

**Ηράκλειο Ενεργοί Πόλιτες
Παράταξη του Δήμου Ηρακλείου**

Ηράκλειο, 25/05/2020

Ταχ. Διεύθυνση: Βιάννου 13-17, 71201
Ηράκλειο Κρήτης
Πληροφορίες: Ηλίας Λυγερός
Τηλέφωνο: 6972218430
Fax 2810 301373
e-mail: hlygeros@otenet.gr

Π Ρ Ο Σ:

**Αποκεντρωμένη Διοίκηση Κρήτης
Ικάρου & Σπανάκη 2 , Τ.Κ. 71307
Ηράκλειο Κρήτης**

Θ Ε Μ Α: «Ειδική Διοικητική Προσφυγή κατά της υπ' αρ. 328/2020 (ΑΔΑ: ΩΔΕΝΩ00-ΗΡΕ)
απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ηρακλείου»

Σας ενημερώνω ότι:

- Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 227 παρ.1α του Ν. 3852/2010 και του άρθρου 118 του Ν. 4555/2018 όπως ισχύουν ορίζεται ότι: «Οποιοσδήποτε έχει έννομο συμφέρον μπορεί να προσβάλει τις αποφάσεις των συλλογικών ή μονομελών οργάνων των δήμων, των περιφερειών, των νομικών προσώπων αυτών, καθώς και των συνδέσμων τους, για λόγους νομιμότητας, ενώπιον του Επόπτη Ο.Τ.Α., μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση της απόφασης ή την ανάρτησή της στο διαδίκτυο ή από την κοινοποίησή της ή αφοτου έλαβε πλήρη γνώση αυτής.
- Επειδή ως Δημοτικός Σύμβουλος και επικεφαλής της Δημοτικής Παράταξης «Ηράκλειο Ενεργοί Πολίτες» του Δήμου Ηρακλείου, όντας και μέλος της Οικονομικής Επιτροπής και σύμφωνα με το άρθρο 118 παρ. 4 του 4555/2018 που αναφέρει ότι «δικαίωμα για την άσκηση της ειδικής διοικητικής προσφυγής τεκμαίρεται ότι έχουν όλοι οι αιρετοί του οικείου δήμου ή περιφέρειας, **ανεξάρτητα από το εάν έλαβαν μέρος στη συνεδρίαση κατά την οποία ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση**, εφόσον δεν την υπερψήφισαν», θεωρώ πως έχω το δικαίωμα στο πλαίσιο άσκησης των καθηκόντων μου να μεριμνώ για την τήρηση της νομιμότητας, στις αποφάσεις και πράξεις της Δημοτικής Αρχής κι εφόσον δεν έχω συμπράξει στην έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με αριθμό 328/2020 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Συμβουλίου Ηρακλείου
- Επειδή η πράξη που προκύπτει από τη με αριθμό 328/2020 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Συμβουλίου Ηρακλείου θεωρώ πως είναι εκτελεστή
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 9 του Ν. 3534/2007 «Η εκτέλεση και εκμετάλλευση του συγκοινωνιακού έργου των τακτικών αστικών και υπεραστικών επιβατικών γραμμών, υφιστάμενων και νέων, ανατίθεται αποκλειστικά στους φορείς συγκοινωνιακού έργου που προβλέπει ο νόμος αυτός, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις αυτού, **μέχρι 31 Δεκεμβρίου 2019**»
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 38 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 «Οι Δήμοι και αντί των Δήμων, που υπάγονται σε αυτές, οι περιφέρειες Νοτίου Αιγαίου, Βορείου Αιγαίου και Ιονίων Νήσων, είναι οι αρμόδιες τοπικές αρχές, σύμφωνα με την περίπτωση γ' του άρθρου 2 του Κανονισμού 1370/2007, και έχουν τις εξής αρμοδιότητες εντός της περιοχής ευθύνης τους:
 - α) υποβάλλουν προτάσεις στην αρμόδια υπηρεσία του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών σχετικά με:
 - αα) τον καθορισμό των αστικών γραμμών λεωφορείων,

