

Κύκλος Ποιότητας Ζωής

ΠΟΡΙΣΜΑ

(Ν. 3094/2003 “Συνήγορος του Πολίτη και άλλες διατάξεις”, Άρθρο 3 § 5)

ΘΕΜΑ:

Παραχώρηση απλής χρήσης αιγιαλού εντός της χερσαίας ζώνης λιμένα Πόρτο Ράφτη στο
Αυλάκι, για λειτουργία τροχήλατης καντίνας

(Αριθ. πρωτ. υπόθεσης 166747/18399/9-5-2013)

Συνήγορος του Πολίτη:	Καλλιόπη Σπανού
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη:	Ιωάννης Π. Σαγιάς
Ειδικός Επιστήμονας :	Κωνσταντίνος Πεχλιβάνογλου
Ειδικός Επιστήμονας :	Ευγενία Παπαδοπούλου

Φεβρουάριος 2014



Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Ιωάννης Π. Σαγιάς
Ειδικοί Επιστήμονες: Κωνσταντίνος Πεχλιβάνογλου
Ευγενία Παπαδοπούλου

28 Φεβρουαρίου 2014
Αριθμ. Πρωτ.: 166747/11458/2014

Προς

1. Κύριο Υπουργό Εσωτερικών
Σταδίου 27,
ΤΚ 10183 Αθήνα

Κοινοποίηση

Ως πίνακας αποδεκτών προς κοινοποίηση



ΠΟΡΙΣΜΑ

Παραχώρηση απλής χρήσης αιγιαλού εντός της χερσαίας ζώνης λιμένα Πόρτο Ράφτη στο Αυλάκι, για λειτουργία τροχήλατης καντίνας

Σχετική αλληλογραφία:

- Α) Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας, Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας (Ν.Π.Δ.Δ.), διακήρυξη: ΠΕΡΙΛΗΠΤΙΚΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ ΧΡΗΣΗΣ (ΕΚΜΙΣΘΩΣΗΣ) ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΙΓΙΑΛΟΥ, από 16-4-2013.
- Β) Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας, Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας (Ν.Π.Δ.Δ.), όροι διακήρυξης, από 16-4-2013.
- Γ) Συνήγορος του Πολίτη αριθ. πρωτ. 166747/22885/7-6-2013
- Δ) Συνήγορος του Πολίτη αριθ. πρωτ. 166747/28772/17-7-2013
- Ε) Συνήγορος του Πολίτη αριθ. πρωτ. 166747/33967/27-8-2013
- ΣΤ) Συνήγορος του Πολίτη αριθ. πρωτ. 166747/40117/10-10-2013
- Ζ) Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, αριθ. πρωτ. 546/19-6-2013
- Η) Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας αριθ. πρωτ. 653/12-7-2013 (ΑΔΑ: ΒΛ4ΓΩΛΝ-ΝΣΔ)
- Θ) Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας αριθ. πρωτ. 655/12-7-2013 (ΑΔΑ: ΒΛ4ΙΩΛΝ-ΗΞΓ)
- Ι) Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας αριθ. πρωτ. 9533/30-5-2013 (ΑΔΑ: ΒΕΧ7ΩΛΝΖ1Μ)
- Κ) Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας αριθ. πρωτ. 19584/21-10-2013
- Λ) ΔΟΛΕΛ Τμήμα Β' αριθ. πρωτ. 8321.6/01/2012/12-3-2012 (ΑΔΑ: Β443Φ-Ω4Β)
- Μ) ΔΟΛΕΛ Τμήμα Β' αριθ. πρωτ. 8322.47/06/2013/1-7-2013
- Ν) Υπουργείο Τουρισμού Ε.Ο.Τ., Δ/νση Τουριστικών Εγκαταστάσεων αριθ. πρωτ. 509124/29-7-2013
- Ξ) Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής, αριθ. πρωτ. 2852/16-5-2013
- Ο) Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής, αριθ. πρωτ. 3113/432/19-7-2013
- Π) Κ.Α.Ρ. Α' Λιμενικό Τμήμα Μαρκοπούλου αριθ. πρωτ. 214.8/439/23-4-2013
- Ρ) Κ.Α.Ρ. Α' Λιμενικό Τμήμα Μαρκοπούλου αριθ. πρωτ. 2852/392/16-5-2013
- Σ) Κ.Α.Ρ. Α' Λιμενικό Τμήμα Μαρκοπούλου αριθ. πρωτ. 214.8/299/21-3-2013
- Τ) Ελληνικός Οργανισμός Τουρισμού αριθ. πρωτ. 509052/19-7-2013
- Υ) Ελληνικός Οργανισμός Τουρισμού αριθ. πρωτ. 509124/29-7-2013
- Φ) Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής, αριθ. πρωτ. 5081/861/5-12-2013 (με συνημμένη έκθεση αυτοψίας και φωτογραφίες)
- Χ) ΔΟΛΕΛ Τμήμα Β' αριθ. πρωτ. 8322.47/01/2013/20-5-2013
- Ψ) Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής, Διεύθυνση Διοίκησης, αριθ. πρωτ. οικ. 37661/31117/11-7-2013
- Ω) ΔΟΛΕΛ Τμήμα Β' αριθ. πρωτ. 8322.47/06/2013/1-7-2013

Ο Συνήγορος του Πολίτη, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του κατά το άρθρο 103 παρ. 9 του Συντάγματος και το ν. 3094/2003 (Συνήγορος του Πολίτη και άλλες διατάξεις), διερεύνησε την αναφορά του κυρίου ***** , σχετικά με τη διαδικασία την οποία τήρησε το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, κατά την προκήρυξη του διαγωνισμού παραχώρησης χρήσης (εκμίσθωσης) χώρου, εντός της χερσαίας ζώνης του λιμένα Πόρτο Ράφτη στο Αυλάκι, για την τοποθέτηση και λειτουργία τροχήλατης καντίνας.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 3 § 3 του ν. 3094/2003, ο Συνήγορος του Πολίτη: «...ερευνά ατομικές διοικητικές πράξεις ή παραλείψεις ή υλικές ενέργειες οργάνων των δημοσίων



υπηρεσιών που παραβιάζουν δικαιώματα ή προσβάλλουν νόμιμα συμφέροντα φυσικών ή νομικών προσώπων». Επιπλέον, κατά το άρθρο 3 § 1 του ίδιου νόμου ο Συνήγορος του Πολίτη: «...είναι αρμόδιος για θέματα που ανάγονται στις υπηρεσίες: α) του Δημοσίου, β) των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης α' και β' βαθμού, γ) των λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, δ) των κρατικών νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, των δημοσίων επιχειρήσεων, των επιχειρήσεων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των επιχειρήσεων των οποίων τη διοίκηση ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος».

Συνεπώς, ο Συνήγορος του Πολίτη εξετάζει ατομικές διοικητικές πράξεις, παραλείψεις της Διοίκησης και υλικές ενέργειες των οργάνων της. Επίσης, αν και δεν παρεμβαίνει κατά κανονιστικών πράξεων, μπορεί να κρίνει παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα αυτών.

Οι Δήμοι και τα δημοτικά νομικά πρόσωπα είναι δυνατό να συνάπτουν συμβάσεις, είτε με άλλα ν.π.δ.δ., είτε με ιδιώτες, για την άμεση ή έμμεση ικανοποίηση συγκεκριμένων σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Εν προκειμένω, ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας λειτουργούν ως φορείς δημόσιας εξουσίας και προέβησαν στη σύναψη διοικητικής σύμβασης.

Η διακήρυξη του διαγωνισμού ή περίληψή της γίνεται σύμφωνα με ειδικές και γενικές διατάξεις της διοικητικής νομοθεσίας και έχει χαρακτήρα κανονιστικής διοικητικής πράξης. Η πράξη της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού είναι ατομική διοικητική πράξη, με την οποία ολοκληρώνεται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού. Η παραχώρηση χρήσης χώρου και η συνδεδεμένη με αυτήν άδεια λειτουργίας καντίνας συνιστά μονομερή διοικητική ενέργεια, η δε πράξη, με την οποία παραχωρείται το δικαίωμα ιδιαίτερης χρήσης είναι ατομική διοικητική πράξη.

Περαιτέρω, στο πλαίσιο της διαμεσολαβητικής αποστολής του Συνηγόρου του Πολίτη, εμπίπτουν οι πράξεις που εκδίδονται κατά τον υποχρεωτικό έλεγχο νομιμότητας των αποφάσεων των Ο.Τ.Α., σύμφωνα με το σύστημα διοικητικής εποπτείας.

Βάσει των ανωτέρω, ο Συνήγορος του Πολίτη διερεύνησε τη συγκεκριμένη υπόθεση και δεδομένου ότι, στο άρθρο 4 παρ. 6 του Ν.3094/2003 προβλέπεται ότι «...ο Συνήγορος του Πολίτη μετά το πέρας της έρευνας εφόσον το απαιτεί η φύση της υπόθεσης, μπορεί να συντάσσει πόρισμα το οποίο γνωστοποιεί στον καθ' ύλην αρμόδιο Υπουργό και τις αρμόδιες υπηρεσίες...», η Αρχή προβαίνει στη σύνταξη του παρόντος πορίσματος το οποίο γνωστοποιείται, διαβιβάζεται και κοινοποιείται αρμοδίως.

1. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας ανάρτησε στην ιστοσελίδα του και στον ημερήσιο τύπο, την 16-4-2013, «ΠΕΡΙΛΗΠΤΙΚΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ ΧΡΗΣΗΣ (ΕΚΜΙΣΘΩΣΗ) ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΙΓΙΑΛΟΥ», για χρονική περίοδο τριών ετών, έναντι ποσού 160.000 € ετησίως, η οποία εκδόθηκε από το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και υπεγράφη από τον Πρόεδρο του Λιμενικού Ταμείου και Δήμαρχο του Δήμου. Σε εφαρμογή της προαναφερόμενης προκήρυξης, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 273/2013/27-5-2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Μαρκοπούλου Μεσογαίας (σχετικό Ι), η οποία ενέκρινε τις ενέργειες του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου και την κατακύρωση της δημοπρασίας. Η απόφαση αυτή απεστάλη για έλεγχο νομιμότητας στην Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής.

