

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 14 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αφοκάρδου Πρόεδρος– Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.11.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/261/17.11.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) Ι /44/17.11.2017 της προσφεύγουσας «.....» (πρώην επωνυμία .....) και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ....., ....., ....., ΤΚ ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜ. ΦΛΕΜΙΝΓΚ», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει :

Να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή και ειδικότερα να ακυρωθούν:

α) η υπ' αριθ. 20/24.07.2017 (Θέμα 11<sup>ο</sup>) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜ. ΦΛΕΜΙΝΓΚ», με την οποία εγκρίθηκε η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης του Σισμανογλείου Νοσοκομείου και του Νοσοκομείου Αμαλία Φλέμιγκ και για την καθαριότητα του Νοσοκομείου Αμαλία Φλέμιγκ, σύμφωνα με το άρθρο 63 Ν. 4430/2016.

β) Η υπ' αριθμ. 24/05.09.2017 (Θέμα 6<sup>ο</sup>) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜ. ΦΛΕΜΙΓΚ» με την οποία ορίστηκαν οι απαιτούμενες ενέργειες και διαδικασίες για την σύναψη των ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για τη φύλαξη του Σισμανογλείου Νοσοκομείου και

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

του Νοσοκομείου Αμαλία Φλέμιγκ και για την καθαριότητα του Νοσοκομείου Αμαλία Φλέμιγκ.

γ) Κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της «Αναθέτουσας Αρχής».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 174875732958 0115 0014), αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Τράπεζα ΠΕΙΡΑΙΩΣ, εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «πληρωμένο» και την σχετική βεβαίωση της ΑΕΠΠ περί ελέγχου και δέσμευσής του από την Υπηρεσία).

2. Επειδή, για την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατατέθηκε απευθείας στην ΑΕΠΠ μέσω του από 16.11.2017 ηλεκτρονικού μηνύματος δυνάμει των άρθρων 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 8 παρ. 3-5 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64) (εφεξής Κανονισμός), καθώς η προσβαλλόμενη διαδικασία πρόσληψης προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας δεν μπορεί να διενεργηθεί μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, έγινε χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

3. Επειδή η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στον τομέα της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, καθαριότητας και σίτισης, προς διάφορους φορείς του δημοσίου. Με τις προσβαλλόμενες πράξεις- ως διατείνεται η προσφεύγουσα –επιλέγεται η αποφυγή της διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας του Ν.4412/2016 και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ μέσω σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας αποκλεισμένης της συμμετοχής της σε δημόσιο διαγωνισμό λόγω της νομικής της

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

προσωπικότητας, δεδομένου ότι εκτελεί τις υπηρεσίες φύλαξης του Γενικού Νοσοκομείου Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜ. ΦΛΕΜΙΓΚ» δυνάμει παρατάσεως της σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης με αριθμό Δ2/2013.

4. Επειδή με την 20/24-07-17 Συνεδρίασή του (Θέμα 11ο), το Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜ. ΦΛΕΜΙΓΚ», αφού έλαβε υπόψη τα συμπεράσματα της υπ' αριθμ. 14745/11-07-17 οικονομοτεχνικής μελέτης της τριμελούς Επιτροπής που συστάθηκε για τον σκοπό αυτό, ενέκρινε την σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την παροχή υπηρεσιών : α) Φύλαξης του Σισμανογλείου Νοσοκομείου και του Νοσοκομείου Αμαλία Φλέμιγκ και β) Καθαριότητας του Νοσοκομείου Αμαλία Φλέμιγκ και την Προκήρυξη, μετά από την έγκριση του Διοικητικού Συμβουλίου, για την παροχή των δύο υπηρεσιών.

5. Επειδή με την υπ' αριθμ. 24/05.09.2017 Συνεδρίασή του (Θέμα 6<sup>ο</sup>), το Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜΑΛΙΑ ΦΛΕΜΙΓΚ», αποφάσισε να προβεί στις απαιτούμενες ενέργειες και διαδικασίες για την σύναψη των ως άνω συμβάσεων.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, όπως αναφέρει το ως άνω Νοσοκομείο στις απόψεις του, συντάχθηκε η Ανακοίνωση ΣΟΧ 1/2017 για την σύναψη συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για ανάγκες φύλαξης (άρθρα 21 του Ν. 2190/1994, όπως ισχύει, 63 του Ν. 4430/2016 και 107 του Ν. 4461/2017) και απεστάλη στο ΑΣΕΠ για έγκριση.

7. Επειδή κατά των άνω πράξεων ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή την 16/11/2017 με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απευθείας στην ΑΕΠΠ καθώς η προσβαλλόμενη διαδικασία πρόσληψης προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά των προσβαλλόμενων και ως αποφάσεων παράλειψης διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, επικαλείται καταρχήν παραβίαση της κοινοτικής Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις Δημόσιες Συμβάσεις καθώς και τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, της αρχής της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, και τον ανταγωνισμό (άρθρ. 18§1 και 19§1 της οδηγίας τα οποία (άρθρα) περιλαμβάνονται στον Τίτλο Ι (πεδίο

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

εφαρμογής, ορισμοί και γενικές αρχές), Κεφάλαιο II (Γενικοί Κανόνες), οι οποίοι έχουν εφαρμογή σε όλες, ανεξαιρέτως, τις δημόσιες συμβάσεις που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της, άρα και στις επίδικες), και τους κανόνες που διέπουν τις διαδικασίες αναθέσεως (άρθρα 26-32), ειδικές τεχνικές και εργαλεία (άρθρα 33-39), κανόνες διεξαγωγής κ.λπ. (άρθρα 40-69). Η μη διενέργεια δημόσιου διαγωνισμού σύμφωνα με τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και η αντ' αυτού διαδικασία σύναψης συμβάσεων εργασίας δυνάμει του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 από το ως άνω Νοσοκομείο συνιστά, κατά την προσφεύγουσα, παράβαση της αρχής της υπεροχής του Ενωσιακού Δικαίου. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι οι αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας 84 και 85/2017 (σε συνέχεια της υπ' αριθμ. 1305/2017 παραπεμπτικής στο ΔΕΕ απόφασης του Γ' Τμήματος του ΣΤΕ) είναι δεσμευτικές για το ως άνω Νοσοκομείο το οποίο όφειλε να παύσει τη συνέχιση της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων εργασίας μέχρι την απόφαση του ΔΕΕ ως προς τα υποβληθέντα σ' αυτό προδικαστικά ερωτήματα.

9. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται και κατά της ίδιας της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 στην οποία ερείδονται οι προσβαλλόμενες, υποστηρίζοντας ότι ο εθνικός νομοθέτης παραβιάζει τις ενωσιακές αρχές και ειδικότερα την Κοινοτική Οδηγία 2014/24/ΕΕ και ότι οι παρεκκλίσεις που εισάγονται με τον άνω νόμο δεν δικαιολογούν την απόκλιση από την εφαρμογή της Οδηγίας, δεδομένου ότι η εσωτερική νομοθεσία και η ερμηνεία του Συντάγματος οφείλουν να εναρμονίζονται με το Δίκαιο της ΕΕ, (ΣΤΕ Ολ 3470/2011, C- 213/07). Αντίθετα, κατά την προσφεύγουσα, οι διατάξεις του άρθρου 63 Ν. 4430/2016 καθώς και οι όροι των προσβαλλόμενων πράξης αποδομούν μη νόμιμα την αγορά δημοσίων υπηρεσιών που υπόκειται στον ανταγωνισμό επί εικοσαετία, εισάγουν διακρίσεις υπέρ μερίδας φυσικών προσώπων χωρίς αιτιολογημένη βάση, θίγουν υπέρμετρα τον πυρήνα της οικονομικής ελευθερίας των νομικών προσώπων που δραστηριοποιούνται στην αγορά δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, παραβιάζουν κατάφωρα την αρχή της οικονομικότητας, εφόσον για τις προκηρυσσόμενες υπηρεσίες, το ως άνω Νοσοκομείο πρόκειται να δαπανήσει πολύ μεγαλύτερα ποσά από όσα θα εκταμίευε στην περίπτωση ανάπτυξης ανταγωνισμού μέσω δημόσιου

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

διαγωνισμού, το άρθρο 56 παρ. 1 ΣΛΕΕ, και καταστρατηγούν ευθέως το Σύνταγμα (αρχή της ισότητας, δικαίωμα ανάπτυξης της προσωπικότητας, αρχή της αναλογικότητας, της οικονομικής ελευθερίας, το δικαίωμα άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας, το δικαίωμα ανάπτυξης ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας, την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, την απόλυτη απαγόρευση κάλυψης παγίων αναγκών με συμβάσεις ορισμένου χρόνου σε μη νομοθετημένες θέσεις).

10. Επειδή το Νοσοκομείο στις 23/11/2017 απέστειλε τις με αριθμό πρωτ. 23814 απόψεις του. Ειδικότερα, μεταξύ άλλων υποστηρίζει ότι η υπό εξέταση προσφυγή αφορά σε συμβάσεις στις οποίες δεν εφαρμόζεται η Οδηγία 2014/24/ΕΕ δυνάμει του άρθρου 10 περ. ζ' αυτής, ήτοι σε συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου που προβλέπει το άρθρο 63 του Ν.4430/2016 και, επομένως, δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα δικαστικής προστασίας κατά την Οδηγία 89/665/ΕΚ. Περαιτέρω, αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, προβάλλοντας ότι το άρθρο 63 του Ν.4430/2016 δεν αντίκειται στο δίκαιο της ΕΕ δεδομένου ότι η αιτιολογική σκέψη 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ διευκρινίζει ότι δεν υφίσταται υποχρέωση για την παροχή υπηρεσιών μέσω εξωτερικών φορέων, και διότι εφαρμόζεται σε περίπτωση ύπαρξης επείγουσών ή απρόβλεπτων περιστάσεων, στις οποίες δεν υπάρχει παρέκκλιση από τις γενικές αρχές της δημοσιότητας και της διαφάνειας, αφού οι προσλήψεις διενεργούνται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων μέσω ελέγχου νομιμότητας από ανεξάρτητη αρχή (ΑΣΕΠ) και βάσει της δημοσιονομικής ωφέλειας. Τέλος, επισημαίνει ότι στο Νοσοκομείο δεν υπάρχει μόνιμο προσωπικό για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης, συντρέχει κατεπείγουσα περίπτωση, λόγω λήξεως της σύμβασης για την φύλαξη με την ανάδοχο εταιρεία και των συνεχών παρατάσεων καθώς και υπάρχει εξοικονόμηση της τάξεως των 15.424,12 ευρώ ετησίως βάσει του προϋπολογιζόμενου κόστους για 32 συμβάσεις εργασίας σε σχέση με την ετήσια δαπάνη εκτέλεσης συμβάσεων με τις αναδόχους εταιρείες.

