

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15.11.2017 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη - Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)– Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(Α.Ε.Π.Π.)/160/17-10-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/27/17-10-
2017 της εταιρείας, με διακριτικό τίτλο, με έδρα την
....., οδός, αριθ. , νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της α) υπ' αριθμ.(θέμα 29^ο) Απόφασης του
σχετικά με την κάλυψη των αναγκών για υπηρεσίες φύλαξης του, με
ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου σύμφωνα
με το άρθρο 63 του Ν.4430/2016, β) κατά της Ανακοίνωσης ΣΟΧ(με
αριθμ.πρωτ.....) του για την πρόσληψη εποχικού προσωπικού
για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επειγουσών περιστάσεων με σύμβαση
εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, για τις ανάγκες φύλαξης (και
εστίασης) του καθώς και γ) κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή
μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει την ακύρωση
των ανωτέρω προσβαλλομένων πράξεων, δυνάμει των Αποφάσεων 84/2017
και 85/2017 της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ και της Απόφασης 1305/2017
του ΣτΕ (δίκη πιλότος Ν.3900/2010) τουλάχιστον μέχρι την έκδοση οριστικής
απόφασης από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Συμβούλιο της
Επικρατείας στην ήδη διανοιχθείσα Δίκη Πιλότο του άρθρου 1 του
Ν.3900/2010, για τους λόγους που αναφέρονται στην κρινόμενη Προδικαστική
Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 169482733957 1215 0020), ποσού 600€, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτερο προβλεπόμενο κατά την ως άνω διάταξη, καθόσον δεν καθορίζεται στις προσβαλλόμενες πράξεις προϋπολογιζόμενη δαπάνη των προς σύναψη συμβάσεων (ΕΑ 205-206/2016 πεντ. και ΔιοικΕφΘε 123/2017 Τμ. Γ΄) και έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017.

2. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64) ορίζεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του Τίτλου 3 του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών».

3. Επειδή, στο άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά

Αριθμός απόφασης: 177/2017

παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...», και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 10 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζονται ειδικές εξαιρέσεις μη υπαγωγής σε αυτόν δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών ως εξής: «*Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες: α), β), γ), δ), ε), στ), ζ) αφορούν συμβάσεις εργασίας, η), θ), ι)*».

6. Επειδή, από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται σαφώς ότι, το πλέγμα των διατάξεων του Ν. 4412/2016, οι οποίες αφορούν στην παροχή έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (Βιβλίο IV, άρθρα 345-374 του Ν. 4412/2016), όπως και των διατάξεων του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.», όπως τούτο εκδόθηκε δυνάμει της εξουσιοδοτικής διάταξης της παραγράφου 7 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, καταλαμβάνει διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες εντάσσονται στη διαδικασία ανάθεσης των συμβάσεων εκείνων (και των τροποποιήσεων τους) που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, με την πρόσθετη προϋπόθεση ότι οι συμβάσεις αυτές έχουν εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων ευρώ (60.000 ευρώ), χωρίς ΦΠΑ. Περαιτέρω, από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, αντιστοίχως δε και από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 10), εξαιρούνται ορισμένες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, μεταξύ των οποίων

Αριθμός απόφασης: 177/2017

και αυτές που αφορούν συμβάσεις εργασίας, οι οποίες για την ταυτότητα του λόγου εξαιρούνται και από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV, άρθρα 345-374 του Ν. 4412/2016 σχετικά με την παροχή έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

7. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2-3 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «2. Κανένας δεν μπορεί να διοριστεί υπάλληλος σε οργανική θέση που δεν είναι νομοθετημένη. Εξαιρέσεις μπορεί να προβλέπονται από ειδικό νόμο, για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες με προσωπικό που προσλαμβάνεται για ορισμένη χρονική περίοδο με σχέση ιδιωτικού ... ».

