

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ	1. Τελεση
ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΑΤΤΙΚΗΣ	2. Γρ. Προέδρου
ΕΙΔΙΚΟΣ ΔΙΑΒΑΘΜΙΔΙΚΟΣ ΣΥΝΔΕΣΜΟΣ	14.9.15
ΝΟΜΟΣ ΑΤΤΙΚΗΣ	
Αρ. Πρωτ. 6551	
Ημερομηνία 14/09/2015	

ΕΝΩΠΙΟΝ
ΤΟΥ

ΕΙΔΙΚΟΥ ΔΙΑΒΑΘΜΙΔΙΚΟΥ ΣΥΝΔΕΣΜΟΥ ΝΟΜΟΥ ΑΤΤΙΚΗΣ

ως αναθέτουσας αρχής του διαγωνισμού με πλειοδοτική δημοπρασία με αντικείμενο την εκμίσθωση του Αποτεφρωτήρα Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων του Ειδικού Διαβαθμιδικού Συνδέσμου Νομού Αττικής (ΕΔΣΝΑ) μετά του πάγιου εξοπλισμού του με κριτήριο κατακύρωσης την υψηλότερη προσφερόμενη τιμή, ο οποίος προκηρύχθηκε με την με αρ. αρ. πρωτ. 5369/23.06.2015 Προκήρυξη.

ΑΙΤΗΣΗ

της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «ΓΕΝΙΚΗ ΧΗΜΙΚΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΩΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ», η οποία εδρεύει στην Πάτρα, οδός Καλαβρύτων 46, όπως εκπροσωπείται κατά τον νόμο.

ΚΟΙΝΟΠΟΙΟΥΜΕΝΗ ΠΡΟΣ

1. Την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής,
2. Την Περιφερειάρχη Αττικής, κ. Ε. Δούρου,
3. Τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου του ΕΔΣΝΑ
4. Την Κεντρική Ένωση Δήμων Ελλάδας
5. Την Περιφερειακή Ένωση Δήμων Αττικής

* * *

Με την με αρ. 189/2015 απόφασή της, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι, αντίθετα με ό,τι ισχυρίζεται ο ΕΔΣΝΑ και αναφέρεται στην προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. 5369/23.06.2015 Προκήρυξή του, ο επίμαχος διαγωνισμός αφορά τη σύναψη σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών και όχι τη σύναψη σύμβασης μίσθωσης ακινήτου.

Εξάλλου, με την ίδια δικαστική απόφαση κρίθηκε ότι, αντίθετα με ό,τι δέχθηκε ο ΕΔΣΝΑ με την με αρ. 265/2015 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του, η υπό ανάθεση σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών εμφανίζει «βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον» και, ως εκ τούτου, διέπεται από τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας και της ίσης μεταχείρισης, καθώς επίσης τη συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας.

Συναφώς, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας έκανε δεκτό ότι οι παραπάνω κανόνες και αρχές του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης επιβάλλουν τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας για τη σύναψη της επίμαχης σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, πλην όμως, ελλείπει ειδικών εθνικών διατάξεων που αφορούν τη διενέργεια τέτοιων διαγωνιστικών διαδικασιών, στον ΕΔΣΝΑ εναπόκειται να προσδιορίσει το νομικό καθεστώς του διαγωνισμού που ανταποκρίνεται στις ιδιομορφίες της επίμαχης παραχώρησης υπηρεσιών, του προσδιορισμού αυτού υποκειμένου, σε κάθε περίπτωση, στον έλεγχο του Συμβουλίου της Επικρατείας. Ας σημειωθεί δε ότι η Επιτροπή Αναστολών έκρινε πως, εν προκειμένω, η εφαρμογή του ΠΔ 270/1981 δεν είναι υποχρεωτική και, πάντως, είναι ελεγκτέα ως προς τη νομιμότητά της.