- ββ) τον καθορισμό εντός των ορίων τους, ολοκληρωμένων δημόσιων επιβατικών μεταφορών, σύμφωνα με την περίπτωση ιγ' του άρθρου 2 του ανωτέρω Κανονισμού,
- β) **προτείνουν στον Υπουργό Υποδομών και Μεταφορών την ανάθεση παροχής δημόσιας υπηρεσίας αστικών επιβατικών μεταφορών χωρίς διαγωνισμό, όπου αυτό επιτρέπεται από τον εν λόγω Κανονισμό και τον παρόντα, ...»**
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 «**Η εκτέλεση των δημόσιων αστικών επιβατικών μεταφορών γίνεται αποκλειστικά από πρόσωπα ή ενώσεις προσώπων που εκτελούν κατ' επάγγελμα οδικές μεταφορές επιβατών με λεωφορεία αστικού ή ημιαστικού τύπου κάθε κατηγορίας, πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της νομοθεσίας και έχουν λάβει σχετική έγκριση τύπου λεωφορείου από τις αρμόδιες αρχές**
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 40 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 «**Η ανάθεση της παροχής δημόσιων αστικών μεταφορών επιβατών με χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος ή και αποζημίωση γίνεται με τη διενέργεια διαγωνισμού, κατ' εξαίρεση δε με απευθείας ανάθεση, σύμφωνα με τον Κανονισμό 1370/2007, την ενωσιακή και εθνική νομοθεσία για την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, καθώς και τον παρόντα νόμο λαμβανομένης ιδίως υπόψη της ανάγκης απρόσκοπτης και συνεχούς προσφοράς δημόσιων οδικών αστικών μεταφορών επιβατών σε μικρούς νησιωτικούς δήμους, σύμφωνα με το ν. 4555/2018 (Α' 133), στους οποίους ο ανάδοχος επιτρέπεται να είναι και ο οικείος Δήμος»**
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 47 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 «**Σε περίπτωση διακοπής των δημόσιων αστικών οδικών μεταφορών επιβατών ή επικείμενου κινδύνου διακοπής τους σε μία ή περισσότερες γεωγραφικές περιοχές, ο Υπουργός Υποδομών και Μεταφορών μπορεί να λάβει έκτακτα μέτρα για τη διασφάλιση της συνέχειας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που συνίστανται είτε στην ανάθεση σε τρίτο του έργου των δημόσιων αστικών μεταφορών επιβατών χωρίς την προκήρυξη διαγωνισμού είτε στην παράταση της διάρκειας της σύμβασης με τον ανάδοχο πέραν των προβλεπόμενων ορίων χωρίς τη διενέργεια διαγωνισμού»**
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 49 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 «**Μέχρι την ανάληψη, ανά περιοχή, του μεταφορικού έργου κατά τις διατάξεις του παρόντος, εξακολουθούν να ισχύουν οι διατάξεις που αφορούν την οργάνωση και τη λειτουργία των δημόσιων αστικών οδικών μεταφορών επιβατών»**
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 **Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση** μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις:
 - α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της
 - Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.
 - Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77.

- β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους:
 - αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης,
 - ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους,
 - γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.
- Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.
- Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 231 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο»

Καταθέτω

την παρούσα Ειδική Διοικητική Προσφυγή **επιδιώκοντας την ακύρωση της της υπ' αρ.328/2020 (ΑΔΑ: ΩΔΕΝΩ00-ΗΡΕ)** απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ηρακλείου μέσω τηλεδιάσκεψης .

Στις **12-05-2020** διεξήχθη η συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ηρακλείου όπου συζητήθηκε το θέμα με τίτλο «**Ανάκληση της 179/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής - Έγκριση εκ νέου της προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 (β) του Ν. 4412/2016 για την Σύναψη Σύμβασης Παροχής Συγκοινωνιακού Έργου μεταξύ του Δήμου Ηρακλείου και της ΚΤΕΛ Αστικών Γραμμών Α.Ε.**»

Η συγκεκριμένη απόφαση αναφέρεται στην πρόθεση της Δημοτικής Αρχής να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για τη σύναψη σύμβασης παροχής συγκοινωνιακού έργου με την ΚΤΕΛ Αστικών Γραμμών Α.Ε.

Επί του συγκεκριμένου θέματος η Οικονομική Επιτροπή είχε αποφανθεί και προγενέστερα (25-02-2020) με την 179-2020 απόφαση της (ΑΔΑ: ΨΘΙΒΩ00-ΞΜΜ) την οποία είχα καταψηφίσει με το ακόλουθο σκεπτικό όπως αναφέρεται στην απόφαση «*Η αποκλειστικότητα εκτέλεσης συγκοινωνιακού έργου έληξε στις 31-12-2019 χωρίς να δοθεί καμία παράταση. 2. Συγκοινωνιακό έργο μεταφοράς ατόμων, τόσο στο νομό και στην πόλη μας, όσο και στο σύνολο της χώρας, προσφέρουν και άλλοι φορείς (συνεταιριστικοί ή ιδιωτικοί) που έχουν τα απαιτούμενες προϋποθέσεις για να συμμετέχουν σε μία δημοπρασία. 3. Η αναφορά στον νόμο 4412/2016 άρθρα 26 & 6 και 32 δεν μπορούν να εφαρμοστούν στην περίπτωση μας, αλλά πρέπει να γίνει ανοικτός διαγωνισμός (διαδικασία με ανταγωνισμό). 4. Η σημερινά προτεινόμενη σύμβαση στην ουσία είναι επέκταση της ήδη υφιστάμενης σύμβασης, που έγινε με άλλους όρους και νομικό πλαίσιο».* η οποία ανακλήθηκε με την 328/2020 (της οποίας ζητώ την ακύρωση με την παρούσα προσφυγή) επισημαίνοντας ότι με το αρ. πρωτ. 2363/1-4-2020 έγγραφο σας, ζητήθηκε να γίνει διόρθωση άρθρων των όρων Διαπραγμάτευσης που αφορά την σύναψη σύμβασης

Παροχής Συγκοινωνιακού Έργου μεταξύ του Δήμου Ηρακλείου και ΚΤΕΛ ΑΣΤΙΚΩΝ ΓΡΑΜΜΩΝ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ Α.Ε.