11. Επειδή κατά το άρθρο 103 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

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

προσλαμβάνεται για ορισμένη χρονική περίοδο με σχέση ιδιωτικού δικαίου. 3. Οργανικές θέσεις ειδικού Επιστημονικού καθώς και τεχνικού ή βοηθητικού προσωπικού μπορούν να πληρούνται με προσωπικό που προσλαμβάνεται με σχέση ιδιωτικού δικαίου. Νόμος ορίζει τους όρους για την πρόσληψη, καθώς και τις ειδικότερες εγγυήσεις τις οποίες έχει το προσωπικό που προσλαμβάνεται.....7. Η πρόσληψη υπαλλήλων στο Δημόσιο και στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, πλην των περιπτώσεων της παραγράφου 5, γίνεται είτε με διαγωνισμό είτε με επιλογή σύμφωνα με προκαθορισμένα και αντικειμενικά κριτήρια και υπάγεται στον έλεγχο ανεξάρτητης αρχής, όπως νόμος ορίζει. 8. Νόμος ορίζει τους όρους, και τη χρονική διάρκεια των σχέσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου στο Δημόσιο και τον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, για την κάλυψη είτε οργανικών θέσεων και πέραν των προβλεπόμενων στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 3 είτε πρόσκαιρων είτε απρόβλεπτων και επειγουσών αναγκών κατά το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2..... 8. Νόμος ορίζει επίσης τα καθήκοντα που μπορεί να ασκεί το προσωπικό του προηγούμενου εδαφίου. Απαγορεύεται η από το νόμο μονιμοποίηση προσωπικού που υπάγεται στο πρώτο εδάφιο ή η μετατροπή των συμβάσεων του σε αορίστου χρόνου».

12. Επειδή, στο άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 «Κοινωνική και Αλληλέγγυα Οικονομία και ανάπτυξη των φορέων της και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 205), ορίζονται τα εξής: 1: «Οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες των Υπουργείων, καθώς και τα ΝΠΔΔ και ΝΠΙΔ 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

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

που επιτυγχάνεται με τη σύναψη των συμβάσεων εργασίας του παρόντος σε σύγκριση με άλλα μέσα. Για τη συνδρομή της απρόβλεπτης ή επείγουσας. Οι εξαιρετικές ρυθμίσεις του παρόντος άρθρου μπορούν να εφαρμοστούν μέχρι 31.12.2018». [.....] 3.«Για την επιλογή των προσώπων αυτών καταρτίζεται προσωρινός πίνακας κατάταξης, κατ' εφαρμογή των παραγράφων 6, 7, 8, 9, 10, 10Α, 11Α, 11Β και 12 του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 (ΦΕΚ Α' 28) και των κατ' εξουσιοδότηση κανονιστικών πράξεων [...]. Με πράξη του αρμόδιου οργάνου διοίκησης των φορέων της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου, κυρώνονται οι προαναφερόμενοι προσωρινοί πίνακες κατάταξης και αποστέλλονται προς το ΑΣΕΠ εντός 5 ημερών από τη σύνταξή τους...». [.....] 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 (ΦΕΚ Α' 21) ή του άρθρου 72 του Ν. 4369/2016 (ΦΕΚ Α' 33) ή του άρθρου 44 του Ν. 4403/2016 (ΦΕΚ Α' 125) ή του άρθρου 81 του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148). Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου. Με απόφαση του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, δύνανται να ρυθμίζονται οι λεπτομέρειες εφαρμογής της παρούσας παραγράφου».

13. Επειδή στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4430/2016 για τις διατάξεις του άρθρου 63 αναφέρονται τα ακόλουθα: «Η προτεινόμενη ρύθμιση αποσκοπεί στην Διασφάλιση επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος στους τομείς των παρεχόμενων στον δημόσιο τομέα υπηρεσιών καθαριότητας, φύλαξης και σίτισης από τρίτους. Ειδικότερα, για τους τομείς αυτούς, αρχικώς προβλεπόταν η εκχώρηση τους προς εργολάβους, υπό την προϋπόθεση ότι η αμοιβή του αναδόχου δεν υπερβαίνει την απαιτούμενη δαπάνη για την πλήρωση κενών οργανικών θέσεων των οικείων κλάδων ή ειδικοτήτων [...]. Μεταγενέστερα, για την εκχώρηση των υπηρεσιών αυτών δεν υπήρξε πρόβλεψη ορίου για το κόστος της σύμβασης του εργολάβου, ακόμη δηλαδή και εάν υπερβαίνει την απαιτούμενη δαπάνη για την πλήρωση των κενών θέσεων. Μεταγενέστερα οι υπηρεσίες αυτές παρέχονταν βάσει δημοσίων συμβάσεων που προβλέπονταν από την κοινοτική οδηγία 2004/18/ΕΚ, που ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ΠΔ 60/2007, και πλέον σήμερα