Στο Συνήγορο του Πολίτη υποβλήθηκε η υπ' αριθ. φακέλου 166747/09-05-2013 αναφορά από τον κύριο *****, σχετικά με τις μη σύννομες διαδικασίες, οι οποίες τηρήθηκαν από το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, κατά την προκήρυξη του διαγωνισμού για την παραχώρηση χρήσης χώρου προς εγκατάσταση τροχήλατης καντίνας. Κατά την αναφορά, ο μη σύννομος χαρακτήρας των διαδικασιών αφορά στη διαστρέβλωση της ισχύουσας νομοθεσίας, στην



παράλειψη υποβολής ερωτήματος προς τη Διεύθυνση Οργάνωσης Λειτουργίας & Εκμετάλλευσης Λιμένων, στις παράνομες κατασκευές που υπάρχουν στην περιοχή παραχώρησης, στην παράλειψη ενημέρωσης της οικείας Κτηματικής Υπηρεσίας και άλλα νομικά ζητήματα. Περαιτέρω, στην αναφορά γινόταν μνεία στις αντιρρήσεις, οι οποίες είχαν εκφραστεί από τον Προϊστάμενο της Λιμενικής Αρχής, κατά τη συνεδρίαση του Δ. Σ. του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, σχετικά με τις εφαρμοστέες διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, που αφορούσαν τη συγκεκριμένη παραχώρηση.

2. ΔΙΑΔΙΚΑΣΤΙΚΕΣ ΕΝΕΡΓΕΙΕΣ

2.1. Ενέργειες του Συνηγόρου του Πολίτη

Ο Συνήγορος του Πολίτη, στο πλαίσιο διερεύνησης της αναφοράς, με τα σχετικά Γ, Ε και ΣΤ έθεσε υπόψη του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, της Κτηματικής Υπηρεσίας Ανατολικής Αττικής, της Διεύθυνσης Οργάνωσης Λειτουργίας Εκμετάλλευσης Λιμένων και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής, τις απόψεις του για τη διαδικασία, η οποία θα έπρεπε να τηρηθεί κατά την προκήρυξη παραχώρησης, τον έλεγχο νομιμότητας της πράξης παραχώρησης του χώρου στο συγκεκριμένο επαγγελματία, αλλά και για τις διατάξεις, που θα έπρεπε να ληφθούν υπόψη. Συγχρόνως, έθεσε ερωτήματα για τη διερεύνηση: α) της ισχύος της πράξης παραχώρησης της πλαζ Αυλακίου προς το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και β) της νομιμότητας όλων των εμφανιζόμενων κατασκευών στο συγκεκριμένο χώρο, η οποία συναρτάται και επηρεάζει τη νομιμότητα όλης της διαδικασίας παραχώρησης.

Προκειμένου να επισπευσθεί η διαδικασία επικοινωνίας, τόσο με το **Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας**, όσο και με την **Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής**, αλλά και να προληφθεί τυχόν εκπινοή των προβλεπόμενων προθεσμιών της διαδικασίας ελέγχου νομιμότητας, ο εκ των ειδικών επιστημόνων, ο οποίος χειρίζεται την υπόθεση, Κων/νος Πεχλιβάνογλου επικοινωνήσε, κατ' επανάληψη τηλεφωνικά, τόσο με τον Πρόεδρο του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας και Δήμαρχο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και τα αρμόδια στελέχη του Δήμου και του Λιμενικού Ταμείου, όσο και με το Γενικό Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής και τα αρμόδια στελέχη της Διεύθυνσης Διοίκησης της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής.

Ειδικότερα, με τα προαναφερόμενα σχετικά έγγραφα και τις τηλεφωνικές επικοινωνίες, ο Συνήγορος του Πολίτη ζήτησε, μεταξύ άλλων:

Α) Από το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας να εκθέσουν την άποψή τους:

- 1) για τη νομοθεσία την οποία έλαβαν υπόψη, κατά την υλοποίηση της διαδικασίας της προκήρυξης και τους λόγους για τους οποίους αυτή αποκλίνει από την προβλεπόμενη διαδικασία για τις περιπτώσεις παραχώρησης χρήσης αιγιαλού, σε χώρους που περιλαμβάνονται στην χερσαία ζώνη λιμένα, όπως στην προκειμένη περίπτωση,
- 2) για την ρητώς διατυπωθείσα άποψη του Διοικητή του Α' Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου, που συμμετέχει στο Δ. Σ. του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, η οποία αφορούσε την ασυμφωνία του κανονιστικού πλαισίου, που επικαλείται το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο, με αυτό που προβλέπεται από την ισχύουσα νομοθεσία, καθώς και με τις σχετικές εγκυκλίους της Διεύθυνσης Οργάνωσης Λειτουργίας Εκμετάλλευσης Λιμένων,
- 3) για την ασυμφωνία των όρων, οι οποίοι περιλαμβάνονται στη συγκεκριμένη διακήρυξη παραχώρησης χρήσης αιγιαλού, σε σχέση με αυτούς που περιλαμβάνονται στην υπ' αριθ. 653/12-7-2013 (ΑΔΑ: ΒΛ4ΓΩΛΝ-ΝΣΔ) άδεια λειτουργίας της καντίνας, η οποία εκδόθηκε ειδικά για τη λειτουργία της ανωτέρω στο συγκεκριμένο χώρο, αλλά και για τη μη συμπεριληψη, στην προαναφερόμενη απόφαση/άδεια λειτουργίας, των όρων της παρ. 2 κεφ. Ι του σχετικού Δ,



4) για το δικαίωμα νομότυπης χρήσης και εκμετάλλευσης της πλαζ Αυλακίου, δεδομένου ότι από το σχετικό Ν προκύπτει ότι η επίμαχη πλαζ και οι εγκαταστάσεις που είχαν κατασκευασθεί από τον Ε.Ο.Τ.¹, είχαν παραχωρηθεί με την υπ' αριθ. Φ96/523070/24-7-1990 απόφαση, σύμφωνα και με την από 14-8-1990 Σύμβαση Παραχώρησης στο Δήμο Μαρκοπούλου, για χρονική διάρκεια δέκα ετών, (σχετικό Υ), η οποία δεν έχει μέχρι σήμερα επικαιροποιηθεί και η οποία έχει λήξει προ πολλού.

5) Επιπλέον, ζήτησε από το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και από το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, να ανακαλέσουν την παραχώρηση χρήσης του αιγιαλού, αλλά και να μεριμνήσουν για την ορθή επανάληψη όλης της διαδικασίας, έχοντας, προηγουμένως, διασφαλίσει τη σύννομη παραχώρηση του χώρου από τον Ε.Ο.Τ. και την ΕΤΑΔ η οποία διαχειρίζεται το χώρο², τη νομιμότητα των υφιστάμενων κατασκευών, την εναρμόνιση της προκήρυξης με τις δεσμεύσεις που τίθενται από τη νομοθεσία και τις εγκυκλίους και, αφού λάβουν υπόψη όλους τους περιορισμούς και υποχρεώσεις που θέτει η νομοθεσία και οι εγκύκλιοι της Διεύθυνσης Οργάνωσης Λειτουργίας Εκμετάλλευσης Λιμένων, σε ό, τι αφορά στις παραχωρήσεις, εντός της χερσαίας ζώνης λιμένα .

Β) Από την Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής ζήτησε να διατυπώσει τις απόψεις της, σχετικά με την ισχύουσα νομοθεσία για τις παραχωρήσεις χώρου εντός της χερσαίας ζώνης λιμένα και να πραγματοποιήσει αυτοψία, προκειμένου να ελέγξει τη νομιμότητα των κατασκευών, εντός του χώρου της πλαζ Αυλακίου.

Γ) Από τη Διεύθυνση Οργάνωσης Λειτουργίας Εκμετάλλευσης Λιμένων ζήτησε να πληροφορηθεί, εάν εκείνη είχε ενημερωθεί για τις αντιρρήσεις του Διοικητή του Α' Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου και εάν συνέδραμε με τις απόψεις της στον έλεγχο της διαδικασίας παραχώρησης.

Δ) Από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής τέλος, ζήτησε, στο πλαίσιο του προβλεπόμενου ελέγχου νομιμότητας των πράξεων των Ο.Τ.Α. που διενεργεί, αλλά και ενόψει των διαπιστωμένων παρατυπιών και παραλείψεων της διαδικασίας, να ελέγξει τη νομιμότητα της διαδικασίας της προκήρυξης παραχώρησης του χώρου, αλλά και την πράξη παραχώρησης χρήσης χώρου στην πλαζ Αυλάκι, εντός της χερσαίας ζώνης του λιμένα Πόρτο Ράφτη, λαμβάνοντας υπόψη τις διαπιστωθείσες παραλείψεις και τις επισημάνσεις του Συνηγόρου του Πολίτη σε ό, τι αφορά στη νομοθεσία που επικαλείται η διακήρυξη, αλλά και στις παραλείψεις, κατά την έκδοση απόφασης/άδειας χρήσης του συγκεκριμένου χώρου, για το συγκεκριμένο επαγγελματία.

2.2. Ανταπόκριση της Διοίκησης

Ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου απέστειλαν στο Συνήγορο του Πολίτη τα σχετικά Ζ, Η, Θ, Ι, και Κ, τα οποία απαντούν, επιλεκτικά, σε ορισμένα μόνο από τα ζητήματα, που έθεσε η Ανεξάρτητη Αρχή, ενώ παρέλειψαν να απαντήσουν στα σημαντικότερα εκ των υπολοίπων, παρά την υπόμνηση της Ανεξάρτητης Αρχής με το σχετικό ΣΤ και την επισήμανση των παραλείψεων. Η Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής απάντησε στα έγγραφα του Συνηγόρου του Πολίτη, με το υπ' αριθ. πρωτ. 55397/45309+45603/37413/18-11-2013 έγγραφο, το οποίο περιήλθε σε γνώση της Ανεξάρτητης Αρχής την 2-1-2014.