Για την ενημέρωσή σας αναφέρουμε, ότι η εν λόγω σύμβαση δεν αφορά το σύνολο του συγκοινωνιακού έργου το οποίο εκτελεί ο φορέας «ΚΤΕΛ ΑΣΤΙΚΩΝ ΓΡΑΜΜΩΝ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ Α.Ε.» στο Δήμο Ηρακλείου, αλλά τις δύο γραμμές εξυπηρέτησης των Δημοτών για τη διέλευση στο κέντρο της πόλης (μπλε και κόκκινη γραμμή).

Το σκεπτικό της εισήγησης, το οποίο αναφέρεται στην απόφαση, για την πρόθεση σε προσφυγή σε διαπραγματεύση με ένα και μόνο φορέα, βασίζεται σε γνωμοδότηση του Νομικού Τμήματος του Δήμου Ηρακλείου με βάση την ισχύουσα νομοθεσία. Η τεκμηρίωση αυτή αναφέρεται στην παράγραφο Γ της απόφασης με τίτλο «*Τεκμηρίωση για την Επιλογή Προσφυγής στη Διαδικασία της Διαπραγματεύσης χωρίς Προηγούμενη Δημοσίευση σύμφωνα με το άρθρο 32.2.β) ββ) του Ν. 4412/2016, λόγω της απουσίας ανταγωνισμού για Τεχνικούς Λόγους*»

Κατά τη γνώμη μου κι όπως προκύπτει από το άρθρο 17 παρ. 9 του Ν. 3534/2007 η αποκλειστικότητα εκτέλεσης και εκμετάλλευσης του συγκοινωνιακού έργου στους φορείς που προβλέπει ο νόμος αυτός έληξε την 31^η Δεκεμβρίου 2019. **Ως εκ τούτου έχει πάψει να ισχύει η αποκλειστικότητα**, όπως ορίζει ο νόμος.

Στη συνέχεια της τεκμηρίωσης αναφέρεται ότι επιλέγεται ο συγκεκριμένος φορέας λόγω της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας, είναι ο μοναδικός ο οποίος μπορεί να προσφέρει το ζητούμενο έργο, δηλώνοντας ότι «*Και από την άλλη δεν υπάρχουν πρόσωπα ή ενώσεις προσώπων που έχουν αδειοδοτηθεί για να εκτελούν κατ'επάγγελμα οδικές μεταφορές επιβατών με λεωφορεία αστικού ή ημιαστικού τύπου κάθε κατηγορίας, πέρα από το ΑΣΤΙΚΟ ΚΤΕΛ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ*». Κατά τη γνώμη μου δεν προκύπτει από κανένα από τα προαναφερόμενα σημεία ότι δεν μπορεί να εκτελέσει το περιγραφόμενο έργο κάποιος άλλος φορέας, που αποδεδειγμένα διαθέτει τη ζητούμενη από τη νομοθεσία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για να το πράξει και προφανώς δεν μπορεί να προδικαστεί αυτό, από τη στιγμή που δεν έγινε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία επιλογής..

Την ανάγκη του να ακολουθηθεί διαγωνιστική διαδικασία αναφέρει και το άρθρο 40 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 στο οποίο διατυπώνεται ότι «*Η ανάθεση της παροχής δημόσιων αστικών μεταφορών επιβατών με χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος ή και αποζημίωση γίνεται με τη διενέργεια διαγωνισμού, κατ' εξαίρεση δε με απευθείας ανάθεση, σύμφωνα με τον Κανονισμό 1370/2007, την ενωσιακή και εθνική νομοθεσία για την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, καθώς και τον παρόντα νόμο λαμβανομένης ιδίως υπόψη της ανάγκης απρόσκοπτης και συνεχούς προσφοράς δημόσιων οδικών αστικών μεταφορών επιβατών σε μικρούς νησιωτικούς δήμους, σύμφωνα με το ν. 4555/2018 (Α' 133), στους οποίους ο ανάδοχος επιτρέπεται να είναι και ο οικείος Δήμος*». Η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης είναι κατ' εξαίρεση διαδικασία και όχι ο κανόνας. Για το λόγο αυτό υπάρχει και το άρθρο 47 παρ. 1 του Ν. 4568/2018, όπου η χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού ανάθεση έργου δημόσιων αστικών μεταφορών θεωρείται ως έκτακτο μέτρο σε περιπτώσεις όπου υπάρχει ή έπεται διακοπή αστικών οδικών μεταφορών επιβατών. Στην περίπτωση μας, όπως ανέφερα και στην αρχή της παρούσης, η σύμβαση αυτή αφορά δύο δρομολόγια και όχι το σύνολο του συγκοινωνιακού έργου που εξακολουθεί να εκτελείται κανονικά.