8. Επειδή, κατά το άρθρο 63 παρ. 1 του Ν. 4430/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες των Υπουργείων, καθώς και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.) που εποπτεύονται από τα Υπουργεία, με απόφαση του αρμόδιου μονομελούς ή συλλογικού οργάνου της Διοίκησής τους, δύνανται για τις ανάγκες καθαριότητας των κτιρίων της ευθύνης τους και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, καθώς και για τις ανάγκες εστίασης, σίτισης και φύλαξής τους, να συνάπτουν ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, εφόσον δεν επαρκεί το υπάρχον προσωπικό τους και συντρέχουν απρόβλεπτες ή επείγουσες περιστάσεις. Ως τέτοιες θεωρούνται ενδεικτικώς: α) νομικό ή πραγματικό κώλυμα απρόσκοπτης παροχής των υπηρεσιών αυτών από τρίτα νομικά ή φυσικά πρόσωπα, που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του αποδέκτη των υπηρεσιών αυτών, β) εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας που επιτυγχάνεται με τη σύναψη των συμβάσεων εργασίας του παρόντος σε σύγκριση με άλλα μέσα. Για τη συνδρομή της απρόβλεπτης ή επείγουσας περίπτωσης απαιτείται αιτιολογημένη κρίση των παραπάνω φορέων. Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος άρθρου, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου. Οι εξαιρετικές ρυθμίσεις του παρόντος άρθρου μπορούν να εφαρμοστούν μέχρι 31.12.2018». Ακολούθως, κατά την παρ. 3 του ως άνω άρθρου ορίζεται ότι: «3. Για την επιλογή των προσώπων αυτών καταρτίζεται προσωρινός πίνακας

Αριθμός απόφασης: 177/2017

κατάταξης, κατ' εφαρμογή των παραγράφων 6, 7, 8, 9, 10, 10Α, 11Α, 11Β και 12 του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 ...», ενώ κατά τις παρ. 7-8 του ως άνω άρθρου ορίζεται ότι «7. Εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις των παραγράφων 1 και 2, οι αρμόδιοι φορείς της παραγράφου 1 δύνανται να συνάψουν συμβάσεις εργασίας με τα επιλεγέντα πρόσωπα κατ' εφαρμογή του άρθρου 97 του Ν. 4368/2016 ή του άρθρου 72 του Ν. 4369/2016 ή του άρθρου 44 του Ν. 4403/2016 ή του άρθρου 81 του Ν. 4413/2016. Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου...». Τέλος δε, με το άρθρο 107 του Ν. 4461/2017 ρυθμίστηκαν ειδικότερα ζητήματα εφαρμογής του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 σε νομικά πρόσωπα οποιασδήποτε μορφής που υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου Υγείας, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 97 του Ν.4368/2016 «Κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου, οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες του Υπουργείου Υγείας, καθώς και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.), που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας, με απόφαση του Διοικητικού τους Συμβουλίου (Δ.Σ.) ή της Διοίκησης ή του κατά περίπτωση αρμόδιου οργάνου τους, δύνανται για την καθαριότητα των κτιρίων της ευθύνης τους και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, καθώς και για τις ανάγκες σίτισης και φύλαξής τους, να συνάπτουν ατομικές συμβάσεις έργου ή μίσθωσης έργου ή παροχής υπηρεσιών, μέχρι τις 31.12.2017, με φυσικά πρόσωπα, που εργάζονταν ή εργάζονται αυτοπροσώπως, χωρίς να απασχολούν προσωπικό, στον καθαρισμό ή τη φύλαξη ή τη σίτιση των παραπάνω φορέων, βάσει οποιασδήποτε έννομης σχέσης ή σύμβασης, συναφθείσας είτε απευθείας με τους φορείς αυτούς είτε με τρίτα φυσικά ή νομικά πρόσωπα».

