



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθ. 245/2014

ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Ε' ΤΜΗΜΑΤΟΣ
Συνεδρίαση της 24-6-2014

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Ιωάννης Τρίαντος , Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Ανδρέας Χαρλαύτης , Μεταξία Ανδροβιτσανέα , Βασιλική Πανταζή,
Γεώργιος Ανδρέου, Δημήτριος Αναστασόπουλος και Αδαμαντία
Καπετανάκη , Νομικοί Σύμβουλοι .

Εισηγητής : Θεόδωρος Στριλάκος , Πάρεδρος ΝΣΚ .

Αριθμός Ερωτήματος: Το με αριθμό πρωτοκόλλου οικ. 15994/12972/24-3-
2014 έγγραφο της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής , Γενική Διεύθυνση
Εσωτερικής Λειτουργίας , Διεύθυνση Διοίκησης .

Περίληψη Ερωτήματος :

Ερωτάται εάν , πριν την υπογραφή ιδιωτικού συμφωνητικού άσκησης
δικαιώματος προαίρεσης μεταξύ του Ειδικού Διαβαθμιδικού Συνδέσμου
Νομού Αττικής και της αναδόχου κοινοπραξίας Ηλέκτωρ ΑΕ – Θ. Λώλος – Χ.
Τσομπανίδης ΟΕ – Άρση ΑΕ , που αφορούσε την επέκταση της ισχύος και
αύξηση του αντικειμένου της σύμβασης για την παροχή υπηρεσιών
υποστήριξης, λειτουργίας, συντήρησης και επισκευής του εργοστασίου

μηχανικής ανακύκλωσης, ο Σύνδεσμος, ήταν υποχρεωμένος να αποστείλει τη σχετική απόφαση της Εκτελεστικής του Επιτροπής προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, για παροχή σύμφωνης γνώμης, κατά τα οριζόμενα από την παραγρ. 2γ του άρθρου 2 του ν. 4013/2011.

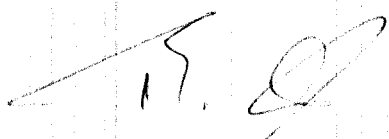
Επί του ερωτήματος αυτού το Ε' Τμήμα του Ν.Σ.Κ. γνωμοδότησε ως ακολούθως :

Ι. Στο με αριθμό πρωτοκόλλου οικ. 15994/12972/24-3-2014 έγγραφο της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής διαλαμβάνονται, κατά βάση, τα ακόλουθα :

Ο Ενιαίος Σύνδεσμος Δήμων και Κοινοτήτων Νομού Αττικής (Ε.Σ.Δ.Κ.Ν.Α.) καθολικός διάδοχος του οποίου είναι ήδη ο Ειδικός Διαβαθμιδικός Σύνδεσμος Νομού Αττικής (Ε.Δ.Σ.Ν.Α., βλ. και άρθρο 211 του ν. 3852/2010 – Α' 87 – και 52546/2011 απόφαση του Υφυπουργού Εσωτερικών -Φ.Ε.Κ. Β' 2854), διενήργησε στις 28.7.2009, βάσει της από Μάιο 2009 διακήρυξης, διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών συντήρησης, επισκευών, υποστήριξης της λειτουργίας του Εργοστασίου Μηχανικής Ανακύκλωσης και Κομποστοποίησης Σύμμεικτων Δημοτικών Απορριμμάτων (ΕΜΑ) του, για χρονικό διάστημα 36 μηνών, συνολική εκτιμώμενη ποσότητα απορριμμάτων 761.400 τόνων (253.800 τόνων κατ' έτος) και προϋπολογιζόμενη δαπάνη ποσού 59.940.900,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.).

Μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, υπεγράφη στις 31.12.2010 (όπως επαναλήφθηκε ορθώς στις 3.11.2011) η οικεία σύμβαση μεταξύ του Ενιαίου Συνδέσμου Δήμων και Κοινοτήτων Νομού Αττικής και της αναδειχθείσας μειοδότης κοινοπραξίας «ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε.-Θ.Γ. ΛΩΛΟΣ Χ. ΤΣΟΜΠΑΝΙΔΗΣ Ο.Ε.-ΑΡΣΗ Α.Ε.» για την παροχή των δημοπρατηθεισών υπηρεσιών, έναντι τιμήματος ποσού 56.729.300,00 ευρώ (άνευ Φ.Π.Α.), σύμφωνα με την από 28.7.2009 οικονομική προσφορά της αναδόχου.

Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 3 παρ. 4 της Σύμβασης αυτής, καθώς επίσης και στην παρ. 4.4. της Συγγραφής Υποχρεώσεων και στο άρθρο 12 της Προκήρυξης του διαγωνισμού, η Εκτελεστική Επιτροπή του Ειδικού Διαβαθμιδικού Συνδέσμου Νομού Αττικής (Ε.Δ.Σ.Ν.Α.), με την 501/18.10.2013 απόφασή της, αποφάσισε την επέκταση της σύμβασης και την άσκηση του προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης για την παροχή



ίδιων υπηρεσιών για συνολική επιπλέον ποσότητα που δεν θα ξεπεράσει τους 900.000 τόνους και για χρονικό διάστημα που δεν θα υπερβαίνει τα τρία επιπλέον έτη με τιμές και λοιπούς όρους σύμφωνα με τα ισχύοντα στην τρέχουσα σύμβαση.

Κατόπιν των ανωτέρω, καταρτίστηκε το ως άνω προβλεπόμενο «Ιδιωτικό Συμφωνητικό Άσκησης Δικαιώματος Προαίρεσης» και υποβλήθηκε για έλεγχο ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο τελικώς απεφάνθη, με την υπ' αριθμ. 1534/2014 απόφαση του VI Τμήματος, ότι απαραδέκτως υποβλήθηκε αυτοτελώς για έλεγχο νομιμότητας το φερόμενο ως σχέδιο συμπληρωματικής σύμβασης με τίτλο «Ιδιωτικό Συμφωνητικό Άσκησης Δικαιώματος Προαίρεσης», διότι το επίμαχο σχέδιο αφορά στην κατάρτιση σύμβασης μετά την ενεργοποίηση όρου (δικαιώματος προαίρεσης) που είχε ήδη περιληφθεί στο κείμενο της από 31.12.2010 (όπως επαναλήφθηκε ορθώς στις 3.11.2011) αρχικής σύμβασης (άρθρο 3 παρ. 4) και είχε διέλθει τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας του ισχύοντος κατά τον κρίσιμο χρόνο άρθρου 19 παρ. 7 του π.δ/τος 774/1980 (Φ.Ε.Κ. Α' 189), εντάσσεται δε στο πλαίσιο εκτέλεσης της αρχικής αυτής σύμβασης, της οποίας αποτελεί αναπόσπαστο μέρος. Επομένως, (σύμφωνα πάντοτε με την απόφαση του δικαστηρίου) οποιαδήποτε κρίση ως προς τους όρους άσκησης του εν λόγω δικαιώματος, αποτελεί κρίση περί την εκτέλεση συμβατικού όρου και όχι κρίση αναγόμενη στο πεδίο του προσυμβατικού ελέγχου, ενώ προϋποθέτει την επάνοδο σε ήδη οριστικώς και αμετακλήτως κριθέντα (έστω και σιωπηρά) .

Το νομικό ζήτημα που ανέκυψε για την Υπηρεσία, επί του οποίου ζητεί από το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους να γνωμοδοτήσει, είναι εάν, πριν την υπογραφή του ιδιωτικού συμφωνητικού άσκησης δικαιώματος προαίρεσης, ο Σύνδεσμος, ήταν υποχρεωμένος να αποστείλει τη σχετική απόφαση της Εκτελεστικής του Επιτροπής, με αριθμό 501/18.10.2013, προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, για παροχή σύμφωνης γνώμης, κατά τα προβλεπόμενα από την παραγρ. 2γ του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 .