Για το ιστορικό της παρούσης, πρέπει να αναφερθεί ότι ο Δήμος Ηρακλείου είχε αναθέσει την εν λόγω υπηρεσία από το 2018 στην Αστικό ΚΤΕΛ Α.Ε. με την υπ' αριθμόν 2.906/12.02.2018 σύμβαση η οποία παρατάθηκε μέχρι 30-06-2019, ακολούθως υπογράφηκε νέα μέχρι 31-12-2019 και στις 30-12-2019 με την με αρ. 1006/30-12-2019 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου Ηρακλείου παρατάθηκε έως 31-03-2020. Από τα παραπάνω εύκολα γίνεται κατανοητό ότι υπήρξε διαθέσιμο μεγάλο χρονικό διάστημα, κατά το οποίο θα μπορούσε να λάβει χώρα μία ανοικτή διαδικασία.

Αναφέρεται επίσης στην απόφαση 328/2020 της Ο.Ε. του Δήμου Ηρακλείου ότι για την παροχή συγκοινωνιακού έργου και κατά τη λογική της παροχής Υπηρεσιών Γενικού Οικονομικού Συμφέροντος (ΥΓΟΣ), ο Δήμος δεν έχει την αρμοδιότητα να προκηρύξει διαγωνισμό, λαμβάνοντας υπόψη ότι τα ειδικά προσόντα θα πρέπει να καθοριστούν από τον αρμόδιο Υπουργό. Φαίνεται ότι μέχρι σήμερα αυτό δεν έχει γίνει. Για το λόγο αυτό υπάρχει το άρθρο 49 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 διατυπώνει ότι *«Μέχρι την ανάληψη, ανά περιοχή, του μεταφορικού έργου κατά τις διατάξεις του παρόντος, εξακολουθούν να ισχύουν οι διατάξεις που αφορούν την οργάνωση και τη λειτουργία των δημόσιων αστικών οδικών μεταφορών επιβατών»*. Προκύπτει λοιπόν κατά τη γνώμη μου ότι όποιος διαθέτει νόμιμη άδεια εκτέλεσης συγκοινωνιακού έργου με λεωφορεία αστικού ή ημιαστικού τύπου κάθε κατηγορίας, μπορεί να αναλάβει την εν λόγω υπηρεσία.

Ακόμα όμως και στην περίπτωση που με κάποιο τρόπο αποδειχθούν τα αναφερόμενα στην απόφαση για αποκλειστικότητα, ο Δήμος Ηρακλείου ως φορέας δεν είναι αρμόδιος για την προσφυγή σε αυτού του είδους τη διαδικασία αφού σύμφωνα με το άρθρο πάλι σύμφωνα με το **άρθρο 38 παρ. 1 του Ν. 4568/2018 «Οι Δήμοι ... προτείνουν στον Υπουργό Υποδομών και Μεταφορών την ανάθεση παροχής δημόσιας υπηρεσίας αστικών επιβατικών μεταφορών χωρίς διαγωνισμό, όπου αυτό επιτρέπεται από τον εν λόγω Κανονισμό και τον παρόντα»** . Για το λόγο αυτό κατά τη γνώμη η Οικονομική Επιτροπή έχει το δικαίωμα να προτείνει στον αρμόδιο Υπουργό κι όχι να αποφασίσει για τη διαδικασία.

Όσον αφορά τον νόμο 4412/2016 ο οποίος καθορίζει τις διαδικασίες για την ανάθεση υπηρεσιών και προμηθειών, αναφέρει α) στο άρθρο 231 παρ. 1 *«Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο»* και β) στο άρθρο 32 παρ. 2 Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (ως εξαίρεση) μπορεί να χρησιμοποιείται όταν διαπιστώνεται **απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους**, μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.

Για όλους του παραπάνω λόγους θεωρώ ότι η απόφαση 328/2020 της Ο.Ε. του Δήμου Ηρακλείου πρέπει να ακυρωθεί και σας παρακαλώ να εξετάσετε την προσφυγή μου.

Με εκτίμηση,

**Ο Επικεφαλής της Δημοτικής Παράταξης
Ηράκλειο Ενεργοί Πολίτες**

Ηλίας Αυγερός