Η τελευταία αυτή κρίση του Δικαστηρίου δημιουργεί, εκτός των άλλων, ασάφεια ως προς τη νομιμότητα του συνόλου των όρων της Προκήρυξης που η εταιρία μας προσέβαλε. Για παράδειγμα, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας έκανε δεκτό, μεταξύ άλλων, ότι η απαίτηση, κατά τα άρθρα 3 και 5 της προσβαλλόμενης Προκήρυξης, περί δήλωσης «αξιόχρεου εγγυητή» πιθανολογείται πως θα μπορούσε να θεωρηθεί ανεκτή, αν γινόταν δεκτό ότι αφορά μόνον την εκπλήρωση των χρηματικών απαιτήσεων του αναδόχου έναντι του ΕΔΣΝΑ και όχι στο σύνολο της υπό ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών. Ωστόσο, το Δικαστήριο ουδόλως διευκρίνισε εάν αυτές οι χρηματικές απαιτήσεις περιορίζονται μόνον στα οφειλόμενα «μισθώματα» και δεν επεκτείνονται σε κάθε άλλη χρηματική απαίτηση του ΕΔΣΝΑ έναντι του αναδόχου κατά την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών. Αυτή δε η ασάφεια, όπως και κάθε άλλη παρόμοια, δεν μπορεί οριστικώς να αρθεί παρά με την οριστική απόφαση που θα εκδοθεί επί της συναφούς με αρ. κατ. 1804/15.7.2015 αιτήσεως ακυρώσεως την οποία ασκήσαμε και η οποία φέρεται προς συζήτηση, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, στις 17.11.2015.

Τέλος, με την ίδια ως άνω δικαστική απόφαση της Επιτροπής Αναστολών κρίθηκε ότι, αντίθετα με ό,τι δέχθηκε ο ΕΔΣΝΑ με την με αρ. 265/2015 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του, ο επίμαχος διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 3886/2010. Τούτο σημαίνει ότι, σε κάθε περίπτωση, δεν μπορούν να ισχύσουν τουλάχιστον ορισμένες διατάξεις του ΠΔ 270/1981 (βλ. ιδίως τις διατάξεις των άρθρων 3, παρ. 2, στοιχεία γ', ζ' και η', 5 και 6 του ΠΔ 270/1981 που ρυθμίζουν την προθεσμία υπογραφής της σύμβασης) στις οποίες στηρίζονται τα άρθρα 3 «Τόπος – Χρόνος – Τρόπος Διεξαγωγής της Δημοπρασίας» και 9 «Υπογραφή Σύμβασης – Εγγύηση Καλής Εκτέλεσης – Παραλαβή Μισθίου – Πρωτόκολλο Παραλαβής και Εγκατάστασης» της προσβαλλόμενης Προκήρυξης (βλ. ιδίως τις παρ. 9.1. και 9.2. της εν λόγω Προκήρυξης που ορίζουν ότι η υπό ανάθεση σύμβαση υπογράφεται εντός 10 ημερών από την έγκριση των αποτελεσμάτων της δημοπρασίας από την Αρμόδια Αρχή) και οι οποίες ρητώς αντιβαίνουν στη διάταξη του άρθρου 5, παρ. 2, του Ν. 3886/2010 που προβλέπει ότι «η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, η άσκηση αυτής, καθώς και η προθεσμία και η άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης». Εξάλλου, εφόσον κρίθηκε ότι ο επίμαχος διαγωνισμός αφορά τη σύναψη σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, επιβάλλεται να διενεργηθεί προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο.

Από τα προαναφερθέντα προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη Προκήρυξη βρίθει πλημμελειών που δεν επιτρέπουν τη σύννομη διενέργεια της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας που έχει οριστεί, μετά από αναβολή, για τις 21.09.2015.

Ειδικότερα, εφόσον η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε ότι ο ΕΔΣΝΑ, λαμβάνοντας υπόψη τον χαρακτήρα της υπό ανάθεσης σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, είχε την ευχέρεια –αλλά και το βάρος– να επιλέξει το κατάλληλο νομικό πλαίσιο διενέργειας της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι βέβαιο ότι ο ΕΔΣΝΑ δεν θα εφάρμοζε το ΠΔ 270/1981 σε περίπτωση που εξ αρχής γνώριζε ότι, εν προκειμένω, δεν πρόκειται περί μίσθωσης ακινήτου και ότι δεν ήταν υποχρεωμένος να επιλέξει την εφαρμογή του ΠΔ 270/1981, οι διατάξεις του οποίου καταρχήν δεν προσιδιάζουν σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών και για ορισμένες διατάξεις του οποίου προκύπτει, ούτως ή άλλως, κατά τα προαναφερθέντα, ότι, σε κάθε περίπτωση, δεν συνάδουν με τον Ν. 3886/2010. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, είναι επίσης βέβαιο ότι ο ΕΔΣΝΑ, σε περίπτωση που γνώριζε εξ αρχής τα κριθέντα με την με αρ. 189/2015 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας θα καθόριζε, κατά τρόπο ουσιωδώς διαφορετικό, τους όρους που τελικώς