II. Οι κρίσιμες εν προκειμένω διατάξεις του ν. 3852/2010 έχουν ως ακολούθως :

«

Διαχείριση στερεών αποβλήτων της Μητροπολιτικής Περιφέρειας

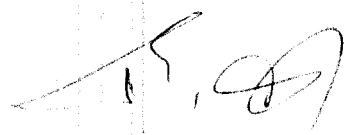
1. Με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, συνιστάται ειδικός διαβαθμιδικός σύνδεσμος, ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, με έδρα την Αθήνα, στον οποίο μετέχουν η μητροπολιτική περιφέρεια Αττικής και υποχρεωτικά όλοι οι δήμοι του Νομού Αττικής. Σκοπός του συνδέσμου είναι η προσωρινή αποθήκευση, η επεξεργασία, η ανακύκλωση και η εν γένει αξιοποίηση και διάθεση στερεών αποβλήτων, η λειτουργία σχετικών εγκαταστάσεων, η κατασκευή μονάδων επεξεργασίας και αξιοποίησης, καθώς και η αποκατάσταση υφιστάμενων χώρων εναπόθεσης (Χ.Α.Δ.Α.) εντός της χωρικής αρμοδιότητας της περιφέρειας Αττικής. 2. Όργανα διοίκησης του συνδέσμου είναι το διοικητικό συμβούλιο, η εκτελεστική επιτροπή και ο πρόεδρος. Πρόεδρος του συνδέσμου είναι ο περιφερειάρχης Αττικής ή αντιπεριφερειάρχης που ορίζεται από αυτόν..... » .

Σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4013/2011 « Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων » :

« Άρθρο 1

Σύσταση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων - Σκοπός

Συνιστάται Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (στο εξής Αρχή), η οποία έχει σκοπό την ανάπτυξη και προαγωγή της εθνικής στρατηγικής, πολιτικής και δράσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, τη διασφάλιση της διαφάνειας, αποτελεσματικότητας, συνοχής και εναρμόνισης των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων προς το εθνικό και ευρωπαϊκό δίκαιο, τη διαρκή βελτίωση του νομικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, καθώς και τον έλεγχο της τήρησης του από τα δημόσια όργανα και τις αναθέτουσες αρχές. Η Αρχή απολαύει λειτουργικής ανεξαρτησίας, διοικητικής και οικονομικής αυτοτέλειας και δεν υπόκειται σε έλεγχο ή εποπτεία από κυβερνητικά όργανα ή άλλη ανεξάρτητη ή διοικητική αρχή. Η Αρχή υπόκειται στον έλεγχο της Βουλής των Ελλήνων σύμφωνα με το άρθρο 138Α του Κανονισμού της Βουλής.



Άρθρο 2

Πεδίο εφαρμογής - Αρμοδιότητες της Αρχής

1. Για την εφαρμογή του παρόντος νόμου ως δημόσιες συμβάσεις νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών, κατά την έννοια των προεδρικών διαταγμάτων 59/2007 (Α' 63) και 60/2007 (Α' 64) (Οδηγίες 2004/17/EK και 2004/18/EK αντίστοιχα) ανεξαρτήτως όμως της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων αυτών. Στον παρόντα νόμο υπάγονται και οι συμφωνίες - πλαίσιο, οι συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων, καθώς και τα δυναμικά συστήματα αγορών. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου δεν εφαρμόζονται στις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 3978/2011 (Α' 137), στις συμβάσεις που εξαιρούνται από το νόμο αυτόν σύμφωνα με τα άρθρα 17 και 24 αυτού, καθώς και στις συμβάσεις που συνάπτονται δυνάμει του άρθρου 346 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) .

2. Η Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες:

.....

γ) Γνωμοδοτεί για τη νομιμότητα κάθε διάταξης σχεδίου νόμου ή κανονιστικής πράξης που αφορά στις δημόσιες συμβάσεις και συμμετέχει στις οικείες νομοπαρασκευαστικές επιτροπές. Τα αρμόδια όργανα οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τη γνώμη της Αρχής. Ειδικότερα :

.....δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα

της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφαση της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 (Α'63) και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007 (Α'64) οι οποίες, από την έναρξη ισχύος του ν. 4013/2011 και μέχρι την 31η.12.2012 εκδόθηκαν χωρίς να έχουν υποβληθεί ή πριν να υποβληθούν στην Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων για παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με την παρ. 2γ (δδ) του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 δεν πάσχουν εξ αυτού του λόγου και παράγουν όλα τα έννομα αποτελέσματα τους..... » .