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

δυνάμει του Ν. 4412/2016 (Α' 147), που ενσωμάτωσε την οδηγία 2014/24/ΕΕ. Ωστόσο η παροχή των υπηρεσιών των κλάδων φύλαξης, καθαριότητας και σίτισης, υπό το ανωτέρω καθεστώς παρουσίασε εκτεταμένες παθογένειες, που θίγουν το δημόσιο συμφέρον, προς δύο κύριες κατευθύνσεις: Α) Η ανορθολογική λειτουργία των κανόνων του ανταγωνισμού και η απουσία ανώτατου πλαφόν του εργολαβικού ανταλλάγματος των δημοσίων συμβάσεων για την παροχή των υπηρεσιών αυτών οδήγησε σε μία υπερβολική αύξηση του κόστους τους Β) Μέσα από έρευνα που διενεργήθηκε (Ιανουαρίου 2009) από το Ινστιτούτο Εργασίας της ΓΣΕΕ/ΑΔΕΔΥ, καταγράφεται το πλαίσιο μέσα στο οποίο λειτουργούν οι εργολαβικές αναθέσεις (outsourcing) συνιστώντας μια ευέλικτη μορφή απασχόλησης εργατικού δυναμικού χαμηλού κόστους, η οποία ενισχύει τους όρους της εργασιακής ανασφάλειας και της κοινωνικής αβεβαιότητας. Τα ίδια φαινόμενα καταγράφονται σε νέα έκθεση του Ινστιτούτου Εργασίας της ΓΣΕΕ (Μάρτιος 2011). Ο συγκεκριμένος κλάδος εμφανίζει εκτεταμένη παραβατικότητα, όπως προκύπτει από τις συγκεντρωτικές καταστάσεις του μητρώου παραβατών στους κλάδους της φύλαξης και του καθαρισμού (βλ. 11386/29.7.2016 έγγραφο Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.Ε.Π.Ε.) -Κεντρική Υπηρεσία). Από το άρθρο 103 του Συντάγματος προκύπτει ότι πάγιες και διαρκείς ανάγκες καλύπτονται με την νομοθετική θέσπιση οργανικών θέσεων μόνιμου προσωπικού. Όμως, λόγω και της δημοσιονομικής κρίσης, πολλές εκ των οργανικών θέσεων των προσώπων που παρείχαν αυτού του είδους τις υπηρεσίες καταργήθηκαν, για την κάλυψη άλλων αναγκών του Δημοσίου [...]. Παράλληλα, λόγω των διεθνών δεσμεύσεων της χώρας, δεν είναι δυνατή η πρόσληψη μόνιμου προσωπικού, με την αντίστοιχη σύσταση οργανικών θέσεων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 103 παρ. 2 του Συντάγματος. Ειδικότερα, δυνάμει του άρθρου 11 του Ν.3833/2010 (Α' 40), προβλέπεται ότι δεν είναι δυνατός ο διορισμός μόνιμου προσωπικού ή προσωπικού με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, εφόσον υπερβαίνει μία συγκεκριμένη αναλογία έως τις 31-12-2018. Η αντιμετώπιση των προβλημάτων αυτών επιχειρήθηκε με τη θέσπιση αυτοτελών διατάξεων, όπως του άρθρου 97 του ν. 4368/2016 (Α' 21) για την αντιμετώπιση των σχετικών αναγκών στο Υπουργείο Υγείας [η διάταξη αυτή αφορούσε τη σύναψη συμβάσεων "έργου" και όχι εξαρτημένης εργασίας]



## Αριθμός απόφασης: 4/2018

[...]. Το Συμβούλιο της Επικρατείας (ΣτΕ), εξέδωσε τις αποφάσεις υπ' αριθ. 205 και 206/2016 σε σχέση με την εφαρμογή του άρθρου 97 του Ν. 4368/2016 με τις οποίες έκρινε ότι δεν είναι δυνατή η σύναψη των συμβάσεων έργου μόνον με φυσικά πρόσωπα και κατά παρέκκλιση της διαδικασίας που ορίζεται στις οδηγίες 2004/18/ΕΕ και 2014/24/ΕΕ [...]. Υπό τις έκτακτες και παροδικές συνθήκες οικονομικής κρίσης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η παρούσα προτεινόμενη διάταξη αποσκοπεί: α) Στην διασφάλιση δημοσιονομικού οφέλους που θα προκύψει από την σημαντική ελάφρυνση του προϋπολογισμού των αντίστοιχων φορέων, μέσω της εξοικονόμησης του εργολαβικού κέρδους που περιλαμβάνεται στο εργολαβικό αντάλλαγμα, β) Στην βελτίωση των συνθηκών εργασίας των εργαζομένων στις προαναφερόμενες επιχειρήσεις, αφού διασφαλίζεται η προσήκουσα αντιπαροχή και η τήρηση των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, γ) Στην αντιμετώπιση των επείγουσών ή απρόβλεπτων αναγκών των αποδεκτών των υπηρεσιών, που δεν μπορούν να ικανοποιηθούν μέσω της προκήρυξης και πλήρωσης οργανικών θέσεων, ενόψει των προεκτεθέντων, δ) Στην ρύθμιση του ζητήματος κατά τρόπο συμβατό προς το Σύνταγμα και το Ενωσιακό Δίκαιο[...].».

14. Επειδή, δυνάμει του άρθρου 107 του Ν. 4461/2017 «Μεταρρύθμιση της Διοικητικής Οργάνωσης των υπηρεσιών ψυχικής υγείας, Κέντρα Εμπειρογνωμοσύνης σπάνιων και πολύπλοκων νοσημάτων, τροποποίηση συνταξιοδοτικών ρυθμίσεων του Ν. 4387/2016 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 31), διορθώνεται-τροποποιείται το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 κατ' επέκταση της δυνατότητας εφαρμογής του σε νομικά πρόσωπα οποιασδήποτε μορφής που υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου Υγείας, υπό την ευθύνη των οποίων λειτουργούν ή πρόκειται να λειτουργήσουν χώροι παροχής πρωτοβάθμιας ή δευτεροβάθμιας ή τριτοβάθμιας φροντίδας υγείας.

15. Επειδή, στην παρ. 9 του άρθρου 21 «Προσωπικό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για κάλυψη παροδικών αναγκών» του Ν. 2190/1994 «Σύσταση ανεξάρτητης αρχής για την επιλογή προσωπικού και ρύθμιση θεμάτων διοίκησης» (ΦΕΚ Α' 28) προβλέπεται ότι : «Η ανακοίνωση κοινοποιείται στο ΑΣΕΠ. Ανακοίνωση που αφορά πρόσληψη προσωπικού με διάρκεια απασχόλησης μεγαλύτερη των 4 μηνών, εγκρίνεται ή