2.2.1. Αναλυτικότερα, ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου, στα σχετικά Ζ έως και Κ:

Α) Παρέλειψαν να αιτιολογήσουν τους λόγους για τους οποίους, η διακήρυξη δεν περιελάμβανε τους προβλεπόμενους κανόνες δικαίου, παρά την έγκαιρη ενημέρωση από την Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής (σχετικό Ξ), επιχειρώντας συγχρόνως, να

¹ Ε.Ο.Τ. : Ελληνικός Οργανισμός Τουρισμού

² Σύμφωνα με το ν. 2636/98 αρθ. 12



στηρίζουν την παραπομπή σε άσχετη και, εν πολλοίς, παραπλανητική προς το θέμα νομολογία, όπως «... πάγια νομολογία, η οποία γίνεται δεκτή από το Ελεγκτικό Συνέδριο, στους όρους της διακήρυξης μπορούν να τεθούν ελεύθερος όροι και νομοθετήματα που είναι νόμιμα με την προϋπόθεση ότι δεν έρχονται σε αντίθεση με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης.»³, δίχως όμως, να κάνουν σαφή και ρητή μνεία αυτής (αριθμοί/ημερομηνίες των αποφάσεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου). Επίσης, οι προαναφερόμενοι φορείς καταλήγουν αυθαιρέτως στα συμπεράσματα ότι:

α) «... ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι εσφαλμένα αναφέρεται η εν λόγω ΚΥΑ στους όρους της διακήρυξης της δημοπρασίας καμία ακυρότητα δεν μπορεί να επιφέρει στους όρους της διακήρυξης, καθώς όπως παγίως γίνεται δεκτό εφαρμογή έχουν οι κείμενες διατάξεις. Εξάλλου, καθ' όλα τα στάδια της διαδικασίας της δημοπρασίας, καμιά ένσταση δεν υπεβλήθη κατά του κύρους των όρων της διακήρυξης. Με τον τρόπο αυτό όλα τα αναφερόμενα στους όρους της διακήρυξης παράγουν τεκμήριο νομιμότητας», καθώς επίσης και β) «Οι συγκεκριμένες πράξεις ουδέποτε προσβλήθηκαν δικαστικά έως σήμερα, περιάλπτονται δε, ως εκ τούτου, του τεκμηρίου της νομιμότητας»².

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 15 παρ. 2 του ν. 2971/2001, αν και, κατ' αρχήν, αναφέρεται στις παραχωρήσεις χρήσεις αιγιαλού, εκτός αυτών στη ζώνη λιμένα, είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι παρέχεται το δικαίωμα στον φορέα εκμετάλλευσης να θέτει επιπλέον όρους ή περιορισμούς⁴, αλλά σε κάθε περίπτωση, εκείνος οφείλει να θέτει, κατ' αρχήν ορθά, τους όρους και περιορισμούς, που προβλέπονται από την υφιστάμενη νομοθετική εξουσιοδότηση. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως, κατ' επανάληψη, τονίστηκε στα έγγραφα του Συνηγόρου του Πολίτη, αλλά και των λοιπών υπηρεσιών, δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του άρθρου 13 του ν. 2971/2001 και της ΚΥΑ 1038460/2439/Β0010 (ΦΕΚ 792/Β/2009) ή των μεταγενεστέρων της, αλλά οι διατάξεις του άρθρου 24 του ν. 2971/2001, σε συνδυασμό με τις αναλυτικές οδηγίες, οι οποίες παρέχονται από την ειδική εγκύκλιο που έχει εκδοθεί από τη ΔΟΛΕΛ⁵ (σχετικό Λ).

Β) Στο σχετικό Κ, ο Δήμος Μαρκοπούλου αναφέρει ότι: «2. Οι σχετικές αποφάσεις για την παραχώρηση του υπόψη τμήματος, έχουν υλοστεί τον προβλεπόμενο έλεγχο νομιμότητας εκ μέρους του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης, ο οποίος έκρινε συναφώς, με βάση το σύνολο των στοιχείων του φακέλου της παραχώρησης»⁶.

Εν προκειμένω, αποσιωπάται το γεγονός ότι η απόφαση έγκρισης νομιμότητας, υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 37661/31117/11-7-2013, του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής, με θέμα «ΤΕΚΜΑΙΡΟΜΕΝΗ ΝΟΜΙΜΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΥΠ' ΑΡ. 273/2013 ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΔΗΜΟΥ ΜΑΡΚΟΠΟΥΛΟΥ ΜΕΣΟΓΑΙΑΣ», με την οποία θεωρείται, κατά τεκμήριο, νόμιμη η απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου, έχει λάβει υπόψη, στο εδάφιο 5 του σκεπτικού της, «Το γεγονός ότι παρήλθε άπρακτη η αποκλειστική προθεσμία του άρθρου 225 του ν. 3852/2010 περί υποχρεωτικού ελέγχου νομιμότητας».

Επομένως, η εν λόγω απόφαση του Δ. Σ. του Δήμου δεν ελέγχθηκε, κατά τα οφειλόμενα, όπως προβλέπεται από τις σχετικές διατάξεις⁷ και τις υφιστάμενες εγκυκλίους και παρά το γεγονός ότι αυτή έπασχε ως προς: α) τη νομική τεκμηρίωση, β) τη νομιμότητα των αξιοποιούμενων κατασκευών, γ) την ισχύ της πράξης παραχώρησης του χώρου από τον Ε.Ο.Τ. στο Δήμο κ.ά.

Οι προαναφερόμενες ουσιαστικές επισημάνσεις υποδείχθηκαν, εγγράφως και προφορικά, από το Συνηγόρο του Πολίτη, τη ΔΟΛΕΛ, αλλά και από το Λιμενάρχη του Α' Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου. Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός ότι, την 11-7-2013, ημερομηνία έκδοσης της απόφασης του Γ. Γ. Α. Δ. Αττικής, ο εκ των ειδικών επιστημόνων που χειρίζεται

³ Σχετικό Ζ, παρ. 1, εδαφ. 5, σελ. 2.

⁴ Ν. 2971/01 αρ. 15, παρ.2 «Στις πράξεις παραχώρησης μπορούν να τίθενται οποιοδήποτε όροι ή περιορισμοί, ιδίως για λόγους ασφάλειας, δημόσιας ανάγκης ή εθνικής άμυνας, προστασίας αρχαίων, όπως όροι για κατασκευή κεκλιμένων επιπέδων ή άλλων έργων προς εξυπηρέτηση αναγκών των ενόπλων δυνάμεων»

⁵ ΔΟΛΕΛ : Διεύθυνση Οργάνωσης Λειτουργίας & Εκμετάλλευσης Λιμένων

⁶ Σχετικό Κ, παρ. 2, σελ. 1.

⁷ Ν. 3852/2010 άρθρα 225 και 226



την υπόθεση, Κων/νος Πεχλιβάνογλου, ενημέρωσε τόσο εγγράφως, όσο και τηλεφωνικά, τον Γενικό Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής, για τα προβλήματα νομιμότητας και ουσίας της ανωτέρω απόφασης Δημοτικού Συμβουλίου. Παρά το γεγονός αυτό, ο τελευταίος προχώρησε άμεσα στην έκδοση της απόφασης έγκρισης νομιμότητας, ενώ όφειλε να συνεκτιμήσει τις απόψεις του Συνηγόρου του Πολίτη, αλλά και των λοιπών υπηρεσιών οι οποίες είχαν απαντήσει εγκαίρως κατά τα προαναφερόμενα και είχε το χρονικό περιθώριο να το πράξει, καθώς, όπως αναλύεται στην παράγραφο 2.2.2., η καταληκτική ημερομηνία έκδοσης απόφασης ήταν η 30η Ιουλίου 2013, τουλάχιστον.

Γ) Περαιτέρω, οι προαναφερόμενοι φορείς, δίχως να έχουν λάβει γνώση του περιεχομένου της αναφοράς που υποβλήθηκε στο Συνήγορο του Πολίτη και των συνημμένων σε αυτή εγγράφων, καταλήγουν, αυθαιρέτως, στο συμπέρασμα ότι «... ούτε ο καταγγέλλων εξειδικεύει ή με άλλον τρόπο εξηγεί ποιες διατάξεις έπρεπε να εφαρμοστούν και ποιες τελικά εφαρμόστηκαν...», καθώς επίσης ότι « Κατά το σκέλος λοιπόν που η επίμαχη καταγγελία υποστηρίζει τα αντίθετα πρέπει να απορριφθεί προδήλως ως αβάσιμη, δευτερευόντως δε ως αόριστη και ασαφής»⁸.

Εν τούτοις, τόσο ο αναφερόμενος επικαλείται την παραπομπή της διακήρυξης της δημοπρασίας σε προηγούμενες και ήδη καταργηθείσες διατάξεις (π.χ. ΚΥΑ 1038460/2439/Β0010 ΦΕΚ 792Β/2009), όσο και ο Συνήγορος του Πολίτη επισημαίνει, κατ' επανάληψη, την επίκληση καταργημένων διατάξεων, οι οποίες επιπλέον, δεν έχουν πεδίο εφαρμογής για τη συγκεκριμένη παραχώρηση. Ανάλογες επισημάνσεις έχουν κάνει επίσης, η Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής (σχετικά Ξ και Ο), ο Λιμενάρχης του Α' Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου και η ΔΟΛΕΛ, σε προγενέστερο χρόνο, κατά τον οποίο ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο μπορούσαν να αναθεωρήσουν και να διορθώσουν τις αποφάσεις τους.