Εξάλλου, στο άρθρο 25 του ΠΔ 60/2007 « Περί συντονισμού διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων - Οδηγ. 2004/18/ΕΚ » ορίζονται τα ακόλουθα :

« Άρθρο 25

Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ) .

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών: 4) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών: α) όταν αφορούν συμπληρωματικά έργα ή υπηρεσίες που δεν περιλαμβάνονταν στην αρχικώς κατακυρωθείσα μελέτη ούτε στην αρχική σύμβαση και τα οποία, λόγω μη προβλέψιμων περιστάσεων, κατέστησαν αναγκαία για την εκτέλεση των εργασιών ή της υπηρεσίας, όπως περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση γίνεται στον οικονομικό φορέα που εκτελεί τις υπηρεσίες αυτές ή την υπηρεσία αυτή, εφόσον τα συμπληρωματικά έργα ή οι υπηρεσίες είτε δεν



μπορούν, από τεχνική ή οικονομική άποψη, να διαχωρισθούν από την αρχική σύμβαση χωρίς να δημιουργηθούν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές είτε μπορούν να διαχωρισθούν από την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης, πλην όμως είναι απόλυτα αναγκαία για την ολοκλήρωση της. Το σωρευτικό ποσό των συναπτομένων συμβάσεων συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το 50% του ποσού της αρχικής σύμβασης β) όταν έχουν ως αντικείμενο νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή οι υπηρεσίες είναι σύμφωνες με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία. Η δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία αυτή πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την αρχική προκήρυξη διαγωνισμού, και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές κατά την εφαρμογή του άρθρου 6. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο επί μια τριετία μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.»

III. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, σε συνδυασμό με το ιστορικό της υποθέσεως και τα στοιχεία του φακέλου που συνοδεύει το ερώτημα, συνάγονται τα κατωτέρω :

Το άρθρο 12 της διακήρυξης του διαγωνισμού, υπό τον τίτλο «Δικαιώματα Προαίρεσης - Προσαυξήσεις Συμβατικού Αντικειμένου», προβλέπει ότι: «Ως δικαίωμα προαίρεσης του εργοδότη υπάρχει η δυνατότητα προσαύξησης της αξίας της σύμβασης, με την ανάθεση στον ανάδοχο νέων πρόσθετων ή συμπληρωματικών υπηρεσιών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εδάφιο (β) της περίπτωσης 4 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007 (άρθρο 31 Οδηγίας 2004/18/EK). Η δυνατότητα προσαύξησης της αξίας της σύμβασης του άρθρου 25 περίπτωση 4 εδαφ. (β) του π.δ. 60/2007 με τις ίδιες τιμές πλην της τιμής 2 του τιμολογίου που αναφέρονται στο τιμολόγιο προσφοράς των τευχών δημοπράτησης αποτελεί δέσμευση για τους υποψήφιους αναδόχους, θα αναφέρεται σε επανάληψη των ίδιων με τις δημοπρατούμενες υπηρεσίες για συνολική επιπλέον ποσότητα έως 900.000 tn και θα υλοποιηθεί με συμπληρωματική σύμβαση, η οποία πρέπει να

συναφθεί το αργότερο εντός τριών ετών από τη σύναψη της αρχικής Σύμβασης και η διάρκεια της συμπληρωματικής σύμβασης δεν θα υπερβαίνει τα τρία (επιπλέον) χρόνια. Ειδικότερα για το άρθρο 2 του τιμολογίου η υλοποίηση του δικαιώματος προαίρεσης προφανώς δεν αναφέρεται στην αξία των εφ' άπαξ επενδύσεων, η οποία έχει συμπεριληφθεί στην αξία της ανηγμένης τιμής του. Συνεπώς για το υπόψη άρθρο η τιμή αυτή για το επιπλέον διάστημα θα προκύψει μετά από διαπραγμάτευση σύμφωνα με το άρθρο 25 του π.δ. 60/2007».