καθόρισε στην προσβαλλόμενη Προκήρυξη και, ιδίως, αυτούς που αφορούν τα προσόντα των διαγωνιζομένων. Κατά τούτο, ο ΕΔΣΝΑ οφείλει να ανακαλέσει την Προσβαλλόμενη Προκήρυξη, η οποία είναι παράνομη και στηρίχθηκε σε προδήλως εσφαλμένη αιτιολογία, και, εφόσον το επιθυμεί, να εκδώσει και να δημοσιεύσει νέα Προκήρυξη, λαμβάνοντας πλέον υπόψη ότι η υπό ανάθεση σύμβαση αποτελεί σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών και όχι σύμβαση μίσθωσης ακινήτου. Σε κάθε περίπτωση, ο ΕΔΣΝΑ οφείλει να αναβάλει τη διενέργεια της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας που έχει οριστεί για τις 21.09.2015, προκειμένου τα όργανά του να λάβουν υπόψη το περιεχόμενο της με αρ. 189/2015 απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας και να προβούν σε ορθή πλέον άσκηση της όποιας ευχέρειας διαθέτουν.

Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, κατόπιν της εν λόγω δικαστικής απόφασης, ο ΕΔΣΝΑ οφείλει να ανακαλέσει την προσβαλλόμενη Προκήρυξη και να εκδώσει και, εφόσον το επιθυμεί, να δημοσιεύσει προσηκόντως νέα, διορθώνοντας τουλάχιστον τους όρους της που, κατά τα προαναφερθέντα, έχουν καταστεί παράνομοι, ως αντίθετοι στον Ν. 3886/2010, ή ασαφείς, όπως συμβαίνει ιδίως με την απαίτηση δήλωσης «αξιόχρεου εγγυητή».

Στο σημείο αυτό, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικρατείας, αν ένας όρος προκήρυξης αντιβαίνει σε κανόνα υπέρτερης τυπικής ισχύος, η Διοίκηση δεν μπορεί να τον παραμερίσει ως ανίσχυρο και να εφαρμόσει άλλον, διαφορετικού περιεχομένου, κανόνα, διότι τούτο θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτο, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, παρεμπόδιση εκ μέρους της Διοίκησης έλεγχου της νομιμότητας της προκήρυξης και με επίσης ανεπίτρεπτη, κατά τις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, αναδρομική μεταβολή κανόνα της προκήρυξης. Η Διοίκηση μόνον σε ευθύ έλεγχο της νομιμότητας της προκήρυξης μπορεί να προβεί και, εφόσον ένας ή περισσότεροι όροι της προκήρυξης είναι παράνομοι, να ανακαλέσει την προκήρυξη, στο σύνολό της, με τελική συνέπεια την ματαίωση του διαγωνισμού (βλ., αντί άλλων, την απόφαση ΣτΕ 2952/2004, σκ. 9). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η Διοίκηση δεν μπορεί να μεταβάλει την ερμηνεία όρων της προκήρυξης, ενόσω εξελίσσεται η σχετική διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΔΕΚ, 4.12.2003, C-448/01, ENV AG, Wienstrom GmbH, ιδίως σκέψεις 92 επ.). Εφόσον υφίσταται ανάγκη ουσιώδους διευκρίνισης των όρων της προκήρυξης, οι όροι αυτοί πρέπει να αναδιατυπωθούν και η αναδιατυπωθείσα προκήρυξη να δημοσιευθεί προσηκόντως. Τέλος, εφόσον πρόκειται για την ανάθεση σύμβασης «βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος», κάθε δημοσίευση αναφορικά με τη σχετική προκήρυξη και την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να είναι τέτοια ώστε να εξασφαλίζει την προσήκουσα ενημέρωση και διαφάνεια σε κάθε ενδιαφερόμενο που μπορεί να προέρχεται από οποιοδήποτε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Η ορθότητα των παραπάνω επισημάνσεων δεν κλονίζεται από το γεγονός ότι, στο διατακτικό της με αρ. 189/2015 απόφασης, απορρίπτεται η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων που κατάθεσε η εταιρία μας. Και τούτο, διότι το διατακτικό αυτό, που αφορά μόνο τους λόγους που προβλήθηκαν με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της εταιρίας μας, δεν αναιρεί τις αντικειμενικές έννομες συνέπειες των προαναφερθεισών κρίσεων του Δικαστηρίου για τα συναφή διοικητικής φύσεως ζητήματα περί του χαρακτήρα της επίμαχης σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών και περί της εφαρμογής του Ν. 3886/2010. Περαιτέρω, η απόρριψη των προβληθέντων λόγων μας κατά συγκεκριμένων όρων της Προκήρυξης βασίστηκε πρωτίστως στην πλέον αυστηρή εκδοχή της νομολογίας ως προς τις προϋποθέσεις εννόμου συμφέροντος παραδεκτής προβολής των λόγων αυτών σύμφωνα με την οποία η εταιρία μας έπρεπε να αποδείξει ότι κάθε προσβαλλόμενος όρος