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

τροποποιείται μέσα σε 10 εργάσιμες ημέρες από την περιέλευση του αντίστοιχου σχεδίου στο ΑΣΕΠ. Εάν η προθεσμία των 10 ημερών παρέλθει άπρακτη, τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη του ΑΣΕΠ», ενώ αντίστοιχα, στον Ν. 3260/2004 «Ρυθμίσεις του συστήματος προσλήψεων και θεμάτων δημοσίας διοίκησης» (ΦΕΚ Α΄ 151) και δη στην παρ. 1 του άρθρου 3 (Θέματα προκηρύξεων-ανακοινώσεων) ορίζεται ότι : «Οι προθεσμίες ελέγχου των προκηρύξεων και ανακοινώσεων εκ μέρους του ΑΣΕΠ, που προβλέπονται στα άρθρα 1 παρ. 3 του Ν. 2527/1997 (ΦΕΚ Α΄ 206), 21 παρ. 9 του Ν. 2190/1994 (ΦΕΚ Α΄ 28) και 18 παρ. 8 του Ν. 2539/1997 (ΦΕΚ Α΄ 244) όπως ισχύουν, ορίζονται σε 20 εργάσιμες ημέρες...». Καθίσταται, επομένως, σαφές, ότι κάθε Ανακοίνωση Σ.Ο.Χ. συνιστά σύνθετη διοικητική πράξη, η οποία ενσωματώνει την ως άνω ρητή ή σιωπηρή θετική σύμφωνη γνώμη περί της νομιμότητας της πρόσληψης από τον μόνο αρμόδιο για τον έλεγχο νομιμότητας προσλήψεων στον δημόσιο τομέα φορέα, ήτοι το Α.Σ.Ε.Π., η δε θετική αυτή γνώμη συνιστά και την αιτιολογία της τελικής εκτελεστής πράξης (βλ. ΣτΕ 934/2013, 1569/2012).

16. Επειδή στην αιτιολογική σκέψη της παρ. 5 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σημειώνεται ότι: «Θα πρέπει να υπενθυμιστεί ότι καμία διάταξη της παρούσας οδηγίας δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα μέσα πλην των δημόσιων συμβάσεων κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας. Η παροχή υπηρεσιών που βασίζεται σε νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή σε συμβάσεις εργασίας δεν θα πρέπει να καλύπτεται». Σύμφωνα, με την παραπάνω διάταξη, το κάθε κράτος-μέλος έχει τη διακριτική ευχέρεια στο πλαίσιο νομοθετικών διατάξεων (ή κανονιστικών πράξεων ή συμβάσεων εργασίας) να αυτο-οργανώνει την παροχή υπηρεσιών που τον αφορούν και με άλλα μέσα πέραν των δημοσίων συμβάσεων, όπως είναι τα ίδια μέσα αλλά και οι συμβάσεις εργασίας. Με άλλα λόγια δεν εγκαθιδρύεται υποχρέωση για την παροχή των υπηρεσιών από το κράτος μέσω εξωτερικών φορέων, δηλαδή νομικών προσώπων ή/και ατομικών επιχειρήσεων, που λειτουργούν ως εργολάβοι. Επίσης, δεν συνάγεται από την εν γένει νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου η κατά κανόνα υποχρέωση του κράτους-μέλους για τη σύναψη συμβάσεων με

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

εργολάβους για την κάλυψη των αναγκών τους. Η ανωτέρω σχετική αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και η νομολογία του ΔΕΕ (βλ. C-15/13, *Dantenlotsen Informationssysteme*, C-26/03, *Stadt Halle* και *RPL Lochau*), καθιστά υποχρεωτική την εφαρμογή της Οδηγίας μόνον όταν συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις της.

17. Επειδή, στις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής: α) 345 (Πεδίο Εφαρμογής) παρ. 1: «Οι διατάξεις του παρόντος ΒΙΒΛΙΟΥ (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των €60.000, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους» (όμοια η διάταξη του άρθρου 1α) Κανονισμού). β) 360 (Δικαίωμα άσκησης προσφυγής): «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής» (όμοια η διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Κανονισμού). γ) 367 (Διαδικασία λήψης απόφασης-συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ) παρ. 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...Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια» (όμοιες οι διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 και 18 παρ. 1,4 Κανονισμού). δ) 379 (Έναρξη ισχύος) παρ. 7 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116)): «Οι διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφέρονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος: ...».

18. Επειδή, στο ΒΙΒΛΙΟ Ι του Ν. 4412/2016, Μέρος Α' (Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες), ορίζεται ρητώς στο άρθρο 10 (Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών) (κατ' ενσωμάτωση του όμοιου άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), ότι: «*Το παρόν ΒΙΒΛΙΟ (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες: ...* **ζ) αφορούν συμβάσεις εργασίας ...**», όπως εν προκειμένω οι «*ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου*» οι οποίες ρυθμίζονται από όλες τις ανωτέρω αναφερόμενες νομοθετικές διατάξεις, δεν εμπίπτουν όμως στο Ν. 4412/2016, οπότε δεν αποτελούν αντικείμενο έννομης προστασίας βάσει των δικονομικών Οδηγιών για την παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων όπως αυτές ισχύουν και ενσωματώθηκαν με τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016 (άρθρο 1 παρ. 1γ του Ν. 4412/2016).

19. Επειδή, από τις σχετικές συζητήσεις στην Ζ' Αναθεωρητική Βουλή και το ανωτέρω 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 κάλυψή της, αλλά και αντιστρόφως μία εποχιακή ανάγκη να είναι απολύτως προβλέψιμη και μη επείγουσα.

