίμως ότι θα λάβει χώρα διότι τα προϊόντα της προσφεύγουσας, όπως η ίδια επικαλείται δεν πληρούν τις τεθείσες από την αναθέτουσα τεχνικές προδιαγραφές (οι οποίες κατά την προσφεύγουσα δεν είναι σύμφωνες με την κείμενη νομοθεσία) και συνεπώς ή συμμετοχή της καθίσταται αδύνατη στην διαγωνιστική διαδικασία .

IV. ΕΠΙ ΤΩΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

11. Επειδή έχει κριθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παραχώρησης, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (189/2015 ΣΤΕ, πρβλ. Ε.Α. 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Συναφώς έχει κριθεί ότι οι απαντήσεις, δοθείσες ως διευκρίνιση όρων της διακήρυξης, οι οποίες δεν έχουν προσβληθεί από τους διαγωνιζόμενους με προδικαστική προσφυγή και, σε περίπτωση απορρίψεως αυτής, με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης (ΕΑ 55/2015, 499/2012 κ.ά.).

12. Επειδή, στις διατάξεις των οποίων εμπύπτει η επίδικη διαφορά, η διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων διέπεται από την αρχή της διαφάνειας, η οποία, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, πλην της υποχρέωσης σαφήνειας των όρων της διακήρυξης, και την υποχρέωση να περιγράψει κατά τρόπο απολύτως σαφή και ακριβή στη διακήρυξη και στα τεύχη που τη συνοδεύουν τις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες θα κληθεί ο ανάδοχος ο ανάδοχος να παράσχει, εν προκειμένω, υπηρεσίες, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος, αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή όχι στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε να έχει σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του (πρβ. ΔΕΚ αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, ... , Συλλογή 1988, σ. 4635, σκ. 22, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC , Συλλογή 2001, σ. Ι- 7725, σκ. 41 και 42 και της 4.12.2003, C-448/01, ..., σκ. 56-58, βλ. επίσης ΣΤΕ 214-5/2011, ΣΤΕ 923/2016). Συναφώς πρέπει να σημειωθεί ότι η ενσωμάτωση του ενωσιακού δικαίου στο εσωτερικό δίκαιο γίνεται με κανονιστικές πράξεις (κυρίως με προεδρικό διάταγμα, υπουργική απόφαση και εγκυκλίους), σύμφωνα με τα όσα ειδικώς καθορίζονται στον Ν. 1338/1983 «Εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου» (ΦΕΚ Α'34). Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, τα κράτη μέλη οφείλουν, προκειμένου να διασφαλίζουν την πλήρη εφαρμογή των Οδηγιών, όχι μόνο νομικώς αλλά και στην πράξη, να προβλέπουν την ύπαρξη σαφούς νομικού πλαισίου στον συγκεκριμένο τομέα, και τούτο μέσω θεσπίσεως νομικών διατάξεων ικανών να δημιουργήσουν μια αρκούντως ακριβή, σαφή και διαφανή κατάσταση ώστε να καθίσταται δυνατό στους ιδιώτες να γνωρίζουν τα δικαιώματά τους και να τα προβάλλουν ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων (βλ. ιδίως, την απόφαση της 30.5.1991, Υποθ. C-361/88, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 1991, σελ. Ι-2567, σκέψη 24, ΔΕΚ Υποθ. 220/1994, απόφ. της 15.6.1995, Συλλογή της νομολογίας/1995 (1589). Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, το ενωσιακό δίκαιο, πρωτογενές ή παράγωγο, υπερισχύει κάθε αντίθετης διάταξης, αδιακρίτως, του εθνικού δικαίου των κρατών-μελών, έστω, δηλαδή, και αν πρόκειται για διάταξη συνταγματικού επιπέδου (ΔΕΚ υποθ. C-201/2002, απόφ. της 7.1.2004 και συναφή γνωμοδότηση ΝΣΚ 162/2008). Ως εκ τούτου, ο εθνικός δικαστής και οι συντεταγμένες μορφές διοίκησης των κρατών-μελών όταν συντρέχει η εφαρμογή κανόνων του εθνικού και του κοινοτικού δικαίου και ανακύπτει ζήτημα αντίθεσης τους, οφείλει να ερμηνεύσει τις εθνικές διατάξεις υπό το φως του ενωσιακού δικαίου, επιδιώκοντας, στο μέτρο του δυνατού, μία εναρμονισμένη με τους κοινοτικούς κανόνες ερμηνεία του εθνικού δικαίου.