Δ) Τόσο ο **Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας**, όσο και το **Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας**, στις απαντήσεις τους, αποσιωπούν το γεγονός της, προ πολλού, εκπινοής του δικαιώματος νομότυπης χρήσης και εκμετάλλευσης της πλαζ Αυλακίου, παρά τις ρητές υπομνήσεις και υποδείξεις του Συνηγόρου του Πολίτη. Όπως προαναφέρθηκε, από το σχετικό Ν προκύπτει ότι, η επίμαχη πλαζ και όσες από τις εγκαταστάσεις της είχαν κατασκευασθεί από τον Ε.Ο.Τ., σύμφωνα με το σχετικό Τ και το συνημμένο τοπογραφικό διάγραμμα, είχαν παραχωρηθεί με την υπ' αριθ. Φ96/523070/24-7-1990 απόφαση, σύμφωνα και με την από 14-8-1990 Σύμβαση Παραχώρησης στο Δήμο Μαρκοπούλου (ήδη Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας), για χρονική διάρκεια δέκα ετών (σχετικό Υ). Η εν λόγω σύμβαση παραχώρησης έχει λήξει προ πολλού και δεν έχει επικαιροποιηθεί ή ανανεωθεί, μέχρι σήμερα. Ως εκ τούτου, ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, δε νομιμοποιούνται να χρησιμοποιούν και να αξιοποιούν το συγκεκριμένο χώρο, χωρίς τη σύναψη νέας σύμβασης παραχώρησης.

Περαιτέρω, ο **Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας** και το **Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας** υποστηρίζουν ότι ο χώρος, ο οποίος σύμφωνα με τη διακήρυξη οριοθετείται από τα στοιχεία Γ1 - Γ2 - Γ3 - Γ4 - Γ5 - Γ6 και τελικά εκμισθώθηκε για την εγκατάσταση της τροχήλατης καντίνας και την ανάπτυξη τραπεζοκαθισμάτων, έχει κατασκευαστεί από τον Ε.Ο.Τ. (σχετικό Ζ). Ειδικότερα, στο σχετικό Κ, παρ. 5, ο Δήμαρχος Μαρκοπούλου Μεσογαίας εμμένει στον ισχυρισμό ότι «... η επίμαχη τροχήλατη καντίνα ουδεμία σχέση έχει με τις λοιπές εγκαταστάσεις που υφίστανται από δεκαετιών στην πλαζ Αυλακίου», παρά την καταφανή σύνδεση και συνάφεια του χώρου και της εξέδρας εγκατάστασης της καντίνας (Γ1 - Γ2 - Γ3 - Γ4 - Γ5 - Γ6) με τις προϋφιστάμενες κατασκευές του Ε.Ο.Τ.⁹ Σύμφωνα με το έγγραφο της Κτηματικής Υπηρεσίας Ανατολικής Αττικής (σχετικό Φ), αλλά και το τοπογραφικό διάγραμμα υπ' αριθ. 1008/57/43606/15-3-1988, το οποίο συνοδεύει τη διαπιστωτική πράξη του Ε.Ο.Τ., περί νομιμότητας λουτρικών εγκαταστάσεων στην πλαζ Αυλακίου (σχετικό Τ), σε συνδυασμό με το τοπογραφικό διάγραμμα της ίδιας περιοχής που

⁸ Σχετικό Ζ, παρ. 1, εδαφ. 7 και 8, σελ. 2

⁹ Βλ. τοπογραφικό διάγραμμα ΕΟΤ υπ' αρ. 1008/57/43606/15-3-1988 (σημεία 140, 131, 105, 106) και τοπογραφικό διάγραμμα Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, Μάρτιος 2013 (σημεία Γ1-Γ2-Γ3-Γ4-Γ5-Γ6)



έχει συνταχθεί, το Μάρτιο 2013, με ευθύνη του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου, διαπιστώνεται ότι στο σημείο, στο οποίο προβλέπεται η εγκατάσταση και λειτουργία της τροχήλατης καντίνας, αλλά και στον ευρύτερο χώρο των λουτρικών εγκαταστάσεων, υπάρχουν κατασκευές, οι οποίες δεν περιλαμβάνονται μεν, στη διαπιστωτική πράξη του Ε.Ο.Τ. και έχουν κατασκευαστεί μεταγενέστερα αυθαίρετα, σε κάθε περίπτωση δε, δεν προκύπτει ότι έχουν κατασκευαστεί από τον Ε.Ο.Τ. Μάλιστα, στο σχετικό έγγραφο, ο Δήμαρχος Μαρκοπούλου Μεσογαίας επιχειρεί αστήρικτα να συμπεριλάβει το σύνολο των κατασκευών εντός της πλαζ Αυλακίου (νομίμως υφισταμένων και αυθαιρέτως ανεγερθεισών), σε αυτές που μνημονεύονται στην υπ' αριθ. 509052/19-7-2013 διαπιστωτική πράξη του Γενικού Γραμματέα του Ε.Ο.Τ. (σχετικό Τ), παρά το γεγονός ότι στη διαπιστωτική αυτή πράξη που επικαλείται, γίνεται ρητή παραπομπή¹⁰ στο τοπογραφικό διάγραμμα υπ' αριθ. 1008/57/43606/15-3-1988 και μόνο στις εγκαταστάσεις που αυτό περιλαμβάνει.

Επιπλέον, τμήμα των κατασκευών αυτών - πέραν των κατασκευασθεισών από τον Ε.Ο.Τ. και νομίμως υφισταμένων, επί ή πλησίον των οποίων, προβλέπεται η εγκατάσταση της καντίνας, σύμφωνα με την προκήρυξη και το τοπογραφικό διάγραμμα του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου - βρίσκονται εντός της ζώνης του αιγιαλού. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία¹¹, για τις κατασκευές αυτές θα πρέπει να κινηθούν οι προβλεπόμενες διαδικασίες (πρωτόκολλα κατεδάφισης, αυθαιρέτης χρήσης κλπ) από τις αρμόδιες υπηρεσίες και σε καμιά περίπτωση δεν επιτρέπεται να ενοικιασθούν σε τρίτους από τον φορέα εκμετάλλευσης. Όπως προκύπτει από το σχετικό Φ η Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής έχει κινήσει διαδικασία αποτύπωσης τους, προκειμένου, στη συνέχεια, να προβεί στις νόμιμες ενέργειες για κατασκευές, εντός της ζώνης του αιγιαλού.

Ε) Επίσης, το **Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας** θεωρεί ότι στο υπ' αριθ. πρωτ. 214.8/299/21-3-2013 έγγραφο του Κ.Λ.Ρ. Α' Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου (σχετικό Σ), το οποίο απευθύνεται προς τον Πρόεδρο του Λιμενικού Ταμείου, ο κ. Λιμενάρχης διατυπώνει τον « σκεπτικισμό του όσον αφορά το νομοθετικό πλαίσιο των όρων διακήρυξης και τάχθηκε υπέρ της απευθείας ανάθεσης του δικαιώματος τοποθέτησης καντίνας.....»¹². Εν τούτοις, στο συγκεκριμένο έγγραφο, αλλά και σε επόμενα έγγραφα του Α' Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου (σχετικά Π και Ρ), τόσο προς το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, όσο και προς την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής, τη ΔΟΛΕΑ, την Κτηματική Υπηρεσία Ανατολικής Αττικής κλπ, υποβάλλεται σαφής αντίρρηση σε ό, τι αφορά στις ρυθμίσεις νόμου που μνημονεύονται στην προκήρυξη, καθώς επίσης και σαφές ερώτημα σε ό, τι αφορά στις εφαρμοστέες νομοθετικές διατάξεις, στην προκειμένη περίπτωση. Ζητείται επίσης, ρητά «... όπως εναρμονιστεί η προκήρυξη με τις ισχύουσες νομοθεσίες» (σχετικά Π, Ρ και Σ).

2.2.2. Η Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής, απάντησε στο Συνήγορο του Πολίτη τρεις (3) μήνες μετά το αρχικό έγγραφο της Ανεξάρτητης Αρχής και μετά από υπόμνηση της τελευταίας, ενώ και πάλι δεν μερίμνησε, στο πλαίσιο ελέγχου νομιμότητας των αποφάσεων των Ο.Τ.Α., για τον έλεγχο της διακήρυξης παραχώρησης χρήσης του χώρου, αλλά και της απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου. Ο προαναφερόμενος έλεγχος νομιμότητας θα έπρεπε να πραγματοποιηθεί, είτε στο πλαίσιο της προβλεπόμενης διαδικασίας ελέγχου νομιμότητας των πράξεων των Ο.Τ.Α., είτε στο πλαίσιο του ν. 2971/2001 που προβλέπει τη διαδικασία έγκρισης του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης, εφόσον διαπιστώθηκαν σοβαρές παραλείψεις στη νομική τεκμηρίωση, αλλά και στη διαδικασία που τηρήθηκε από το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας και από το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας.

Πέραν του οφειλομένου, κατά τα ανωτέρω, ελέγχου, ο Συνήγορος του Πολίτη ζήτησε από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής να μεριμνήσει για την αποκατάσταση της

¹⁰ Βλ. παρ. 2 της απόφασης

¹¹ Ν. 2971/01 αρθ. 27

¹² Σχετικό Ζ, παρ. 3, εδαφ. 1, σελ. 3



νομιμότητας, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων που της παρέχονται από τη νομοθεσία και τις σχετικές εγκυκλίους, αναφορικά με τη διακήρυξη και την απόφαση/άδεια παραχώρησης. Οι προαναφερόμενες διαπιστώσεις επισημάνθηκαν, αφ' ενός μεν, σε σειρά εγγράφων του Συνηγόρου του Πολίτη προς τον κύριο Γενικό Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής (σχετικά Ε και ΣΤ) και προς τη Διεύθυνση Διοίκησης της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής (σχετικό ΣΤ), αφ' ετέρου δε, μνημονεύθηκαν κατά τις τηλεφωνικές επικοινωνίες του κυρίου Γενικού Γραμματέα με τον εκ των ειδικών επιστημόνων του Συνηγόρου του Πολίτη που χειρίζεται την υπόθεση, Κων/νο Πεχλιβάνογλου, την 11-7-2013, αλλά και του τελευταίου με τη Διεύθυνση Διοίκησης (κα *****), την 30-8-2013.