9. Επειδή, σύμφωνα με τις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας υπ' αριθμ. 205 και 206/2016 αναφορικά με την εφαρμογή του, ισχύοντος κατά το επίμαχο διάστημα έκδοσης των ανωτέρω αποφάσεων, άρθρου 97 του Ν. 4368/2016, κρίθηκε ότι δεν είναι δυνατή η σύναψη των προκηρυσσόμενων συμβάσεων έργου μόνον με φυσικά πρόσωπα, κατά παρέκκλιση της διαδικασίας που ορίζεται στις Οδηγίες 2004/18/ΕΚ και

Αριθμός απόφασης: 177/2017

2014/24/ΕΕ, καθώς πιθανολογείται παραβίαση των διατάξεων 2, 4 παρ. 1 και 20 της Οδηγίας 2004/2018, ενώ «όταν μια δημόσια αρχή αποφασίζει να μην κινήσει διαδικασίες αναθέσεως σύμφωνα με τα όσα ορίζουν οι διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, υπό την αντίληψη είτε ότι η εν λόγω σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών ευρωπαϊκών κανόνων των δημοσίων συμβάσεων, είτε ότι είναι πάντως δυνατή η μη εφαρμογή των κανόνων αυτών, η απόφαση αυτή αποτελεί την πρώτη απόφαση η οποία επιδέχεται δικαστικό έλεγχο (C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau σκ. 33-41), με το σύστημα δικαστικής προστασίας του ν.3886/2010».

10. Επειδή, ετέρωθεν, από τις σχετικές συζητήσεις που ακολούθησαν μετά την έκδοση των ανωτέρω αποφάσεων, στην Ζ' Αναθεωρητική Βουλή και σχετικά με το άρθρο 103 του Συντάγματος, δεν προκύπτει ότι βούληση του αναθεωρητικού νομοθέτη ήταν να αποστερήσει από τον κοινό νομοθέτη την δυνατότητα να θεσπίσει διατάξεις πρόσληψης προσωπικού-ορισμένου χρόνου, με αντικειμενικά και προκαθορισμένα κριτήρια, σε απρόβλεπτες ή επείγουσες περιπτώσεις, έστω και εάν αυτές δεν αφορούν σε παροδικές ή εποχιακές ανάγκες, καθώς δεν αποκλείεται μία τακτική ανάγκη του Δημοσίου να έχει επείγοντα ή απρόβλεπτο χαρακτήρα για την κάλυψη της, αλλά και αντιστρόφως μία εποχιακή ανάγκη να είναι απολύτως προβλέψιμη.

11. Επειδή, το κατά το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης με αριθμ. (θέμα 29^ο) Απόφασης του, ενέκρινε τη σύναψη συμβάσεων 10 ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης (και 10 ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την παροχή υπηρεσιών εστίασης) για την κάλυψη των σχετικών αναγκών του, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, κρίνοντας ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις υπαγωγής σε αυτή. Προς τούτο δε, όπως προκύπτει και από την εισήγηση των αρμόδιων Υπηρεσιών του, εγκρίνει την οικονομοτεχνική ανάλυση κόστους, από την οποία επικαλείται ότι προκύπτει μηνιαίο οικονομικό όφελος ποσού 12,48€ του ίδιου αριθμού ατόμων που απασχολούνται και από την εταιρία/ανάδοχο, μέσω της σύναψης των επίμαχων συμβάσεων και στη

Αριθμός απόφασης: 177/2017

συνέχεια την έκδοση της προσβαλλόμενης ανακοίνωσης ΣΟΧ με αριθ. για τη σύναψη συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου.

12. Επειδή, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η απόφαση του να προβεί στη σύναψη συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης, κατ' εφαρμογή του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, όπως αυτή αποτυπώνεται στις προσβαλλόμενες πράξεις, έλαβε χώρα κατά παράβαση του ενωσιακού δικαίου, και δη των διατάξεων περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, των θεμελιωδών αρχών του ενωσιακού δικαίου, όπως και των διατάξεων του άρθρου 103 του Συντάγματος που αφορούν στην υπηρεσιακή κατάσταση των υπαλλήλων του Δημοσίου, την αρχή της οικονομικής ελευθερίας και την αρχή της αναλογικότητας, αλλά και κατά παράβαση των ίδιων των διατάξεων του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, που επιτάσσουν την πλήρωση συγκεκριμένων προϋποθέσεων. Ως εκ τούτου, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, θίγονται τα συμφέροντά της, εκ της στερήσεως της δυνατότητάς της να συμμετέχει σε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών μέσω δημόσιας σύμβασης, την οποία δύνατο να προκηρύξει, καθώς η ίδια αποτελεί μια επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα αυτό και παρέχει τις σχετικές υπηρεσίες της στο καθ' ου μέχρι και σήμερα, διατηρώντας ενεργή σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης μέχρι και την 31.01.2018.