20. Επειδή, εκ των ανωτέρω, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 επόμεν. του ν.4412/2016, που ενσωμάτωσε την Οδηγία 89/665/ΕΚ, ως τροποποιηθείσα ισχύει κατά πράξεων που αποφαινόνται επί συμβάσεων εργασίας, οι οποίες ρητώς εξαιρούνται και δεν εμπίπτουν *ratione materiae* στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και βάσει των οποίων τηρείται διαδικασία εκτός του ανωτέρω πλαισίου για τη σύναψη σύμβασης εργασίας,

ήτοι αναμφισβήτητα μη δημόσιας σύμβασης (βλ. σχετικά και σκ.16 της ΣΤΕ Ε.Α. 205/2016). Τούτο διότι οι κανόνες διαφάνειας και αξιοκρατίας που διέπουν την διαδικασία σύναψης συμβάσεων με φυσικά πρόσωπα, στο πλαίσιο εξαρτημένης εργασίας, αποτελούν εσωτερικό ζήτημα των κρατών-μελών, μη ρυθμιζόμενο από τις ανωτέρω Οδηγίες και διαφοροποιούνται ευλόγως των αντίστοιχων κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους οικονομικούς φορείς κατά την έννοια της υποπαραγράφου 5 της παρ.1 του άρθρου 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

21. Επειδή, όλως επικουρικώς, έχει κριθεί ότι σκοπός των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων είναι τόσο η αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποβάλλοντες προσφορά ή υποψήφιοι κατά τη σύναψη οποιασδήποτε συμβάσεως στην οποία προβαίνουν οι αναθέτουσες αρχές, όσο και ο αποκλεισμός του ενδεχομένου ένας οργανισμός ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, να καθορίζει τη στάση του με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως (βλ., στο πνεύμα αυτό, C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria* κ.λπ., σκέψη 33, C-360/96 *BFI Holding*, σκέψεις 42 και 43, C-380/98 *University of Cambridge*, σκέψεις 16-17). Σε καμία περίπτωση συνεπώς δεν απαγορεύεται, επί τη βάση ακριβώς εκτιμήσεων οικονομικής φύσεως, ένας οργανισμός δημοσίου δικαίου να προσφύγει σε ίδια μέσα, προκειμένου να εξυπηρετήσει τις ανάγκες του. Στο πλαίσιο αυτό, ο Οργανισμός μπορεί να καταφύγει και σε προσκλήσεις εκδηλώσεως ενδιαφέροντος **προς φυσικά πρόσωπα προκειμένου να του παράσχουν αποκλειστικά και μόνο την εργασία τους αυτοπροσώπως**, χρησιμοποιώντας κατά τα λοιπά τα μέσα που διαθέτει ο Οργανισμός (βλ. ΔΕΕ C - 389/92, *Ballast Nedam Groep*, σκέψη 13, C- 76/98, *Holst Italia*, σκέψη 26, C-399/98, *Ordine degli Architetti* κ.λπ., σκέψη 90, C-305/08, *CoNISMa* και C451/08, *Helmut Mueller GmbH*, σκέψεις 60 - 61).

22. Επειδή αντιστοίχως έχει κριθεί ότι μια δημόσια αρχή η οποία έχει την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής, έχει την ευχέρεια να εκτελεί τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος που της έχουν ανατεθεί με ίδια διοικητικά, τεχνικά και λοιπά μέσα, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς φορείς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες της (βλ. C-26/03, *Stadt*

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

*Halle και RPL Lochau* (σκέψη 48), *C-324/07, Coditel Brabant* (σκέψη 48), *C-480/06, Επιτροπή κατά Γερμανίας* (σκέψη 45), και *C-573/07, Sea* (σκέψη 57), βλ. στο πνεύμα αυτό και *C-360/96, BFI Holding*, σκέψη 41).

23. Επειδή με την υπ' αριθμ. 5/2017 πράξη της Επιτροπής του άρθρου 1 του Ν. 3900/2011 διατάχθηκε, κατ' αποδοχή σχετικού αιτήματος, η εισαγωγή στο Συμβούλιο της Επικρατείας της από 19-12-2016 αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και της συναφούς αίτησης ακύρωσης άλλου οικονομικού φορέα, που 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 σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3886/2010, Α' 173) και στρεφόταν κατά πράξεων με τις οποίες αποφασίστηκε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου προς επίλυση του τιθέμενου και στην υπό κρίση προσφυγή ζητήματος της συμφωνίας των ανωτέρω διατάξεων προς το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Σύνταγμα, το οποίο έχει συνέπειες για ευρύτερο κύκλο προσώπων. Με την αυτή πράξη έγινε δεκτό, κατά πλειοψηφία, ότι οι ως άνω αιτήσεις έπρεπε να εισαχθούν στο Γ' Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας (ως αφορώσες πρόσληψη προσωπικού ΝΠΔΔ), η δε αίτηση προσωρινής δικαστικής προστασίας να εκδικασθεί ως αίτηση αναστολής κατά το άρθρο 52 του πδ 18/1989, ως ισχύει. Περαιτέρω, ομοίως έχει κρίνει - επί αιτήσεων αναστολής κατά εκδοθέντων αποφάσεων της ΑΕΠΠ- ότι η αντίστοιχη αίτηση αναστολής πρέπει να εκδικασθεί ως αίτηση αναστολής του άρθρου 52 του π.δ 18/1989 και ως εκ τούτου να παραπεμφθεί στο αρμόδιο κατά το άρθρο αυτό, σε συνδυασμό με το άρθρο 4 παρ. 2 του ν. 702/1977 (Α'268) (τριμελές) Συμβούλιο του Δικαστηρίου τούτου (ΔΕΦΑΘ 376/2017, 378/2017).

24. Επειδή, περαιτέρω, στην 1305/2017 απόφαση, με την οποία το Συμβούλιο της Επικρατείας απέστειλε προδικαστικά ερωτήματα χωρίς να εκφέρει ίδια εκτίμηση επ' αυτών, διατυπώθηκε και μειοψηφούσα άποψη, κατά την οποία δεν συνέτρεχε λόγος προδικαστικής παραπομπής, διότι «*εναπόκειται στην ευχέρεια των κρατών μελών να επιλέγουν ένα μέσο όπως οι επίμαχες συμβάσεις εργασίας, κατ' αποκλεισμό των δημοσίων συμβάσεων*»

## **Αριθμός απόφασης: 4/2018**

και «διότι κατά τη σαφή έννοια της οδηγίας 89/665/EK οι διατάξεις της δεν εφαρμόζονται σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων απασχόλησης, όπως αυτές του άρθρου 63 του ν. 4430/2016, διότι αυτές εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ» (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 171/2017).