Εξάλλου, στο άρθρο 3 παρ. 4 της Σύμβασης, η οποία υπεγράφη στις 31.12.2010 μεταξύ του Ενιαίου Συνδέσμου Δήμων και Κοινοτήτων Νομού Αττικής και της αναδειχθείσας από την ως άνω διαγωνιστική διαδικασία μειοδότης κοινοπραξίας «ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε. - Θ.Γ. ΛΩΛΟΣ Χ. ΤΣΟΜΠΑΝΙΔΗΣ Ο.Ε.-ΑΡΣΗ Α.Ε.» για την παροχή των δημοπρατηθεισών υπηρεσιών, προβλέπεται ότι: «Προσαύξηση του συμβατικού αντικειμένου είναι δυνατή σύμφωνα με τα αναλυτικώς οριζόμενα στην παρ. 4.4. της ΣΥ και, ανεξαρτήτως αυτής, στο άρθρο 12 της Προκήρυξης (Δικαίωμα Προαίρεσης). Προς τούτο θα καταρτισθεί και υπογραφεί έγγραφο συμφωνητικό, μεταξύ των δύο συμβαλλομένων μερών, που θα προσαρτάται στο παρόν και θα αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του, αποκλεισμένου οποιουδήποτε άλλου αποδεικτικού μέσου». Σημειωτέον ότι, στην παρ. 4.4. της ΣΥ που μνημονεύεται ανωτέρω, προβλέπεται η δυνατότητα σύναψης συμπληρωματικής σύμβασης κατ' άρθρο 25 παρ. 4 εδαφ. α' του π.δ. 60/2007 .

Στη συνέχεια, η Εκτελεστική Επιτροπή του Ειδικού Διαβαθμιδικού Συνδέσμου Νομού Αττικής (Ε.Δ.Σ.Ν.Α.), με την 501/18.10.2013 απόφασή της, κατ' επίκληση του προαναφερόμενου άρθρου 3 παρ. 4 της σύμβασης και του άρθρου 12 της διακήρυξης, αποφάσισε την «επέκταση της σύμβασης και την άσκηση του προβλεπόμενου (...) δικαιώματος προαίρεσης (...) για την παροχή ίδιων υπηρεσιών για συνολική επιπλέον ποσότητα που δεν θα ξεπεράσει τους 900.000 τόνους και για χρονικό διάστημα που δεν θα υπερβαίνει τα τρία επιπλέον έτη με τιμές και λοιπούς όρους σύμφωνα με τα ισχύοντα στην τρέχουσα σύμβαση (...)». Συνακόλουθα, συντάχθηκε «Ιδιωτικό Συμφωνητικό Άσκησης Δικαιώματος Προαίρεσης», με το οποίο ο Ε.Δ.Σ.Ν.Α. και η εγκατεστημένη ανάδοχος συμφωνούν τη «χρονική επέκταση της σύμβασης (...) και συγκεκριμένα την παροχή των Υπηρεσιών για συνολική