13. Όπως παγίως γίνεται δεκτό, όμως μόνο η πιθανολόγηση παράβασης κανόνα δικαίου αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αποδοχή της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Σημειώνεται δε, ότι η πιθανολόγηση αφορά αποκλειστικά τον βαθμό δικανικής πεποίθησης ως προς την παρανομία, και όχι διαβάθμιση της παρανομίας, δηλαδή ποιοτική ή ποσοτική κατηγοριοποίηση της παρανομίας, διάκριση των παραβάσεων σε ουσιώδεις και επουσιώδεις. Συγκεκριμένα, η ΑΕΠΠ διαδεχόμενη λόγω αρμοδιότητας στον νομικό κόσμο τις Επιτροπές Αναστολών του ΣΤΕ και τα Διοικητικά Εφετεία υπό το προϋφιστάμενο καθεστώς του ν. 3886/2010 ερευνά τους λόγους της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων που δεν σχετίζονται προς τεχνικά ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος, ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή (ΣΤΕ ΕΑ 477/2009, 430/2005, 839/2003, 285/2002). Για παράδειγμα, όταν οι λόγοι αυτοί ανάγονται σε αμιγώς νομικό ζήτημα, όπως στην έννοια ενός όρου της διακήρυξης, η ΑΕΠΠ μπορεί να κρίνει πρωτοτύπως (ΣΤΕ ΕΑ 477/2009, 1227, 1029, 744, 689, 589, 508/2007). Όταν, όμως, οι λόγοι της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ανάγονται προεχόντως σε τεχνικής φύσης ζητήματα, που, ως εκ της φύσης τους, χρήζουν απάντησης από τη Διοίκηση, η υπόθεση δεν είναι εκκαθαρισμένη κατά το πραγματικό της μέρος και η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να τους εξετάσει πρωτοτύπως (ΣΤΕ ΕΑ 477/2009, 1227, 1029, 744, 689, 589, 508/2007).

14. Από την εξέταση του συνόλου των εγγράφων του φακέλου της υπό κρίση προσφυγής πιθανολογείται ότι οι προβαλλόμενοι λόγοι ευδοκίμησης της ένδικης προσφυγής είναι προδήλως βάσιμοι αφού μέχρι σήμερα δεν έχουν τύχει ουσιωδώς βάσιμης αντίκρουσης από την αναθέτουσα αρχή ενώ η ενδεδειγμένη εξέταση τους κατέδειξε ότι οι σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως προς τις πλημμέλειες της διακήρυξης ανταποκρίνονται επί της αρχής στο σύνολο τους στην πραγματικότητα, αφού πράγματι η ένδικη διακήρυξη δεν είναι πλήρως συμμορφούμενη με τις δύο Υπουργικές Αποφάσεις (του ΥΠΕΧΩΔΕ), που εκδόθηκαν για την εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας στα ευρωπαϊκά Πρότυπα και τις ευρωπαϊκές Οδηγίες, κατόπιν συνεργασίας και με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εγκρίθηκαν δύο Τεχνικοί Κανονισμοί: 1) για τους Φωτεινούς Σηματοδότες Ρύθμισης της Κυκλοφορίας Οχημάτων και Πεζών (υπ' αριθμ. ΔΜΕΟ/ο/4319/11- 11-2013, ΦΕΚ Β' 3007) και 2) για τους Ρυθμιστές Φωτεινής Σηματοδότησης Κυκλοφορίας Οχημάτων και Πεζών (υπ' αριθμ. ΔΜΕΟ/ο/1925/ζ/254/8-5-2014, ΦΕΚ Β' 1321).