13. Επειδή, επομένως το ερώτημα που τίθεται είναι εάν είναι συμβατή με το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, ήτοι η με διάταξη νόμου προσφυγή των φορέων του Δημοσίου, στο πλαίσιο της διακριτικής τους ευχέρειας, στη σύναψη συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, υπό τη συνδρομή απρόβλεπτης ή/και επείγουσας περίπτωσης, και κατά παρέκκλιση από κάθε άλλη γενική ή ειδική διάταξη νόμου. Ως εκ τούτου, προεξέχον στοιχείο της υπό κρίση διαφοράς αποτελεί η διάγνωση του σύννομου χαρακτήρα των συμβάσεων για πρόσληψη προσωπικού στο Δημόσιο, υπό το πρίσμα της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016.

14. Επειδή, με τις υπ' αριθ. 5/2017 και 6/2017 πράξεις της Επιτροπής του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3900/2010, διατάχθηκε η εισαγωγή

Αριθμός απόφασης: 177/2017

στο ΣτΕ συναφών με την κριθείσα υπόθεση αιτήσεων ακύρωσης, οι οποίες είχαν ασκηθεί ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ως δικαστηρίου αρμόδιου για την εκδίκαση διαφορών που αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ενώ έγιναν κατά πλειοψηφία δεκτά ότι: α. οι επίμαχες αιτήσεις ακύρωσης αφορούν ζητήματα σχετικά με το διορισμό ή την πρόσληψη προσωπικού του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ, ανεξάρτητα από τη φύση της υπηρεσιακής σχέσης με την οποία συνδέονται, καθόσον οι συμβάσεις τις οποίες αφορούν οι προσβαλλόμενες με αυτές πράξεις και οι οποίες θα συναφθούν από τα νοσοκομεία ως ΝΠΔΔ εξαιρούνται ως συμβάσεις εργασίας από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 10 περ. ζ') και της οδηγίας 89/665 και β. οι αιτήσεις αυτές πρέπει να εισαχθούν στο Γ' Τμήμα του Δικαστηρίου (ως αφορώσες προσλήψεις προσωπικού ΝΠΔΔ), οι δε αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων να εκδικασθούν ως αιτήσεις αναστολής κατά το άρθρο 52 του Π.Δ. 18/1989, όπως ισχύει.

15. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1305/2017 απόφαση του ΣτΕ (Γ' Τμήμα), το οποίο συνήλθε σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 1 του Ν. 3900/2010, για να κρίνει το γενικότερου ενδιαφέροντος ζήτημα που τέθηκε και το οποίο έχει συνέπειες για ευρύτερο κύκλο προσώπων, ήτοι της συμφωνίας προς το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Σύνταγμα των διατάξεων του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, συνεκδίκασε αιτήσεις ακύρωσης συναφών με την υπόθεση της υπό κρίση προσφυγής, αποφάσισε δε να απέχει από την έκδοση οριστικής απόφασης, παραπέμποντας στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης προδικαστικά ερωτήματα.