επιπλέον ποσότητα που δεν θα ξεπεράσει τους 900.000 επιπλέον τόνους και για χρονικό διάστημα που δεν θα υπερβαίνει τα τρία επιπλέον έτη και με τιμές, λοιπούς όρους και προϋποθέσεις σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην Προκήρυξη και στη Σύμβαση, όπως αυτή εκάστοτε ισχύει και σύμφωνα με τις ισχύουσες νομοθετικές διατάξεις». Σύμφωνα με το «Ιδιωτικό Συμφωνητικό» : «Το δικαίωμα προαίρεσης κατ' αρχήν αντιστοιχεί, σύμφωνα με τις τιμές της αρχικής σύμβασης, σε ποσό ύψους μέχρι 57.017.487,74 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%, ο οποίος επιβαρύνει τον πρώτο συμβαλλόμενο. Ωστόσο, δεδομένων των συνθηκών, δηλαδή την πορεία εκπλήρωσης του οικονομικού αντικείμενου της Σύμβασης αυτής μέχρι σήμερα, (συγκεκριμένα εκ των προϋπολογισθέντων μέχρι 31.12.2013 59.940.900 ευρώ αναμένεται να έχουν αναλωθεί 35.000.000 ευρώ), η δαπάνη του ΕΔΣΝΑ κατά τη διάρκεια της άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης, δηλαδή από 1.1.2014 έως και την 31.12.2016, δεν θα υπερβεί κατά κοινή εκτίμηση το ποσό των 40.000.000 ευρώ, ως εκ τούτου εις το ποσόν αυτό και συγκεκριμένα μέχρι του ποσού αυτού των 40.000.000 ευρώ ασκείται το δικαίωμα προαίρεσης». Οι ανατιθέμενες υπηρεσίες συμφωνήθηκε ότι θα εκτελεστούν σε διάρκεια τριών ετών, ήτοι έως τις 31.12.2016.

Από την διατύπωση των πιο πάνω όρων που περιλαμβάνονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού, την αρχική σύμβαση και το ιδιωτικό συμφωνητικό άσκησης δικαιώματος προαίρεσης, σαφώς προκύπτει η βούληση των συμβαλλομένων να προβούν σε παράταση της ισχύος και επέκταση του αντικείμενου της συμβάσεως, κατά τα οριζόμενα στις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 25, παράγραφος 4β του ΠΔ 60/2007. Για να μην υπάρξει μάλιστα οποιαδήποτε αμφιβολία για την πραγματική πρόθεση της αναθέτουσας αρχής, αυτή προέβη σε ονομαστική μνεία της συγκεκριμένης διατάξεως και μάλιστα δύο φορές, στο άρθρο 12 της διακήρυξης του διαγωνισμού, υπό τον τίτλο «Δικαιώματα Προαίρεσης - Προσαυξήσεις Συμβατικού Αντικείμενου». Εξάλλου, η διαδικασία κατάρτισης του επίμαχου ιδιωτικού συμφωνητικού και τα στοιχεία που αυτό περιλαμβάνει παραπέμπουν ευθέως και αντιστοιχούν πλήρως με το πραγματικό της διατάξεως αυτής. Τούτο διότι :

α) Της κατάρτισης προηγήθηκε ουσιαστική διαπραγμάτευση, η οποία κατέληξε σε συμφωνία των συμβαλλομένων, ότι, το ποσό που θα καταβληθεί

στην ανάδοχο για την νέα τριετία ισχύος της συμβάσεως, δεν θα υπερβεί τα 40.000.000 ευρώ .

β) Η ίδια αναθέτουσα αρχή, ανέθεσε στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης την επανάληψη παροχής των ίδιων υπηρεσιών που προβλέπονταν στην αρχική σύμβαση , δηλαδή υπηρεσίες λειτουργίας , συντήρησης και επισκευής του Εργοστασίου Μηχανικής Ανακύκλωσης και Κομποστοποίησης Σύμμεικτων Δημοτικών Απορριμμάτων .

γ) Στο ιδιωτικό συμφωνητικό προβλέπεται ότι όλα τα συμβατικά τεύχη τα οποία αποτελούσαν αναπόσπαστο μέρος της αρχικής σύμβασης γίνονται εκ νέου δεκτά ανεπιφύλακτα από τους συμβαλλόμενους .

δ) Εκπληρώνονται σε αυτό όλες οι προϋποθέσεις που ορίζει και το τελευταίο εδάφιο της διατάξεως αυτής (η δυνατότητα κατάρτισης του προβλεπόμενου στην αρχική προκήρυξη του διαγωνισμού και έγινε μετά τριετία από την σύναψη της αρχικής συμβάσεως) .

Είναι επομένως προφανές ότι, εφόσον στο άρθρο 2 παράγραφος 2δδ του ν. 4013/2011 ορίζεται ότι οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών, που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, υπάρχει υποχρέωση της Εκτελεστικής Επιτροπής του Συνδέσμου περί υποβολής προς την Αρχή αυτή αιτήματος για την έκδοση της σχετικής γνωμοδότησης .