15. Σημειώνεται δε ότι η ίδια η αναθέτουσα στις από 28/8/2017 ήδη μνημονευθείσες απόψεις της αναφέρει και συνομολογεί η ίδια ότι σε ορισμένες περιπτώσεις έχει αποκλίνει από τους ισχύοντες τεχνικούς κανονισμούς στο κείμενο της διακήρυξης επιχειρώντας να μετατρέψει ανεπίτρεπτα με τις απόψεις της το πρωτότυπο κείμενο της διακήρυξης. Τούτο καθίσταται σαφές από την ανάγνωση του κειμένου των ως άνω απόψεων, όπου προς αντίκρουση της υπ' αριθμ. 1 άποψης της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα παραπέμποντας στο άρθρο 3 του τιμολογίου εργασιών σημειώνει ότι «Στο άρθρο 3 του τιμολογίου εργασιών στη σελίδα 97 της διακήρυξης (17ΠΡΟC001771440 2017-07-28 με ΑΔΑ: Ψ4ΘΜ7Λ6-Π77) και πιο συγκεκριμένα στην τελευταία παράγραφο που κατά λέξη αναγράφεται "...και σύμφωνα με την ισχύουσα αντίστοιχα Εθνική Τεχνική Προδιαγραφή", η προδιαγραφή που ισχύει σε κάθε αναφερόμενη περίπτωση είναι η περιεχόμενη στο ΦΕΚ αρ. Φύλλου 1321/23 Μαΐου 2014». Ταυτόσημα το ως άνω διαληφθέν, λαμβάνει χώρα και στην αντίκρουση της υπ' αριθμ. 5 αιτίας της προσφεύγουσας όπου σημειώνεται από την αναφορά της αναθέτουσας ότι «διευκρινίζεται ότι σε κάθε περίπτωση για τους ρυθμιστές φωτεινής σηματοδότησης κυκλοφορίας οχημάτων και πεζών ισχύουν τα περιεχόμενα στην ισχύουσα Τεχνική Προδιαγραφή του ΦΕΚ Β' 1321/23- Μαΐου 2014». Τέλος και προς επίρρωση των ανωτέρω η αναθέτουσα συνομολογεί, ότι οι απαιτήσεις των παραγράφων Γ/Β/4.2 και Γ./Β.5.2 που υφίστανται στο κείμενο της διακήρυξης δεν είναι οι ορθές αφού, στο κείμενο των απόψεων της η αναθέτουσα παραπέμπει στους ορθούς πινάκες οι οποίοι αναρτώνται στο Παράρτημα 4 του ΦΕΚ Β' 1321. Εξ' αυτών των λόγων και της ως άνω ενδεικτικής αναφοράς βασίμως πιθανολογείται η όλως ανεπίτρεπτη τροποποίηση των όρων και του περιεχομένου της διακήρυξης από την πλευρά της αναθέτουσας μέσω των απόψεων της προς την ΑΕΠΠ.

16. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη συντήρηση των φωτεινών σηματοδοτών της Αναθέτουσας. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, ενόψει του ότι έχει ήδη δημοσιευθεί η Διακήρυξη του διαγωνισμού, αλλά δεν έχουν ακόμα αποσφραγιστεί οι προσφορές των οικονομικών φορέων, από την αναθέτουσα αρχή, η αναστολή εκτέλεσης της ένδικης Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την εκτέλεση της υπ' αριθμ. 210551/7772/28-7-2017 προσβαλλόμενης Διακήρυξης του διαγωνισμού μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Διατάσσει την μη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, στις 31 Αυγούστου 2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΕΚΤΕΛΟΥΣΑ ΧΡΕΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Βασιλική Μπάκου