16. Επειδή, με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα ζητείται να απαντηθεί εάν κατά το άρθρο 10 περ. ζ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αρκεί για το χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως «σύμβασης απασχόλησης» το στοιχείο της εξαρτημένης εργασίας του εργαζομένου προς τον εργοδότη ή εάν απαιτείται η σύμβαση αυτή να συνοδεύεται από ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, όπως το είδος της εργασίας, οι συνθήκες σύναψης, τα προσόντα των υποψηφίων, τα στοιχεία της διαδικασίας επιλογής τους, ώστε η επιλογή αυτή να αποτελεί προϊόν εξατομικευμένης κρίσης. Ήτοι, εάν συμβάσεις εργασίας ορισμένου

Αριθμός απόφασης: 177/2017

χρόνου, οι οποίες καταρτίζονται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, όπως ο χρόνος ανεργίας, η προηγούμενη εμπειρία, ο αριθμός των ανήλικων τέκνων, κατόπιν ενός τυπικού ελέγχου δικαιολογητικών και μίας προκαθορισμένης μοριοδότησης των ως άνω κριτηρίων, όπως οι συμβάσεις του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, μπορούν να θεωρηθούν ως «συμβάσεις απασχόλησης», με αποτέλεσμα κατά την έννοια αυτή να εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 10 περ. ζ'). Περαιτέρω, με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, αναδεικνύεται η ανάγκη οριοθέτησης του δημοσίου συμφέροντος, άλλως των έκτακτων περιστάσεων, κατ' επίκληση των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στη σύναψη συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, και δια τούτο σοβαρός περιορισμός στην άσκηση θεμελιωδών ελευθεριών κατά το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο.

17. Επειδή, με το τρίτο προδικαστικό ερώτημα που απευθύνεται στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ζητείται εάν κατά την έννοια του άρθρου 1 της Οδηγίας 89/665, όπως ισχύει, εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της η δικαστική προστασία κατά απόφασης δημόσιας αρχής, όπως η επίδικη προσβαλλόμενη, για την ανάθεση σύμβασης που φέρεται ως μη εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (π.χ. ως «σύμβαση απασχόλησης»), όταν την προσφυγή ασκεί οικονομικός φορέας που θα είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί όμοια δημόσια σύμβαση και ισχυρίζεται ότι παρανόμως δεν εφαρμόσθηκε η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, υπό την αντίληψη ότι δεν ήταν επιτρεπτή η μη εφαρμογή της.

18. Επειδή, περαιτέρω η απάντηση στο πρώτο και δεύτερο προδικαστικό ερώτημα από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης θα κρίνει και το ζήτημα της αντίθεσης ή μη της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 με τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, εξειδικεύοντας τα χαρακτηριστικά της σύμβασης εργασίας κατά το άρθρο 10 περ. ζ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

19. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, δια του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος ανακύπτει αμφιβολία εν προκειμένω για την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, αφού εναργώς συνάγεται ότι η ύπαρξη ή μη αυτής (της αρμοδιότητας)

Αριθμός απόφασης: 177/2017

τελεί σε απόλυτη και ευθεία σχέση με την απάντηση που θα δοθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο τρίτο προδικαστικό τίθεμένο ερώτημα. Τούτο δε καθίσταται σαφές και πέραν πάσης αμφιβολίας από την απλή ανάγνωση ειδικότερα του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος, στο βαθμό που η Α.Ε.Π.Π. κατά τις “δικονομικές Οδηγίες”, όπως αυτές ενσωματώθηκαν στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, αποτελεί τον πρώτο βαθμό έννομης προστασίας επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων.

20. Επειδή, από τις διατάξεις του προϊσχύοντος καθεστώτος έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων (Ν. 3886/2010) και τη συνδυαστική ερμηνεία αυτών με τις νεοεισαγώμενες ρυθμίσεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, στο πλαίσιο του νέου συστήματος έννομης προστασίας και σύμφωνα με τις επιταγές της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως αυτή τροποποιήθηκε από την οδηγία 2007/66/ΕΚ, ο έλληνας νομοθέτης απονέμει σε ένα ανεξάρτητο κεντρικό διοικητικό όργανο, με εχέγγυα θεσμικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας, την αποκλειστική αρμοδιότητα εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών που ασκούνται επί διαφορών που γεννώνται κατά την ανάθεση συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, ενόψει παράβασης της οικείας ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, συνάμα δε χρήζει το αυτό όργανο αρμόδιο να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων και τη χορήγηση άλλων κατάλληλων προσωρινών μέτρων για το διάστημα έως την έκδοση της αποφάσεώς του επί της προδικαστικής προσφυγής. Ήτοι, με τις ρυθμίσεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 θεσπίζεται η Α.Ε.Π.Π, ως μια νέα διοικητική δομή, στην οποία απονέμονται εξουσίες που κατά το προϊσχύον δίκαιο έφεραν, αφενός η αναθέτουσα αρχή μέσω της εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής, και αφετέρου το αρμόδιο δικαστήριο μέσω της εξέτασης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