Τα ανωτέρω δεν αναιρούνται από την διατύπωση σχετικής σκέψεως στην με αριθμό 1534/2014 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου που μνημονεύεται πιο πάνω, σύμφωνα με την οποία: « Δεν δύναται, δε, η ενεργοποίηση του δικαιώματος παράτασης, που είχε περιληφθεί στην αρχική σύμβαση, να συσχετιστεί με κάποια από τις διαδικασίες του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007 (και δη με αυτήν της παραγράφου 4 περ. β' αυτού για την ανάθεση νέων υπηρεσιών), όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει το Κλιμάκιο, δοθέντος ότι δεν επιδιώχθηκε η ανάθεση νέων υπηρεσιών κατά την έννοια της ως άνω διάταξης (βλ. Ελ. Συν. αποφ. VI Τμ. 1980/2012, 2121/2009, πρβλ. Πράξ. VI Τμ. 6/2005, Πράξ. IV Τμ. 73/2009, Ζ' Κλιμ. 146/2004), αλλά η



επανάληψη των ίδιων υπηρεσιών που ανατέθηκαν στην ανάδοχο της αρχικής σύμβασης. » .

IV. Περαιτέρω, στο άρθρο 20 παρ.1 και 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999) ορίζεται ότι: «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενο της. 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης..... » .

Όπως σαφώς προκύπτει από τις ανωτέρω διατάξεις, η γνώμη προηγείται της έκδοσης της διοικητικής πράξης η δε σύμφωνη γνώμη δεσμεύει τον αποδέκτη της, δηλ. το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα, το οποίο υποχρεούται να εφαρμόσει το νόμο και να ενεργήσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύει το όργανο που γνωμοδοτεί. Εάν διαφωνεί δεν δικαιούται να ενεργήσει αντίθετα προς την υπόδειξη της σύμφωνης γνώμης, δικαιούται όμως να απέσχει από κάθε ενέργεια, εφόσον έχει προς τούτο διακριτική ευχέρεια. Η τήρηση της διαδικασίας αυτής συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετική διοικητικής πράξης και η μη τήρηση του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως της Διοίκησης (βλ. αναλυτικά Ε. Σπηλιωτόπουλου « Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου » παράγραφοι 135 και 136) .

Θα πρέπει επομένως , για την νομιμότητα της διαδικασίας , να σταλεί, πριν από την έκδοση της σχετικής αποφάσεως της Εκτελεστικής Επιτροπής του Ειδικού Διαβαθμιδικού Συνδέσμου Νομού Αττικής, έγγραφο αίτημα για παροχή γνώμης προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, συνοδευόμενο απαραίτητως από το σχέδιο του ιδιωτικού συμφωνητικού που πρόκειται να υπογραφεί και πλήρη φάκελο με τα στοιχεία της υποθέσεως .

V. Κατόπιν των ανωτέρω, το Ε' Τμήμα του Ν.Σ.Κ. γνωμοδοτεί ομόφωνα επί του ως άνω ερωτήματος, ότι ο Ειδικός Διαβαθμιδικός Συνδέσμος Νομού Αττικής υποχρεούται να ζητήσει την παροχή γνώμης από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, πριν από την έκδοση

της σχετικής αποφάσεως της Εκτελεστικής του Επιτροπής και την υπογραφή του ιδιωτικού συμφωνητικού .

Θεωρήθηκε,

Αθήνα, 26-6-2014

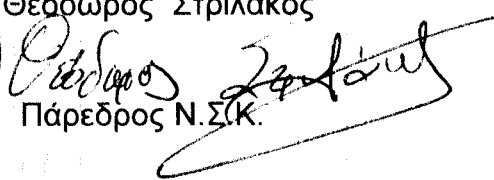
Ο Πρόεδρος του Τμήματος


Ιωάννης Τριάντος

Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Ο Εισηγητής

Θεόδωρος Στριλάκος


Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.