25. Επειδή έχει κριθεί ότι οι εν λόγω συμβάσεις εργασίας εμπίπτουν καταρχήν στην εν λόγω εξαίρεση του άρθρου 10 περ. ζ της Οδηγίας 2014/14/ΕΕ [βλ. ΔεφΑθ (ΑΣΦ) 343/2017] και ότι «δεν μπορεί να πιθανολογηθεί σοβαρώς ότι υφίσταται άλλη ειδική ή γενική διάταξη ή γενική αρχή είτε του ενωσιακού δικαίου, είτε του εθνικού δικαίου που να επιβάλλει στους αναθέτοντες φορείς να καλύπτουν τις ανάγκες τους κατά προτεραιότητα μέσω οικονομικών φορέων και μόνο κατ' εξαίρεση ή με ειδική αιτιολογία με ίδιο προσωπικό» (βλ. ΔεφΑθ 374/2017).

26. Επειδή ο ορισμός μιας σύμβασης ως «δημόσιας σύμβασης» ανάγεται στο ενωσιακό δίκαιο και δεν ασκεί επιρροή ο χαρακτηρισμός της από το εθνικό δίκαιο για να κριθεί αν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αλλά ούτε ο νομικός χαρακτηρισμός από τα αντισυμβαλλόμενα μέρη. Ωστόσο, ο νομικός χαρακτηρισμός των συμβάσεων που εμπίπτουν στις εξαιρέσεις του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως, εν προκειμένω, οι συμβάσεις εργασίας, και η επιλογή των εφαρμοστέων κανόνων δικαίου σ'αυτές ανήκει στον εθνικό δικαστή (πρβλ. για άλλες εξαιρέσεις συμβάσεων από το πεδίο εφαρμογής Οδηγίας περί Δημοσίων Συμβάσεων απόφ. ΕΑ ΣτΕ 583/2011, ΕΣ VI Τμ. 2552/2013), ο οποίος έχει, σε κάθε περίπτωση, τη δυνατότητα υποβολής προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΕ σχετικά με την ερμηνεία του ενωσιακού δικαίου.

27. Επειδή οι ως άνω προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν κατ' εφαρμογήν του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 που προβλέπει τη δυνατότητα σύναψης συμβάσεων εργασίας που ρητώς εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά τα ως άνω, και κατ' επέκταση του πεδίου εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665/EK κατά τη ρητή διάταξη της παρ. 1 του άρθρου αυτής που καθορίζει την παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς το αντικείμενο των προσβαλλόμενων πράξεων αφενός αποκλείει, εν προκειμένω, την εφαρμογή της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK ως ισχύει και αφετέρου οι εν λόγω

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

πράξεις δεν μπορούν να θεωρηθούν ως προπαρασκευαστικές ή έστω αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως εφόσον λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο διαδικασίας και αλληλουχίας πράξεων που σκοπούν στη σύναψη συμβάσεων εργασίας.

28. Επειδή, περαιτέρω, επισημαίνεται ότι αμφότερα τα ανωτέρω συστήματα (είτε κατά το στάδιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης είτε κατά την πρόσληψη προσωπικού ΝΠΔΔ) προβλέπουν την παροχή αποτελεσματικής έννομης/δικαστικής προστασίας (κατά τα άρθρα 20 παρ. 1 Συντ., 47 ΧΘΔΕΕ και 6 ΕΣΔΑ), υφισταμένης της δυνατότητας έκδοσης προσωρινής διαταγής και ταχείας εκδίκασης της αίτησης, ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού από τους διαδίκους, αναλόγως της κρισιμότητας και των περιστάσεων, της εκάστοτε υπόθεσης.

29. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, οι συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν από το Γενικό Νοσοκομείο Αττικής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ-ΑΜ. ΦΛΕΜΙΓΚ» δυνάμει της διαδικασίας που εκκίνησαν οι προσβαλλόμενες πράξεις και δεν έχει ακόμα ολοκληρωθεί, εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΑ Ι και ΙV, συνεπώς, αναρμοδίως εισάγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ η κατατεθείσα Προδικαστική Προσφυγή. Επισημαίνεται, όλως επικουρικός, ότι η υπό κρίση διαφορά δεν εμφανίζει κανένα στοιχείο συνδέσεως προς τις προβλεπόμενες από το κοινοτικό δίκαιο απαιτήσεις στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας υπηρεσιών. Το δε άρθρο 56 της ΣΛΕΕ δεν τυγχάνει εφαρμογής, αφού όλα τα στοιχεία της ένδικης διαφοράς επικεντρώνονται εντός ενός και μόνον κράτους μέλους, γεγονός που δεν εμφανίζει κανένα στοιχείο συνδέσεως προς μία από τις προβλεπόμενες από το κοινοτικό δίκαιο καταστάσεις στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προσώπων και υπηρεσιών (βλ. C-108/98, *RI.SAN Sri*, σκέψεις 21-23, C-145/08, *Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι ΑΕ* κλπ. σκέψη 62-63).