Ειδικότερα, επισημάνθηκε:

Α) Η επίκληση, στην προκήρυξη παραχώρησης χρήσης (μίσθωσης) του χώρου, νομοθετικών διατάξεων που δεν έχουν εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση και συγχρόνως, η παράλειψη εκείνων των διατάξεων που θα έπρεπε, υποχρεωτικά, να αναφερθούν, για τη λήψη των αποφάσεων (σχετικό Ε).

Β) Η παράλειψη των όρων, οι οποίοι προβλέπονται στην εγκύκλιο της ΔΟΛΕΑ (σχετικό Λ)¹³, στην απόφαση/άδεια λειτουργίας της κινητής καντίνας (σχετικό Η).

Γ) Η επέκταση, στην απόφαση/άδεια λειτουργίας της κινητής καντίνας (σχετικό Η), των όρων που αφορούν στα επιτρεπόμενα είδη προς πώληση (όπως αυτά προβλέπονται στην παρ. 3.4.1. της από 16-4-2013 προκήρυξης), σε επιπλέον είδη, τα οποία δεν μνημονεύονται στην προκήρυξη.

Δ) Η , προ πολλού, λήξη της ισχύος της υπ' αριθ. πρωτ. Φ96/523070/24-7-1990 δεκαετούς Σύμβασης Παραχώρησης του Ε.Ο.Τ. προς το Δήμο Μαρκοπούλου (ήδη Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας), για το χώρο της πλαζ Αυλακίου. Η μη ανανέωση της σύμβασης, αυτοδικαία, απαγορεύει τη χρήση, αξιοποίηση και παραχώρηση του χώρου από το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας ή το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο, προς τρίτους (σχετικά Ε και ΣΤ).

Ε) Η ανάγκη διερεύνησης της νομιμότητας ορισμένων εκ των κατασκευών και εγκαταστάσεων εντός της πλαζ Αυλακίου και ειδικότερα, του χώρου που προορίζεται για παραχώρηση, η οποία επηρεάζει, αυτοδικαία, και το δικαίωμα παραχώρησης χρήσης του χώρου.

ΣΤ) Η ανάγκη άμεσης ανάκλησης της απόφασης παραχώρησης του χώρου για τη λειτουργία της τροχήλατης καντίνας και της προκήρυξης, καθώς και η υποχρέωση ορθής επανάληψης όλης της διαδικασίας, εφόσον προηγουμένως έχει διασφαλιστεί η σύννομη παραχώρηση του χώρου από τον Ε.Ο.Τ. και η νομιμότητα των παραχωρούμενων χώρων και κατασκευών.

Δεδομένου επίσης, ότι δεν πραγματοποιήθηκε ο προβλεπόμενος ουσιαστικός έλεγχος νομιμότητας της υπ' αριθ. 273/2013 απόφασης του Δ.Σ. του Δήμου Μαρκοπούλου Μεσογαίας από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής, λόγω της φερόμενης παρέλευσης της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 225 του ν. 3852/2010, ο Συνήγορος του Πολίτη, με το σχετικό ΣΤ, επισήμανε τα επόμενα στην Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής:

1) Δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός ότι η απόφαση της τεκμαιρόμενης νομιμότητας δεν ανακαλείται, επειδή είναι διαπιστωτικού χαρακτήρα και επομένως, μη εκτελεστή διοικητική πράξη, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στο σχετικό ΣΤ¹⁴.

2) Δεν ευσταθεί η παρ. 5 του προοιμίου του σχετικού Ψ, η οποία αναφέρει: «Το γεγονός ότι παρήλθε άπρακτη η αποκλειστική προθεσμία του άρθρου 225 του ν. 3852/2010 περί υποχρεωτικού ελέγχου νομιμότητας», δεδομένου ότι, εφόσον η Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής θεώρησε ότι ήταν απαραίτητη η διατύπωση της γνώμης της ΔΟΛΕΑ, υποβάλλοντας ανάλογο ερώτημα με το υπ' αριθ. πρωτ. 31727/26355/12-6-2013 προς την ανωτέρω, όφειλε να αναμένει την απάντησή της και να εκδώσει την σχετική εγκριτική ή ακυρωτική απόφαση, εντός 30 ημερών από τη λήψη της απάντησης (σχετικό Ω), δηλαδή μέχρι την 30η Ιουλίου

¹³ Σχετικό Λ, μέρος 2^ο κεφ. Ι, εδάφ. (ι), (ιι), (ιιι), (ιυχ). Βλ. και σχετικό Ε σελ. 3 και 4

¹⁴ Σχετικό ΣΤ σελ. 3.



2013, τουλάχιστον, μη δεσμευόμενη από την αρχική ημερομηνία υποβολής της απόφασης από το Δήμο Μαρκοπούλου Μεσογαίας.

Όπως ελέχθη αρχικά, η Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής δεν απάντησε στα έγγραφα, τα οποία έστειλε ο Συνήγορος του Πολίτη (σχετικά Ε και ΣΤ), εντός των προβλεπόμενων προθεσμιών, παρά την υποχρέωση της, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 5 του ν. 3094/2003 «Συνήγορος του Πολίτη κλπ», όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 12 παρ. 4 του ν. 3242/2004 (ΦΕΚ 102 Α'), κατά την οποία, όλες οι δημόσιες υπηρεσίες οφείλουν να διευκολύνουν, με κάθε τρόπο, την έρευνα του Συνηγόρου του Πολίτη και παρά το γεγονός ότι κατά την παρ. 11 του ίδιου άρθρου, «*Άρνηση λειτουργού ή υπαλλήλου να συνεργασθεί με το Συνήγορο του Πολίτη, κατά τη διεξαγωγή της έρευνας συνιστά πειθαρχικό παράπτωμα παράβασης καθήκοντος...*».

3. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

3.1. Η διοικητική σύμβαση.

Το δημόσιο και τα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, όπως είναι οι δήμοι και τα δημοτικά νομικά πρόσωπα, είναι δυνατό να συνάπτουν συμβάσεις είτε με άλλα ν.π.δ.δ., είτε με ιδιώτες, για την άμεση ή έμμεση ικανοποίηση συγκεκριμένων σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Εν προκειμένω, ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας λειτουργούν, ως φορείς δημόσιας εξουσίας και προέβησαν σε σύναψη διοικητικής σύμβασης και περαιτέρω, παραχώρησης χρήσης χώρου. Η διακήρυξη του διαγωνισμού γίνεται σύμφωνα με ειδικές και γενικές διατάξεις της διοικητικής νομοθεσίας και έχει χαρακτήρα κανονιστικής διοικητικής πράξης, έχει δε, χαρακτήρα δεσμευτικό, τόσο για τον φορέα που διενήργησε τη δημοπρασία, όσο και για τον πλειοδότη. Η πράξη της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού είναι «αποσπαστή» ατομική διοικητική πράξη, με την οποία ολοκληρώνεται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού και μπορεί να προσβληθεί με αίτηση ακύρωσης ή να ακυρωθεί ή να ανακληθεί. Η παραχώρηση χρήσης χώρου συνιστά μονομερή διοικητική ενέργεια, η δε πράξη, με την οποία παραχωρείται το δικαίωμα ιδιαίτερης χρήσης είναι ατομική διοικητική πράξη, για την έκδοση της οποίας, προϋποτίθεται αίτηση του ενδιαφερομένου.¹⁵

Οι ατομικές διοικητικές πράξεις από την έναρξη ισχύος τους, μέχρι την ακύρωσή τους με δικαστική απόφαση ή με διοικητική πράξη, (εν προκειμένω, εφόσον στο πλαίσιο του ελέγχου νομιμότητας των Ο.Τ.Α. από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση διαπιστωνόταν η μη ορθή τήρηση της νομοθεσίας, έπρεπε να επιστραφεί στο Δήμο η επίμαχη απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, περί κατακύρωσης του αποτελέσματος, προκειμένου να επαναληφθεί η διαδικασία νόμιμης έκδοσής της), ή την ανάκληση ή κατάργησή τους, παράγουν όλα τα έννομα αποτελέσματα, ανεξάρτητα από το αν τυχόν έχουν νομική πλημμέλεια. Αυτός ο κανόνας είναι το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων.¹⁶

Ωστόσο, σε αντίθεση με τις ατομικές διοικητικές πράξεις, το τεκμήριο νομιμότητας δεν έχει πλήρη εφαρμογή στις κανονιστικές διοικητικές πράξεις. Αυτό σημαίνει ότι, σε όλη τη διάρκεια ισχύος των πράξεων αυτών, ακόμα και μετά την πάροδο της προθεσμίας προσβολής τους και χωρίς χρονικό περιορισμό (ΣτΕ 3839/2009) με αίτηση ακυρώσεως, επιτρέπεται η παρεμπόδιση έρευνα της νομιμότητας και του κύρους τους από οποιοδήποτε δικαστήριο (ΣτΕ 3405/1980, 1992/1984, 3888/1988) και επιβάλλεται η μη εφαρμογή τους, αν κριθεί ότι δεν είναι νόμιμες, επειδή πάσχουν από ελάττωμα το οποίο θα επέφερε την ακύρωσή τους. Κατ' επέκταση, η νομιμότητα των κανονιστικών πράξεων πρέπει να ελέγχεται και από τα διοικητικά όργανα (ΣτΕ 1466/1961), τα οποία μπορούν να μην τις εφαρμόσουν, όταν βάσιμα τις θεωρούν παράνομες και επομένως, ανίσχυρες. Συνέπεια του κανόνα αυτού

¹⁵ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.197 και επ.

¹⁶ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.116 .