21. Επειδή, από τις διατάξεις του άρθρου 360 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (και του άρθρου 3 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017), προβλέπεται ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. θεσπίζεται όχι μόνον ως

Αριθμός απόφασης: 177/2017

υποχρεωτική προδικασία αλλά και ως προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 επ. του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 3-4 του Ν. 4412/2016 (και του άρθρου 18 παρ. 5-6 του Π.Δ. 39/2017) η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να συμμορφώνεται προς τις αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., οι οποίες συνιστούν (μαζί με τις τυχόν σιωπηρές απορρίψεις επί των προσφυγών) τις μόνες προσβλητέες πράξεις ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων. Συνεπώς και όπως καθίσταται σαφές από τις προαναφερόμενες διατάξεις - σε σχέση και με το προϊσχύον καθεστώς – αλλά και από τις αρμοδιότητες που δίδονται στην Α.Ε.Π.Π., η τελευταία εντάσσεται στο πλαίσιο του ευρύτερου συστήματος παροχής έννομης/προδικαστικής προστασίας.

22. Επειδή, το ΣΤΕ με την προαναφερόμενη υπ' αριθ. 1305/2017 απόφασή του έκρινε ότι πρέπει να απέχει από την οριστική διάγνωση της διαφοράς και παρέπεμψε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης τα ως άνω αναφερόμενα προδικαστικά ερωτήματα, η δε απόφαση του ΣΤΕ είναι υποχρεωτική για το δικαστήριο που υπέβαλε το προδικαστικό ερώτημα και δεσμεύει τους διαδίκους και εκείνους που άσκησαν παρεμβάσεις στο ΣΤΕ, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 4 του Ν.3900/2010. Πρέπει δε να γίνει δεκτό, ότι η λύση που έδωσε το ΣΤΕ δεσμεύει και κάθε άλλο διοικητικό δικαστήριο όταν δικάζει υποθέσεις στις οποίες τίθεται το ίδιο ζήτημα.

23. Επειδή, η υποβολή προδικαστικής παραπομπής συνεπάγεται την αναστολή της εθνικής διαδικασίας μέχρις ότου αποφανθεί το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το αρ. 267 της ΣΛΕΕ «*Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποφαινεται με προδικαστικές αποφάσεις: α) επί της ερμηνείας των Συνθηκών, β) επί του κύρους και της ερμηνείας των πράξεων των θεσμικών ή λοιπών οργάνων ή οργανισμών της Ένωσης. Δικαστήριο κράτους μέλους, ενώπιον του οποίου ανακύπτει τέτοιο ζήτημα, δύναται, αν κρίνει ότι απόφαση επί του ζητήματος είναι αναγκαία για την έκδοση της δικής του απόφασης, να παραπέμψει το ζήτημα στο Δικαστήριο για να αποφανθεί επ' αυτού. Δικαστήριο κράτους μέλους, ενώπιον του οποίου ανακύπτει τέτοιο ζήτημα σε εκκρεμή υπόθεση και του οποίου οι*

Αριθμός απόφασης: 177/2017

αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ένδικα μέσα του εσωτερικού δικαίου, οφείλει να παραπέμψει το ζήτημα στο Δικαστήριο. [...]».