30. Επειδή, δυνάμει του άρθρου 10 περ. ζ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της οι συμβάσεις απασχόλησης, ήτοι οι συμβάσεις εργασίας, όπως εν προκειμένω. Συντρεχούσης της εξαιρέσεως αυτής, οι κανόνες περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν έχουν εφαρμογή (ΣΤΕ Ε.Α. 206/2016, σκ.20). Ο λόγος που εισήχθη θεσμικά η εξαίρεση της εφαρμογής των συμβάσεων



## Αριθμός απόφασης: 4/2018

εργασίας δικαιολογείται από το γεγονός ότι με την σύναψη της σύμβασης εργασίας εγκαθιδρύεται μία στενότερη έννομη σχέση έναντι εκείνης που εγκαθιδρύεται με την σύναψη σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών (C-271/08, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως *Eur. Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας*, της 14-4-2010, σκ.138). Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός είναι να μην παρεμποδίζουν οι κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων τους εργοδότες, κατά την απόφαση περί επιλογής των εργαζομένων τους, να λαμβάνουν υπόψη και εξατομικευμένα στοιχεία (C-271/08, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως, *Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας*, σκ.139). Επειδή, επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά πράξεως, που αφορά σε συμβάσεις εργασίας, οι οποίες ρητώς εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και συνακόλουθα από τις δικονομικές Οδηγίες, κρίνεται ως απαράδεκτη λόγω καθ' ύλην αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ (βλ. ενδεικτικά και αποφάσεις ΑΕΠΠ 67-69/2017, 74-75/2017, 79/2017, 101/2017, 109/2017, 111/2017, 123/2017, 177/2017, 184/2017, 205/2017, 210/2017, 216/2017).

31. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη της παρ. 5 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το κάθε κράτος-μέλος έχει την ευχέρεια στο πλαίσιο νομοθετικών διατάξεων (ή κανονιστικών πράξεων ή συμβάσεων εργασίας) να αυτο-οργανώνει την παροχή υπηρεσιών που τον αφορούν και με άλλα μέσα πέραν των δημοσίων συμβάσεων, όπως άλλωστε είναι και οι συμβάσεις εργασίας. Επομένως, δεν συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας η μη προκήρυξη διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (ΣτΕ 8801/2016) καθώς κάτι τέτοιο προϋποθέτει – μη υφιστάμενη – διαρκή υποχρέωση της Ελλάδος ως κράτος-μέλος της Ε.Ε., να καλύπτει τις ανάγκες της μέσω της παροχής υπηρεσιών τρίτων προσώπων, και όχι μέσω ίδιων μέσων, όπως οι συμβάσεις εργασίας, για τις οποίες απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι αντιτίθενται στο Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο.

32. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά πράξεων που προηγούνται της ενάρξεως τυπικής σύναψης δημόσιας σύμβασης κρίνεται με βάση την σωρευτική πλήρωση των εξής δύο προϋποθέσεων : α) Να εκφράζουν την απόφαση να μην κινηθεί διαδικασία

## Αριθμός απόφασης: 4/2018

αναθέσεως σύμφωνα με τα όσα ορίζει η οδηγία 2014/24/ΕΕ σε συνδυασμό με την Οδηγία 89/665/ΕΚ και β) Να αποφαίνονται επί δημόσιας σύμβασης, δηλαδή να αποτυπώνουν τον ισχυρισμό ότι μία συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των συγκεκριμένων οδηγιών (C-26/03, *Stadt Halle κατά Prl Lochau*, σκ. 35-41). Επισημαίνεται ότι η εν λόγω νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου ευλόγως έκρινε ως ανωτέρω, αφού διαφορετική άποψη θα είχε ως αποτέλεσμα να παρακάμπτονται οι κανόνες διαφάνειας του συντονισμού των δημοσίων προμηθειών που ρυθμίζονται από το κοινοτικό κεκτημένο, ανάλογα με την βούληση της αναθέτουσας αρχής. Η σχετική μάλιστα δικαστική απόφαση αφορούσε όχι σε σύναψη συμβάσεων εργασίας, αλλά σε απόφαση δημοτικού συμβουλίου για την ανάθεση ανεξάρτητης υπηρεσίας σε εταιρεία, χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού. Παράλληλα, δεν έχει κριθεί ουδέποτε από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ότι απόφαση αρχής να συνάψει σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, που ρητώς εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, μπορεί να προσβληθεί ως δήλωση μη συνάψεως δημόσιας σύμβασης.

33. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, με τις προσβαλλόμενες πράξεις δεν εκδηλώθηκε η αυθαίρετη βούληση του ως άνω Νοσοκομείου μη διενέργειας διαγωνισμού για την σύναψη δημόσιας σύμβασης, αλλά, στα πλαίσια της αρχής της νομιμότητας που διέπει τη δράση των διοικητικών οργάνων, αποφασίστηκε η εφαρμογή διατάξεων νόμου (άρθρα 63 του Ν. 4430/2016, 107 του Ν.4461/2017 και 21 του Ν. 2190/1994) που προβλέπουν ρητώς και οργανώνουν την δυνατότητα κάλυψης εκτάκτων και απρόβλεπτων περιστάσεων των εν λόγω ΝΠΔΔ μέσω συμβάσεων εργασίας.

34. Επειδή, επομένως το ερώτημα που, αναρμοδίως και άρα απαραδέκτως, τίθεται ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι εάν είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο και το Σύνταγμα η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, ήτοι η με διάταξη νόμου προσφυγή των φορέων του Δημοσίου στη σύναψη συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, υπό τη συνδρομή απρόβλεπτης και επείγουσας περίπτωσης, και κατά παρέκκλιση από κάθε άλλη γενική ή ειδική διάταξη νόμου.

35. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

**Αριθμός απόφασης: 4/2018**

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

37. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν.4412/2016) ύψους εξακοσίων (600) ευρώ.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 3 Ιανουαρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου**

**Ο Γραμματέας**

**Σταμάτιος Μαλινδρέτος**