είναι, ότι πάσχουν ακυρότητας οι ατομικές διοικητικές πράξεις (ή ακόμα και οι κανονιστικές, ΣτΕ 127/2005), που στηρίζονται στην κανονιστική πράξη, η οποία κρίθηκε παρεμπιπτόντως ανίσχυρη και ακυρώνονται, είτε σε περίπτωση που προσβληθούν δικαστικά, είτε με διοικητική πράξη, στο πλαίσιο της άσκησης ιεραρχικού ελέγχου ή διοικητικής εποπτείας (όπως στη δεδομένη περίπτωση).¹⁷

Η παράβαση των διατάξεων της νομοθεσίας ή των όρων της διακήρυξης που καθορίζουν τη διαδικασία του διαγωνισμού, συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου και συνεπώς, καθιστά τις πράξεις ακυρωτέες.¹⁸

3.2. Η παραχώρηση χερσαίας ζώνης λιμένα

Σύμφωνα με το ν. 2971/2001 (ΦΕΚ Α' 285) «Αιγιαλός, παραλία και άλλες διατάξεις», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η διαδικασία παραχώρησης χρήσης χώρων, εντός της χερσαίας ζώνης λιμένα, καθορίζεται από το άρθρο 24. Ειδικότερα, η παραχώρηση απλής χρήσης χώρων της χερσαίας ζώνης λιμένα, για χρονική διάρκεια μικρότερη των τριών ετών, η οποία δεν συνοδεύεται από μόνιμα ή προσωρινά έργα, καθορίζεται από τις παρ. 2 και 7 του προαναφερόμενου άρθρου, οι οποίες αναφέρουν ότι:

«2. Για παραχωρήσεις απλής χρήσης των χώρων της χερσαίας ζώνης λιμένα χρονικής διάρκειας μικρότερης των τριών ετών, που δεν συνοδεύονται από οποιοδήποτε έργο μόνιμης ή προσωρινής φύσης, δεν απαιτούνται οι γνώμες του Υπουργείου Εμπορικής Ναυτιλίας και του Γ.Ε.Ν., αλλά μόνο απόφαση του αρμόδιου φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα, η οποία εγκρίνεται από το Γενικό Γραμματέα της Περιφέρειας.

Οι παραχωρήσεις απλής χρήσης των χώρων, στην περιοχή αρμοδιότητας των Οργανισμών Λιμένων Α.Ε., εγκρίνονται από το Διοικητικό Συμβούλιο τους.

Για παραχωρήσεις που συνοδεύονται από οποιοδήποτε έργο μόνιμης φύσης και εγκρίνονται από το διοικητικό συμβούλιο, πριν την υλοποίηση της παραχώρησης απαιτείται η προηγούμενη έγκριση του Υπουργείου Εμπορικής Ναυτιλίας», και

«7. Χώροι της παραγράφου 5 του παρόντος άρθρου, οι οποίοι έχουν μεταβιβασθεί σε Ο.Τ.Α. Α' και Β' βαθμού, μπορούν να εκμισθώνονται από τους οργανισμούς αυτούς με τις διατάξεις της νομοθεσίας που τους διέπει.».

Κατ' εφαρμογή των προαναφερόμενων διατάξεων έχει εκδοθεί η εγκύκλιος 8321.6/01/2012/12-3-2012 (ΑΔΑ: Β443Φ-Ω4Β) της Διεύθυνσης Οργάνωσης Λειτουργίας & Εκμετάλλευσης Λιμένων, του Υπουργείου Ανάπτυξης Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας (ήδη Υπουργείο Ναυτιλίας και Αιγαίου), με θέμα «Οδηγίες για την εκμετάλλευση της Ζώνης Λιμένα στα πλαίσια της παραχώρησης του ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης των χώρων αυτής». Η εγκύκλιος δίνει αναλυτικές οδηγίες προς τους φορείς διαχείρισης της ζώνης λιμένα για το νομικό καθεστώς των χώρων της, το είδος των συμβάσεων που μπορούν να συναφθούν, ενώ παρέχει αναλυτικές κατευθυντήριες οδηγίες, αναφορικά με τις διαδικασίες και τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την εκμετάλλευση των χώρων της Ζώνης Λιμένα, στο πλαίσιο του διοικητικού δικαίου.

Ειδικότερα, στο «ΠΡΩΤΟ ΜΕΡΟΣ» παρ. 4 της εγκυκλίου, αναλύεται η ιδιαίτερη μορφή παραχώρησης που έχει θεσμοθετηθεί για τη ζώνη λιμένα και τα δικαιώματα τα οποία παράγει, τα οποία «...είναι ιδιωτικά υπό την έννοια ότι παραχωρούνται ΟΧΙ στο κοινό εν γένει, αλλά κατ' ιδίαν σε ορισμένα φυσικά ή νομικά πρόσωπα». Η παραχώρηση ιδιαίτερων δικαιωμάτων πάνω σε κοινόχρηστους χώρους αποτελεί διοικητικής φύσης παραχώρηση άδειας ιδιαίτερης χρήσης των χώρων αυτών που ανήκουν στη δημόσια κτήση και **συνιστά έννομη σχέση δημοσίου και ΟΧΙ** ιδιωτικού δικαίου. Περαιτέρω, διευκρινίζεται σαφώς, σύμφωνα και με τη νομολογία του ΣτΕ ότι: «...πράξεις της Διοικήσεως, με τις οποίες παραχωρούνται ιδιαίτερα

¹⁷ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.120 και Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 13^η έκδοση (Νοέμβριος 2010), σελ.116, ιδίως υποσημείωση 35.

¹⁸ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.211,υποσημείωση 29.



δικαιώματα επί κοινοχρήστων πραγμάτων, στις οποίες περιλαμβάνονται και εκείνες με τις οποίες παραχωρείται η συνολική διαχείριση και εκμετάλλευση αυτών, καθώς και εκείνες με τις οποίες καθορίζεται χρηματικό αντάλλαγμα για την παραχώρηση τέτοιου δικαιώματος, αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις, διότι εκδίδονται κατ' ενάσκηση δημόσιας εξουσίας και αποβλέπουν σε δημόσιο σκοπό.».

Ειδικότερα για την προβλεπόμενη διαδικασία παραχώρησης:

Η αποφασιστική αρμοδιότητα της παραχώρησης χρήσης χώρου χερσαίας ζώνης λιμένα ανήκει στη διακριτική ευχέρεια του φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα ασκείται, κατ' αρχήν, από το διοικητικό όργανο του φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης και στη συνέχεια, ο Γενικός Γραμματέας της οικείας Αποκεντρωμένης Διοίκησης, εγκρίνει ή δεν εγκρίνει την σχετική πράξη του αρμόδιου φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης του λιμένα.

Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την παρ.3 της προμνησθείσης εγκυκλίου, «...η ΖΩΝΗ ΛΙΜΕΝΑ αποτελεί ιδιάζοντα χώρο ιδιαίτερης σημασίας, η σπουδαιότητα του οποίου διαφαίνεται από τον ειδικό σκοπό που καλείται να εξυπηρετήσει. Διέπεται από ειδικό νομικό καθεστώς {ν.2575/1998 (Α'23), ν.2971/2001 (Α'285), ν.3153/2003(Α'153) και τις διατάξεις του Β.Δ.14/19-01-1939 (Α'24) «Κωδικοποίηση διατάξεων περί Λιμενικών Ταμείων»} που εφαρμόζεται ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του φορέα και εκμετάλλευσης λιμένα και σε καμιά περίπτωση δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις που διέπουν την λειτουργία άλλων φορέων όπως αυτές των Ο.Τ.Α.».

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η παραχώρηση εμπίπτει στις περιπτώσεις της συλλογικής αρμοδιότητας με διαδοχική δήλωση της βούλησης των αρμοδίων οργάνων, καθώς από τις διατάξεις της νομοθεσίας προκύπτει ότι προβλέπεται η ρητή έγκριση της πράξης από τον Γενικό Γραμματέα. Η πράξη που υπόκειται σε έγκριση δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα πριν από την έγκρισή της, ενσωματώνεται δε, στην ρητή εγκριτική πράξη (ΣτΕ 2898/1983, 3794/1987). Στην έννοια της έγκρισης περιλαμβάνεται και ο έλεγχος της νομιμότητας της εγκρινόμενης πράξης και των προπαρασκευαστικών ενεργειών της και κατά κανόνα, εάν δεν υπάρχει αντίθετη ρύθμιση, ο έλεγχος της σκοπιμότητας. Το όργανο που έχει αρμοδιότητα έγκρισης μπορεί να εγκρίνει ή να μην εγκρίνει την πράξη, που υπόκειται σε έγκριση.¹⁹

Η έκδοση απόφασης του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης για την κατά τεκμήριο νομιμότητα της απόφασης Δημοτικού Συμβουλίου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, δεν υποκαθιστά τη ρητή έγκριση.

Εν προκειμένω, ο Γενικός Γραμματέας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής, εφόσον είχε ήδη γνώση της αμφισβήτησης, όφειλε να μην περιορισθεί στις διατάξεις της τεκμαίρομενης νομιμότητας της επίμαχης απόφασης Δημοτικού Συμβουλίου, λόγω παρέλευσης άπρακτης της προθεσμίας του άρθρου 225 του ν.3852/2010, περί υποχρεωτικού ελέγχου νομιμότητας των πράξεων των Ο.Τ.Α., αλλά να προχωρήσει σε έλεγχο νομιμότητας και ουσίας, προκειμένου να εγκρίνει ή να μην εγκρίνει **ρητά** την παραχώρηση, κατά τις ανωτέρω ειδικές διατάξεις.

3.3. Ο έλεγχος της νομιμότητας των αποφάσεων Ο.Τ.Α.

Σύμφωνα με το άρθρο 225 του ν. 3852/2010, «*Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης - Πρόγραμμα Καλλικράτης*», όπως τροποποιήθηκε και ισχύει:

«Υποχρεωτικός έλεγχος νομιμότητας.

1. Οι αποφάσεις των συλλογικών οργάνων των δήμων και των περιφερειών αποστέλλονται υποχρεωτικά για έλεγχο νομιμότητας στην Αυτοτελή Υπηρεσία Εποπτείας Ο.Τ.Α., εφόσον αφορούν: α) ρυθμίσεις κανονιστικού περιεχομένου, β) την ανάθεση έργων, υπηρεσιών, μελετών και προμηθειών, γ) την αγορά και εκποίηση ακινήτων, δ) την κήρυξη αναγκαστικών

¹⁹ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.153-154.



απαλλοτριώσεων, ε) την επιβολή φόρων, τελών, δικαιωμάτων, στ) τη σύναψη κάθε μορφής συμβάσεων, στις οποίες συμπεριλαμβάνονται και εκείνες που προβλέπονται από ειδικές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, ζ) τη σύναψη δανείων, η) τη διενέργεια τοπικού δημοψηφίσματος όταν τούτο προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία και θ) τις διαδικασίες κατάρτισης των επιχειρησιακών προγραμμάτων.»

2.....

3. Ο Ελεγκτής Νομιμότητας ελέγχει τη νομιμότητα της απόφασης μέσα σε αποκλειστική προθεσμία τριάντα (30) ημερών από την περιέλευσή της στην Αυτοτελή Υπηρεσία Εποπτείας Ο.Τ.Α. και εκδίδει υποχρεωτικά ειδική πράξη. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι η απόφαση είναι παράνομη, τότε αυτή ακυρώνεται.»

Επίσης, με την τροποποίηση του άρθρου 18, παρ. 10 εδαφ. ιζ του ν. 3870/2010, ορίζεται ότι:

«Στον υποχρεωτικό έλεγχο νομιμότητας του άρθρου 225 περιλαμβάνονται και οι αποφάσεις των Ν.Π.Δ.Δ. των δήμων και των περιφερειών».

Περαιτέρω, θεσπίζεται και αυτεπάγγελτος έλεγχος των αποφάσεων των Ο.Τ.Α. με το άρθρο 226 του ν. 3852/10:

«Αυτεπάγγελτος έλεγχος νομιμότητας

1. Ο Ελεγκτής Νομιμότητας μπορεί αυτεπαγγέλτως να ακυρώσει οποιαδήποτε απόφαση των συλλογικών ή μονομελών οργάνων των δήμων και των περιφερειών, των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου αυτών και των επιχειρήσεών τους, εκτός από τις αποφάσεις των ανωνύμων εταιρειών στις οποίες οι φορείς της Τοπικής Αυτοδιοίκησης δεν έχουν την πλειοψηφία, καθώς και των συνδέσμων για λόγους νομιμότητας, μέσα σε προθεσμία δύο μηνών από τον η απόφαση έχει δημοσιευθεί ή εκδοθεί.

2. Οι δήμοι, οι περιφέρειες, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου αυτών και οι επιχειρήσεις τους, καθώς και οι σύνδεσμοι υποχρεούνται να παρέχουν κάθε στοιχείο που ζητείται από την Αυτοτελή Υπηρεσία Εποπτείας Ο.Τ.Α. με σκοπό την άσκηση του ελέγχου νομιμότητας.»

Στο πλαίσιο του ανωτέρω νομοθετικού πλαισίου, που διέπει το σύστημα διοικητικής εποπτείας των πράξεων των Ο.Τ.Α. και κατ' εφαρμογή του, εκδόθηκε η εγκύκλιος 14351/13-5-2013 του Υπουργού Εσωτερικών, «Πειθαρχικός έλεγχος αιρετών και προθεσμία ελέγχου νομιμότητας πράξεων των ΟΤΑ κατά τις διατάξεις του ν. 3852/10»²⁰ κατά την οποία:

«..... Ο Γενικός Γραμματέας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης μέσα σε αποκλειστική προθεσμία τριάντα (30) ημερών από την σε αυτόν του πλήρους φακέλου της σχετικής προς έλεγχο πράξης εκδίδει υποχρεωτικά ειδική πράξη για τη νομιμότητα ή την ακύρωσή αυτής. Σε περίπτωση που λείπουν στοιχεία που είναι απαραίτητα για τον έλεγχο και ζητηθεί η αποστολή ή συμπλήρωσή τους, η αποκλειστική τριακονθήμερη προθεσμία άρχεται από την περιέλευση αυτών, εφόσον έκτοτε είναι δυνατόν να διαμορφωθεί ολοκληρωμένη κρίση για τη νομιμότητα ή μη της πράξης.»

Πέραν των προαναφερομένων, εξακολουθεί να ισχύει η εγκύκλιος 11/2007 του ΥΠΕΣ στην παρ. 2.2. της οποίας αναφέρεται «Κατά την άσκηση του ελέγχου νομιμότητας των πράξεων των δημοτικών, κοινοτικών και των άλλων συμβουλίων, ο Γενικός Γραμματέας της Περιφέρειας οφείλει να ερευνά εάν οι πράξεις είναι νόμιμες από κάθε άποψη. Επομένως, κατά τον έλεγχο νομιμότητας ερευνά όχι μόνο τα τυπικά στοιχεία των πράξεων, αλλά και το περιεχόμενο αυτών». Επίσης, στην παρ. 2.3 «Τρόπος ελέγχου» της ίδιας εγκυκλίου αναφέρεται ότι : «...Λόγοι που επιφέρουν την ακύρωση της πράξης είναι οι εξής : i. αναρμοδιότητα του εκδίδοντος την πράξη οργάνου, ii. παράβαση τύπων της διαδικασίας, iii. παράβαση νόμου, iv. κατάχρηση εξουσίας». Όπως προαναφέρθηκε, η παράβαση των διατάξεων της νομοθεσίας ή των όρων της διακήρυξης που καθορίζουν τη διαδικασία του διαγωνισμού, συνιστά παράβαση ουσιαστικού τύπου.

Περαιτέρω, με την εγκύκλιο ΥΠΕΣ 14/2008 είχε διευκρινιστεί η υποχρέωση του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας (ήδη Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης), προς έκδοση διαπιστωτικού χαρακτήρα απόφασης για την τεκμαιρόμενη



νομιμότητα των αποφάσεων των ΟΤΑ α' βαθμού, κατά την άσκηση ελέγχου νομιμότητάς τους (Γνωμοδότηση Ολομ. ΝΣΚ 34/2008). Σύμφωνα με τη γνωμοδότηση, « σε περίπτωση παρέλευσης απράκτων των αποκλειστικών προθεσμιών, προς ακύρωση πράξεων των αιρετών οργάνων των Δήμων και Κοινοτήτων, από τον Γενικό Γραμματέα της Περιφέρειας, στο πλαίσιο "προληπτικού" ή αυτεπάγγελτου ελέγχου νομιμότητος τούτων, κατ' άρθρο 149 παρ. 1 και 2 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων, υφίσταται, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης, υποχρέωση προς έκδοση διαπιστωτικού χαρακτήρα απόφασης για την τεκμαιρόμενη νομιμότητά τους».

Μάλιστα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους προχώρησε ένα βήμα περαιτέρω, καθώς διατύπωσε την άποψη ότι και οι διαπιστωτικές πράξεις δεν στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα (Σ.τ.Ε. 3189/1987 και 3160/1983), ενώ, παραλλήλως, η έκδοσή τους παρίσταται επιβεβλημένη για την επέλευση των περαιτέρω εννόμων συνεπειών (Σ.τ.Ε. 2858/1985). Με την άποψη αυτή συντάσσεται ένα μεγάλο τμήμα της νομολογίας και η θεωρία του διοικητικού δικαίου, καθώς υποστηρίζεται ότι οι διαπιστωτικές πράξεις, οι οποίες έχουν το χαρακτηριστικό της εκτελεστότητας, δεν πρέπει να συγχέονται με τις βεβαιωτικές πράξεις, οι οποίες δεν έχουν χαρακτήρα διοικητικής πράξης και ως εκ τούτου, στερούνται εκτελεστότητας.²¹

Συνεπώς, η Γενική Γραμματεία Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής προέβη στην έκδοση απόφασης διαπιστωτικού χαρακτήρα για την τεκμαιρόμενη νομιμότητα της απόφασης Δημοτικού Συμβουλίου, αλλά η απόφαση αυτή δεν στερείται εκτελεστότητας, όπως προβάλλεται στους ισχυρισμούς της.

Αξίζει, στο σημείο αυτό, να επισημανθεί ο διαφορετικός τρόπος χειρισμού της διαπίστωσης της τεκμαιρόμενης νομιμότητας, μεταξύ των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων, που έχουν επιφορτιστεί με την άσκηση της διοικητικής εποπτείας, ενόσω εκκρεμεί ο διορισμός των ελεγκτών νομιμότητας, θεσμός που προβλέπεται από το ν.3852/2010, αλλά δεν έχει ολοκληρωθεί ακόμα. Χάριν παραδείγματος, αναφέρουμε τις αποφάσεις της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Θεσσαλίας-Στερεάς Ελλάδος, που εκδίδονται για την επικύρωση πράξεων των Ο.Τ.Α. , κατά τεκμήριο νομίμων, οι οποίες, στο ακροτελεύτιο τμήμα τους, προβλέπουν τη δυνατότητα άσκησης προσφυγής, ακολουθώντας την ορθή διοικητική πρακτική, κατά την έκδοση μιας εκτελεστής ατομικής διοικητικής πράξης. Η επισημάνση αυτή δεν υπάρχει στην υπ' αριθ.πρωτ.655/12-07-2013 απόφαση/άδεια λειτουργίας. Ειδικά, η Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής, όπως έχει διαπιστώσει ο Συνήγορος του Πολίτη από τη διερεύνηση και άλλων αναφορών (π.χ. αναφορά 168395/2013), τηρεί επιλεκτικά διαφορετική αντιμετώπιση, κατά τη διαδικασία ελέγχου νομιμότητας αποφάσεων των Ο.Τ.Α ή των ν.π.δ.δ. αυτών. Είναι χαρακτηριστικό ότι, σε ανάλογη περίπτωση κατά την οποία δεν υπήρχε σαφής «...αναφορά στο νομικό πλαίσιο της κείμενης νομοθεσίας», ο Γενικός Γραμματέας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής ακύρωσε την απόφαση 136/2013 του Δήμου Μεγαρέων, περί χωροθέτησης λυόμενης κατασκευής (καντίνας) στην πλαζ Βαρέας Μεγάρων.