24. Επειδή, σύμφωνα με τις συστάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων προς τα εθνικά δικαστήρια (2016/C 439/01 Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 25.11.2016), το εθνικό δικαστήριο διατηρεί μεν την αρμοδιότητα να λαμβάνει προσωρινά μέτρα, ιδίως όταν το προδικαστικό ερώτημα αφορά το κύρος μιας πράξεως, πλην όμως η υποβολή αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως συνεπάγεται την αναστολή της εθνικής διαδικασίας μέχρις ότου αποφανθεί το Δικαστήριο. Συνακόλουθα και επειδή, ως προελέχθη, κατά το ισχύον νομικό πλαίσιο, η προδικαστική προστασία του Ν. 4412/2016 αντικατέστησε τις διατάξεις του Ν. 3886/2010, δίδοντας στην Α.Ε.Π.Π. το έργο της επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, κατά τούτο *a maiore ad minus* και σύμφωνα με τις αρχές της ασφάλειας δικαίου και της χρηστής διοίκησης, μέχρι την έκδοση απόφασης από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης θα πρέπει βασίμως να θεωρηθεί ότι η Α.Ε.Π.Π. θα πρέπει να αναστείλει την ενώπιόν της διαδικασία και να απέχει οριστικής αποφάσεως.

25. Επειδή, υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΕ (ΔΕΚ, 30.6.1966, Vaassen-Göbbels, C-61/65, ΔΕΚ, 18.6.1980, JulesBorker, C-138/80, ΔΕΚ, 30.3.1993, PierreCorbiau, C-24/92) για να θεωρηθεί ένα όργανο ως δικαιοδοτικό πρέπει να πληρούνται ορισμένα κριτήρια και δη: α) η ίδρυση του οργάνου με νόμο, β) ο μόνιμος χαρακτήρας του οργάνου, γ) η εφαρμογή κανόνων δικαίου από το όργανο, δ) ο υποχρεωτικός χαρακτήρας της δικαιοδοσίας του οργάνου, ε) η κατ' αντιμωλία διεξαγωγή της ενώπιον του διαδικασίας, στ) η έκδοση απόφασης δικαιοδοτικής φύσης και ζ) η ανεξαρτησία του οργάνου, προϋποθέσεις που εν προκειμένω πληρούνται σύμφωνα με τα άρθρα 347, 348 και 349 του Ν.4412/2016, ενώ αναφορικά με την προϋπόθεση (ε) έχει κριθεί ότι η κατ' αντιμωλία διαδικασία δεν αποτελεί απόλυτο κριτήριο (ΔΕΕ C-54/96, C-110-147/98, σκέψη 37).

Αριθμός απόφασης: 177/2017

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και de lege ferenda θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιβάλλει όπως η Α.Ε.Π.Π. απέχει οιασδήποτε ερμηνείας αναφορικά τόσο με την αρμοδιότητά της επί της επίδικης προσφυγής, όσο και επί της ουσίας της κρίσης των προβαλλόμενων ισχυρισμών, ήτοι της παραβίασης με την προσβαλλόμενη του ενωσιακού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, έως την έκδοση απόφασης από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στο βαθμό που τα ανωτέρω τελούν προϋπόθεση sine qua non για την εξέταση της υπόθεσης από την Α.Ε.Π.Π. Και τούτο διότι, η αυθεντική ερμηνεία των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου, εν προκειμένω της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και της "δικονομικής Οδηγίας" 89/665/ΕΟΚ, όπως ισχύει και όπως αυτές ενσωματώνονται στο Ν. 4412/2016, δύναται, λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω αναφερόμενα, να πραγματοποιηθεί μόνον από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η έκδοση δε απόφασης πρωθύστερα επί των ζητημάτων αυτών από την Α.Ε.Π.Π. θα συνιστούσε υπέρβαση των άκρων ορίων της νομιμότητας και θα ευρίσκετο εκτός του νομίμου πλαισίου αρμοδιοτήτων της.