της Προκήρυξης την εμπόδιζε να υποβάλει προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό. Ωστόσο, ο περιορισμός αυτός του εννόμου συμφέροντος δεν θα συντρέχει ούτε κατά την εκδίκαση της συναφούς αιτήσεως που έχουμε ασκήσει ούτε κατά τον έλεγχο του συνόλου της διαγωνιστικής διαδικασίας από το Ελεγκτικό Συνέδριο.

Συναφώς, πρέπει να τονίσουμε ότι σκοπός της εταιρίας μας δεν είναι απλώς η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά η ανάθεση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης κατά τρόπο που θα αποκλείει την οποιαδήποτε αμφισβήτηση της νομιμότητας της εν λόγω ανάθεσης. Ωστόσο, εν προκειμένω, εάν ο ΕΔΣΝΑ δεν λάβει υπόψη του όλες τις προαναφερθείσες έννομες συνέπειες της με αρ. 189/2015 απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, η νόμιμη σύναψη της σύμβασης δεν θα καταστεί εφικτή, είτε διότι θα ευδοκιμήσει η εκκρεμής με αρ. κατ. 1804/15.7.2015 αίτηση ακυρώσεως, την οποία έχουμε ασκήσει ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, είτε διότι το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά τον αυτεπάγγελτο προσυμβατικό έλεγχο, θα προσάψει στον ΕΔΣΝΑ ότι δεν προσάρμοσε την Προκήρυξη στην ως άνω απόφαση της Επιτροπής Αναστολών.

ΓΙΑ ΟΛΟΥΣ ΤΟΥΣ ΠΑΡΑΠΑΝΩ ΛΟΓΟΥΣ,

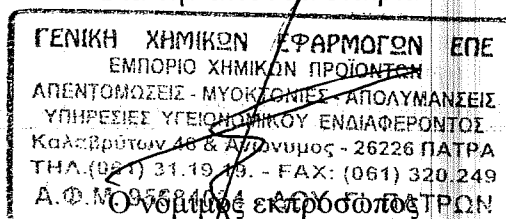
με την επιφύλαξη παντός νομίμου δικαιώματός ή/και αξίωσής μας, και ιδίως του δικαιώματός μας να εμμείνουμε στην επιδίωξη ακύρωσης της με αρ. πρωτ. 5369/23.06.2015 Προκήρυξης του ΕΔΣΝΑ κατά τα προβληθέντα στην με αρ. κατ. 1804/15.7.2015 αίτησή μας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας
ΖΗΤΟΥΜΕ

ο ΕΔΣΝΑ, λαμβάνοντας υπόψη το προαναφερθέν εν γένει περιεχόμενο της με αρ. 189/2015 απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας,

- να ανακαλέσει την με αρ. πρωτ. 5369/23.06.2015 Προκήρυξή του, με την οποία προκηρύχθηκε διαγωνισμός με πλειοδοτική δημοπρασία με αντικείμενο την εκμίσθωση του Αποτεφρωτήρα Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων μετά του πάγιου εξοπλισμού του, με κριτήριο κατακύρωσης την υψηλότερη προσφερόμενη τιμή, και,
- σε κάθε περίπτωση, να αναβάλει τη διενέργεια του εν λόγω διαγωνισμού που έχει οριστεί για τις 21.09.2015.

Αθήνα, 11 Σεπτεμβρίου 2015

Για την αιτούσα εταιρία



Παναγιωτόπουλος Αλέξιος