Η διαπιστωτική πράξη δεν θεσπίζει άμεσα ατομικό κανόνα δικαίου, αλλά είναι προϋπόθεση εφαρμογής απρόσωπων κανόνων δικαίου και σε πολλές περιπτώσεις, προϋπόθεση της έκδοσης συστατικών διοικητικών πράξεων, όπως, εν προκειμένω, είναι η υπ' αριθ. πρωτ. 655/12-07-2013 άδεια λειτουργίας κινητής καντίνας, που εκδόθηκε από το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας.

Ως πράξεις διοικητικά εκτελεστές, οι πράξεις διαπίστωσης της τεκμαιρόμενης νομιμότητας εμπίπτουν στους γενικούς κανόνες, περί ανάκλησης των ατομικών διοικητικών πράξεων. Κατ' αρχήν, επιτρέπεται ελεύθερα η ανάκληση των παράνομων ή πλημμελών ατομικών διοικητικών πράξεων, ανεξάρτητα από το εάν από τις πράξεις αυτές έχουν απορреύσει δικαιώματα των διοικουμένων, εφόσον η ανάκλησή τους γίνει μέσα σε εύλογο χρόνο από την έκδοσή τους. Η ανάκληση γίνεται για λόγους νομιμότητας. Στη δεδομένη

²¹ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.124-125.



περίπτωση, η απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης περί της τεκμαιρόμενης νομιμότητας, μπορεί και πρέπει να ανακληθεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω .²²

4. ΚΡΙΣΙΜΑ ΣΗΜΕΙΑ - ΔΙΑΠΙΣΤΩΣΕΙΣ

Ο Δήμος Μαρκοπούλου Μεσογαίας και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, το οποίο είναι δημοτικό νομικό πρόσωπο, με πρόεδρο το Δήμαρχο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, στα δύο έγγραφα τους, με τα οποία απαντούν, επιλεκτικά, σε ορισμένα μόνον από τα θέματα, τα οποία έθεσε ο Συνήγορος του Πολίτη:

α) παραλείπουν, συστηματικά, να αιτιολογήσουν τους λόγους, για τους οποίους η διακήρυξη δεν περιελάμβανε την προβλεπόμενη νομοθεσία, ενώ συγχρόνως παρέπεμπε σε άσχετη και, εν πολλοίς, παραπλανητική προς το θέμα νομοθεσία,

β) παραλείπουν να απαντήσουν στο σύνολο το θεμάτων που έθεσε ο Συνήγορος του Πολίτη, επλέγοντας να απαντήσουν σε ορισμένα μόνον εξ αυτών,

γ) επιχειρούν να παραπληροφορήσουν το Συνήγορο του Πολίτη, σχετικά με τα θέματα τα οποία, ρητά και επανειλημμένα, έθεσε ο Λιμενάρχης του Α΄ Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου και μέλος του Δ.Σ. του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, σχετικά με τη νομική βάση της διακήρυξης της δημοπρασίας και συγχρόνως, παραλείπουν να αποστείλουν τα έγγραφα με τα ερωτήματα και τις ρητές επιφυλάξεις του,

δ) επιχειρούν να παραπληροφορήσουν το Συνήγορο του Πολίτη, αναφέροντας ότι η απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου υπέστη τον προβλεπόμενο έλεγχο νομιμότητας από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής,

ε) αποσιωπούν το γεγονός της, προ πολλού, εκπινοής του δικαιώματος νομότυπης χρήσης και εκμετάλλευσης της πλαζ Αυλακίου, αλλά και των αυθαίρετων κατασκευών εντός του χώρου της πλαζ και εντός του αιγιαλού, παρά τις ρητές υπομνήσεις και υποδείξεις του Συνηγόρου του Πολίτη.

Ο Γενικός Γραμματέας αλλά και η Διεύθυνση Διοίκησης της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής, κατά παράβαση της ισχύουσας νομοθεσίας, δεν απάντησαν στο Συνήγορο του Πολίτη στον προβλεπόμενο κρίσιμο χρόνο, για την εξέλιξη της διαδικασίας έγκρισης της πράξης και δεν μερίμνησαν για τον έλεγχο της ορθότητας της διακήρυξης παραχώρησης χρήσης (εκμίσθωσης) του χώρου, καθώς επίσης και για τον έλεγχο νομιμότητας και ουσίας της απόφασης/άδειας του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Μαρκοπούλου Μεσογαίας.

5. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Από τα προαναφερόμενα συνάγεται ότι:

Α) Ο Δήμος και το Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, όπως εκπροσωπούνται από το Δήμαρχο Μαρκοπούλου Μεσογαίας, συστηματικά παρέλειψαν να ενημερώσουν, πλήρως επί όλων των θεμάτων, το Συνήγορο του Πολίτη, παρά τις επανειλημμένες έγγραφες και προφορικές επισημάνσεις των παραλείψεων, εκ μέρους της Ανεξάρτητης Αρχής, που αφορούσαν στη διαδικασία έκδοσης της διακήρυξης, στη νομική βάση της διακήρυξης, στις αντιρρήσεις του Λιμενάρχη του Α΄ Λιμενικού Τμήματος Μαρκοπούλου, στην εκπινοή της σύμβασης παραχώρησης χρήσης του χώρου από τον Ε.Ο.Τ. και την ΕΤΑΔ Α.Ε., στις αυθαίρετες κατασκευές εντός του χώρου της πλαζ αλλά και στη ζώνη αιγιαλού και τέλος, στη διαδικασία ελέγχου νομιμότητας. Παρέλειψαν επίσης, να μεριμνήσουν για την ορθή επανάληψη ολόκληρης της διαδικασίας προκήρυξης και παραχώρησης της χρήσης του χώρου για την εγκατάσταση της τροχήλατης καντίνας.

²² Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδοση 2005,σελ.186 και επ..



Η προαναφερόμενη στάση του Δημάρχου Μαρκοπούλου Μεσογαίας και Προέδρου του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, έναντι της Ανεξάρτητης Αρχής, συνιστά πειθαρχικό παράπτωμα, κατά τις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 11(10) του ν. 3094/03 (ΦΕΚ Α 10/22-1-03), «*Συνήγορος του Πολίτη και άλλες διατάξεις*».

Β) Η Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής, αφ' ενός παρέλειψε να τηρήσει την προβλεπόμενη διαδικασία ελέγχου νομιμότητας της διακήρυξης της δημοπρασίας και της απόφασης/άδειας παραχώρησης χρήσης του χώρου, ως όφειλε, σύμφωνα με τη νομοθεσία και τις εγκυκλίους της διοίκησης, αφ' ετέρου δε, εφάρμοσε διακριτική μεταχείριση, ως προς άλλες ανάλογες περιπτώσεις ελέγχου νομιμότητας, όπως αναλυτικά μνημονεύεται στην παρ. 3.3. Επιπλέον δε, παρέλειψε, κατ' επανάληψη, να απαντήσει στα έγγραφα του Συνηγόρου του Πολίτη, τα οποία τεκμηριώναν συγκεκριμένες παραλείψεις της, την καλούσαν να εφαρμόσει τις διατάξεις που σαφώς ορίζονται από τη νομοθεσία, τη νομολογία και τις εγκυκλίους της κεντρικής διοίκησης.

Η συστηματική και κατ' επανάληψη, εντός του έτους, παράλειψη του Γενικού Γραμματέα και των υπηρεσιών της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής να συνεργαστούν με το Συνήγορο του Πολίτη, για την επίλυση του σοβαρού προβλήματος κακοδιοίκησης που προέκυψε, κατά τη διαδικασία της εν λόγω παραχώρησης, συνιστά πειθαρχικό παράπτωμα, κατά τις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 11(10) του ν. 3094/03 (ΦΕΚ Α 10/22-1-03), «*Συνήγορος του Πολίτη και άλλες διατάξεις*».

Κατόπιν των ανωτέρω και ενόψει των διατάξεων του άρθρου 4 του ν. 3094/03, καθώς και του γεγονότος της σύμπτωσης, στο ίδιο πρόσωπο, των ιδιοτήτων του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής και του -εν δυνάμει -ασκούντος πειθαρχικό έλεγχο του Δημάρχου και Προέδρου του Δημοτικού Λιμενικού Ταμείου Μαρκοπούλου Μεσογαίας, παρακαλείται ο κύριος Υπουργός Εσωτερικών να εξετάσει τη δυνατότητα πειθαρχικού ελέγχου των ανωτέρω προσώπων.

Με τιμή

Καλλιόπη Σπανού
Συνήγορος του Πολίτη



Κοινοποίηση

1. ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ
ΑΤΤΙΚΗΣ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΓΕΝΙΚΟΥ ΓΡΑΜΜΑΤΕΑ
Κατεχάκη 56
11525 Αθήνα

ΔΙΕΥΘ. ΟΡΓ. ΛΕΙΤ. ΕΚΜΕΤΑΛΕΥΣΗΣ
ΛΙΜΕΝΩΝ
Ακτή Βασιλειάδη πόλη Ε1
18510 Πειραιάς

Κεντρικό Λιμεναρχείο Ραφήνας
1ο ΛΙΜΕΝΙΚΟ ΤΜΗΜΑ ΜΑΡΚΟΠΟΥΛΟΥ
19003 Μαρκόπουλο

ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΑΤΤΙΚΗΣ
ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΣΩΤΕΡΙΚΗΣ
ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ
ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ
Κατεχάκη 56
115 25 Αθήνα

ΚΤΗΜΑΤΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ
ΑΤΤΙΚΗΣ
Μεσογείων 318
15341 Αγία Παρασκευή

ΔΗΜΟΣ ΜΑΡΚΟΠΟΥΛΟΥ ΜΕΣΟΓΑΙΑΣ
Δ.Σωτηρίου και Θ.Σκοπελιτη 1
19003 Μαρκόπουλο

ΔΗΜΟΣ ΜΑΡΚΟΠΟΥΛΟΥ ΜΕΣΟΓΑΙΑΣ
ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΛΙΜΕΝΙΚΟ ΤΑΜΕΙΟ
19003 Μαρκόπουλο