27. Επειδή, ελλείπει διάταξης που να επιτρέπει στην Α.Ε.Π.Π να παρεκκλίνει από τις τιθέμενες στο νόμο αποκλειστικές προθεσμίες προς έκδοση απόφασης, αναβάλλοντας την οριστική κρίση της, υπό τη συνδρομή μιας εξαιρετικής περίπτωσης, όπως είναι η εκκρεμότητα της κρίσης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης επί του οικείου προδικαστικού ερωτήματος, και δεδομένου του ενισχυμένου ρόλου της Αρχής στο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, ανακύπτει για λόγους ασφάλειας δικαίου και τήρησης της αρχής της χρηστής διοίκησης, εν αμφιβολία για την αρμοδιότητά της, η ανάγκη αναλογικής εφαρμογής των συστάσεων του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2016/C 439/01 Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 25.11.2016) και στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, στο μέτρο που καταλαμβάνει την υπό κρίση διαφορά.

28. Επειδή, ετέρωθεν, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016, «*Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και*

Αριθμός απόφασης: 177/2017

των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφαση της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής».

29. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 365 παρ. 4 και 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 συνάγεται ότι, εάν για οποιοδήποτε λόγο δεν εκδοθεί απόφαση επί της προσφυγής εντός της προθεσμίας των είκοσι ημερών από την εξέτασή της, και σε κάθε περίπτωση, εάν δεν εκδοθεί απόφαση επί της προσφυγής με την πάροδο εξήντα ημερών από την κατάθεσή της, η Α.Ε.Π.Π. καθίσταται αναρμόδια κατά χρόνο να αποφασίσει επί της προσφυγής και συντελείται σιωπηρή απόρριψη αυτής (Πρακτικό Συνεδρίασης και Γνωμοδότησης του ΣτΕ με αριθ. 51/2017).

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω παρέπεται ότι η αναστολή ενώπιόν της Α.Ε.Π.Π. διαδικασίας όπως και η αναστολή της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου που κινείται με τις προσβαλλόμενες πράξεις έχει την έννοια ότι ισχύει για όσο χρόνο η Α.Ε.Π.Π. διατηρεί την κατά χρόνο αρμοδιότητά της προς τούτο, ήτοι έως την παρέλευση του 20ημέρου από την εξέταση της κριθείσας προσφυγής, σε κάθε περίπτωση έως την παρέλευση του 60ημέρου από την κατάθεσή της, ώστε να δύναται η Α.Ε.Π.Π. να επανέλθει στην εξέταση της υποθέσεως και να επιφέρει οριστική κρίση επί ζητήματος, το οποίο εκκρεμεί με ταυτόσημο περιεχόμενο προς δικαστική επίλυση, ερείδοντας μεταξύ άλλων και ζήτημα αρμοδιότητας της Αρχής, μεσολαβούσης δε αποφάσεως ή άλλου γεγονότος που την καθιστά οριστικά αρμόδια (την Α.Ε.Π.Π.) προς τούτο, άλλως μετά την παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σιωπηρή απόρριψη της κριθείσας προσφυγής.

31. Επειδή, εξάλλου, από τα στοιχεία του φακέλου και ιδίως τις προμνησθείσες διατάξεις του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 (βλ. σκ. 8 για την πλήρωση των σχετικών προϋποθέσεων του νόμου), εν προκειμένω, *pacta sunt servanda*, αφού αναθέτουσα αρχή και προσφεύγουσα (οικονομικός φορέας) δεσμεύονται με σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης της τελευταίας προς την πρώτη μέχρι και την 31.01.2018 (βλ. ως άνω σκ. 12).

Αριθμός απόφασης: 177/2017

32. Επειδή, τούτων δοθέντων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υποβολή των ως άνω προδικαστικών ερωτημάτων προς το ΔΕΕ και η συνακόλουθη επίλυση των προαναφερθέντων κρίσιμων ουσιαστικών ζητημάτων από το ΣΤΕ, στο πλαίσιο της Πρότυπης Δίκης του άρθρου 1 παρ. 4 του Ν.3900/2010, οδηγεί στην αδυναμία λήψης οριστικής απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. και κατ' ακολουθίαν στην απόρριψη της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 4 Δεκεμβρίου 2017.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου