



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Λεωφόρος Θηβών 196-198

Αγ. Ιωάννης Ρέντης

Πειραιάς, Τ.Κ .18233

Κτίριο Κεράνη, 5^{ος} όροφος

Αριθμός Απόφασης 68/2017

Το 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής στις 06 Οκτωβρίου 2017, δυνάμει της με αριθμ. πρωτ. Οικ./ 286/ 18-9-2017 Πράξης του Προέδρου με την εξής σύνθεση: Στυλιανό Μαυρίδη, Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη μέλος και Γερασιμούλα -Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την με Γεν.Αριθ.Κατ. ΑΕΠΠ 59/31-8-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ /9/31-8-2017 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» κατά του Γενικού Νοσοκομείου «.....» και κατά: α) της με αριθμ. ../7-8-2017, θέμα 4^ο, απόφασης του ΔΣ του ανωτέρω νοσοκομείου, με την οποία αποφασίστηκε : 1. η έγκριση του υπ. αριθμ. πρωτ./19-05-2017 πρακτικού της επιτροπής Οικονομοτεχνικής Μελέτης Σχετικά με Σύναψη Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου για την Καθαριότητα του Νοσοκομείου. 2. Η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου που αφορούν την πρόσληψη 98 ατόμων για τη Καθαριότητα του Νοσοκομείου για την εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας στα πλαίσια του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 (Σύναψη Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου). 3. Η διενέργεια συνοπτικών διαγωνισμών με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την προμήθεια σχετικού εξοπλισμού-αναλωσίμων ως κάτωθι: Όχημα μεταφοράς μολυσματικών

απορριμμάτων τύπου van και οχήματος μεταφοράς κοινών απορριμμάτων (ΚΑΕ 9159), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 22.000 € περ/νου ΦΠΑ, Υλικά καθαρισμού απολύμανσης και καρότσια σφουγγαρίσματος (ΚΑΕ 1381), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 59.000€ περ/νου ΦΠΑ, Στολές εργασίας (συλλογικός ρουχισμός) (ΚΑΕ 1381), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 10.000 € περ/νου ΦΠΑ, Μηχανήματα Καθαρισμού (μηχανές πλύσεως στέγνωσης δαπέδου, περιστροφικές μηχανές, ηλεκτρικές σκούπες, πιεστικά μηχανήματα κλπ) (ΚΑΕ 7127), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 20.000,00 € περ/νου ΦΠΑ 4. Η επαναδιαπραγμάτευση για μείωση τιμής με την υπάρχουσα εταιρεία «.....» μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας σύναψης Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου για την Καθαριότητα του Νοσοκομείου για λόγους δημοσίου συμφέροντος β) κάθε συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη του ΔΣ του ως άνω νοσοκομείου που σχετίζεται με την ανωτέρω απόφαση και αναφέρεται στη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την καθαριότητα των χώρων του νοσοκομείου.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης της εισηγήτριας

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΤΟ ΝΟΜΟ

1.Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία 162384743957 1030 0087 ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600,00€.

2. Επειδή, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας εταιρίας, οι προσβαλλόμενες πράξεις θίγουν τα συμφέροντά της διότι εξαιτίας της απόφασης του Γενικού Νοσοκομείου «.....» να προβεί στη σύναψη συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, κατ' εφαρμογή του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, στερείται της δυνατότητας να της ανατεθούν οι επίμαχες συμβάσεις καθαριότητας μέσω δημόσιας σύμβασης, παρότι η ίδια αποτελεί μια επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα αυτό. Επί της ουσίας, η προσφεύγουσα με τους ισχυρισμούς της προβάλλει ότι οι διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 παραβιάζουν το

ενωσιακό δίκαιο και δη την κοινοτική οδηγία 2014/24/ΕΕ και τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ όπως και τις διατάξεις των άρθρων 103, 5 παρ. 1 και 25 παρ. 1 του Συντάγματος, επίσης, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 16, 15 παρ.1 και 52 παρ. 1 του ΧΘΔΕΕ, αλλά και ότι οι προσβαλλόμενες εκδόθηκαν σε παράβαση των προϋποθέσεων που θέτει η ίδια η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016.

3. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου της προσφυγής προκύπτει ότι τα υπό στοιχεία «3» και «4» σημεία της προσβαλλομένης πράξης/απόφασης του Δ.Σ. του νοσοκομείου δεν προσβάλλονται αυτοτελώς και ουδεμία αιτίαση προβάλλεται κατ' αυτών κι, επομένως δεν μπορούν παραδεκτώς να εξεταστούν αυτοτελώς, αλλά, συμπροσβάλλονται ως συνέπεια της απόφασης του νοσοκομείου να προβεί στη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας στα πλαίσια του άρθρου 63 Ν. 4430/2016.

4. Επειδή, στην παρ. 5 της αιτιολογικής έκθεσης της υπ' αριθμ.2014/24/ΕΕ Οδηγίας 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 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. Με άλλα λόγια δεν εγκαθιδρύεται υποχρέωση για την παροχή των υπηρεσιών από το κράτος μέσω εξωτερικών φορέων, δηλ. εργολάβων. Επίσης, από κανένα σημείο της νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου δεν προκύπτει η κατά κανόνα υποχρέωση του κράτους-μέλους για τη σύναψη συμβάσεων με εργολάβους για την κάλυψη των αναγκών τους. Η ανωτέρω σχετική αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και η νομολογία του ΔΕΚ (βλ. C-15/13, Dantenlotsen Informationssysteme, C-26/03, Stand

Halle και RPL Lochau), καθιστά υποχρεωτική την εφαρμογή της Οδηγίας μόνον όταν συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις της.

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 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 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 προβλεπομένων στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 3 είτε πρόσκαιρων είτε απρόβλεπτων και επειγουσών αναγκών κατά το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2. 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.....».

7.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.

8.Επειδή, κατά το άρθρο 63 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 φύλαξης 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. 2. Ως προς την ανώτατη χρονική διάρκεια των συμβάσεων εφαρμόζονται τα άρθρα 5, 6 και 7 του π.δ. 164/2004 (Α 135) και απαγορεύεται η μετατροπή τους σε συμβάσεις αορίστου χρόνου. Το κόστος σύναψης των συμβάσεων αυτών βαρύνει και εκκαθαρίζεται σε βάρος των πιστώσεων των προϋπολογισμών των φορέων της παραγράφου 1 του παρόντος και πρέπει να βρίσκεται εντός των ορίων των εγγεγραμμένων διαθέσιμων πιστώσεων του*

προϋπολογισμού τους, όπως αυτές έχουν εκτιμηθεί για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας, σίτισης και φύλαξης. 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 (Α 28) και των κατ εξουσιοδότηση κανονιστικών πράξεων, όπως ισχύουν από μη αμειβόμενη τριμελή επιτροπή που συγκροτείται ειδικά για το σκοπό αυτόν από τους φορείς της παραγράφου 1, με απόφαση του οικείου μονομελούς ή συλλογικού οργάνου Διοίκησής τους, τηρούμενων των διατάξεων των παραγράφων 5 και 15 του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 (Α 28).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 πέντε (5) ημερών από τη σύνταξή τους. 4. Εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την άσκηση της ένστασης του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 11Β του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 (Α 28), ή αυτεπαγγέλτως εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από τη δημοσιοποίηση ή αποστολή των πινάκων, το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (Α.Σ.Ε.Π.) ασκεί έλεγχο νομιμότητας επί των πράξεων της παραγράφου 3 και εκδίδει σχετική απόφαση, την οποία και κοινοποιεί στον ενδιαφερόμενο και στο φορέα, τηρουμένων των διατάξεων της παραγράφου 4 του άρθρου 7 του Ν. 2527/1997 (Α 206) και των παραγράφων 13 και 20 του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 (Α 28).....».

9. **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/EK, που ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ΠΔ 60/2007, και πλέον σήμερα 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] [...]. 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/ΕΚ 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 επειγουσών 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[...]

10.Επειδή, σύμφωνα με την παράγραφο 9 του άρθρου 21 του ν.2190/1994 ορίζεται ότι: «.....9. Η ανακοίνωση κοινοποιείται στο Α.Σ.Ε.Π.. Ανακοίνωση που αφορά πρόσληψη προσωπικού με διάρκεια απασχόλησης μεγαλύτερη των τεσσάρων (4) μηνών, εγκρίνεται ή τροποποιείται μέσα σε δέκα (10) εργάσιμες ημέρες από την περιέλευση του αντίστοιχου σχεδίου στο Α.Σ.Ε.Π.. Εάν η προθεσμία των δέκα (10) ημερών παρέλθει άπρακτη, τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη του Α.Σ.Ε.Π. Μετά την κοινοποίηση της ανακοίνωσης στο Α.Σ.Ε.Π., όσον αφορά την ανακοίνωση για πρόσληψη προσωπικού με διάρκεια απασχόλησης μικρότερη των τεσσάρων (4) μηνών ή μετά την έγκριση ή τροποποίηση της ανακοίνωσης από το Α.Σ.Ε.Π. ή την πάροδο της ως άνω προθεσμίας των δέκα (10) ημερών, όσον αφορά την ανακοίνωση για πρόσληψη προσωπικού με διάρκεια απασχόλησης μεγαλύτερη των τεσσάρων (4) μηνών, η ανακοίνωση αναρτάται στο κατάστημα της οικείας υπηρεσίας και στο κατάστημα του δήμου ή της κοινότητας στην οποία αυτή εδρεύει.». Με την παράγραφο 1 του άρθρου 3 του Ν.3260/2004 ορίζεται ότι: "Οι

προθεσμίες ελέγχου των προκηρύξεων και ανακοινώσεων εκ μέρους του Α.Σ.Ε.Π., που προβλέπονται στα άρθρα 1 παρ. 3 του ν. 2527/1997, 21 παρ. 9 του ν. 2190/1994 και 18 παρ. 8 του ν. 2539/1997 (ΦΕΚ 244 Α') όπως ισχύουν, ορίζονται σε είκοσι (20) εργάσιμες ημέρες.».

11. 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».

12. 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 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.

13. Επειδή, κατά την Αιτιολογική, εξάλλου, Έκθεση του Ν. 4412/2016, σελ. 70-71, προβλέπεται ότι με «.....το Βιβλίο IV ... προτείνεται ένα βελτιωμένο σύστημα έννομης προστασίας στο στάδιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Σύμφωνα με αυτό, κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και θίγεται από πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που εκδίδεται κατά το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης

δύναται να προσφύγει με προδικαστική προσφυγή ενώπιον ενός ανεξάρτητου διοικητικού οργάνου, την [Α.Ε.Π.Π.]... Η παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο από ένα ανεξάρτητο όργανο ... εκτιμάται ότι θα συμβάλει στην επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης διαφορών που αναφύονται κατά το στάδιο της ανάθεσης, ... Στο άρθρο 346 ορίζεται το περιεχόμενο της προστασίας που παρέχεται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Πιο συγκεκριμένα, κάθε ενδιαφερόμενος που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία κατά το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης δύναται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Σκοπός των διατάξεων του Τμήματος Ι είναι η εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος. Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμελειών. Επί πλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα.».

14. 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.

15. 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 εμπíπτουν 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 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.

16. Επειδή, εν προκειμένω, το Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου «.....» ενέκρινε τη σύναψη συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 και κρίνοντας ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις υπαγωγής σε αυτή.

17. Επειδή, επομένως το ερώτημα που τίθεται είναι εάν είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο και το Σύνταγμα η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2015, 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.

18. Επειδή, η προσβαλλομένη πράξη όσον αφορά τα σημεία υπό «1» και «2» αυτής (1. η έγκριση του υπ. αριθμ. πρωτ./19-05-2017 πρακτικού της επιτροπής Οικονομοτεχνικής Μελέτης Σχετικά με Σύναψη Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου για την Καθαριότητα του Νοσοκομείου. 2. Η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου που αφορούν την πρόσληψη 98 ατόμων για τη Καθαριότητα του Νοσοκομείου για την εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας στα πλαίσια του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 (Σύναψη Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου), αποτελεί αποσπαστή διοικητική πράξη, η οποία εκδίδεται στο πλαίσιο μιας σύνθετης διοικητικής ενέργειας που αποσκοπεί στη σύναψη συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, σύμφωνα με τη διαδικασία που ορίζει το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 σε συνδυασμό με τις οικείες διατάξεις του Ν. 2190/1994. Έτσι το κύριο αντικείμενο της εν λόγω πράξης είναι η παροχή εξαρτημένης εργασίας. Όπως άλλωστε συνάγεται από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο πυρήνας των νομικών αιτιάσεων της θίγει το σύννομο της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, με αποτέλεσμα οι ισχυρισμοί της να αποσκοπούν στη διάγνωση της συμβατότητας με το Σύνταγμα και τους νόμους του κανόνα δικαίου που θεσπίζει η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4412/2016 για τη σύναψη των συμβάσεων εργασίας. Ως εκ τούτου, προεξάρχον στοιχείο της υπό κρίση διαφοράς αποτελεί η διάγνωση του χαρακτήρα των συμβάσεων για πρόσληψη προσωπικού στο Δημόσιο, υπό το πρίσμα της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4412/2016.

19. Επειδή, το γεγονός ότι πυρήνας της υπό κρίση διαφοράς αποτελεί η διάγνωση του χαρακτήρα των συμβάσεων για πρόσληψη προσωπικού στο Δημόσιο, υπό το πρίσμα της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4412/2016, συνάγεται σαφώς και από την υπ' αριθ. 1305/2017 απόφαση του ΣτΕ (Γ' Τμήμα) όπου το δικαστήριο, κατά τη συνεκδίκαση αιτήσεων ακύρωσης συναφών με την υπόθεση της υπό κρίση προσφυγής, αποφάσισε να απέχει από την έκδοση οριστικής απόφασης και να

παραπέμπει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης προδικαστικά ερωτήματα, μεταξύ των οποίων και το ερώτημα εάν για το χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως «σύμβασης απασχόλησης» αρκεί 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 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').

20. Επειδή, περαιτέρω, κρίσιμο στοιχείο για τη διάγνωση της κριθείσας διαφοράς αποτελεί το γεγονός ότι η προσφυγή στη σύναψη των επίμαχων συμβάσεων γίνεται υπό το πρίσμα της έκτακτης/επείγουσας περίπτωσης, όπως προβλέπει το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016. Τούτο δε αποτυπώνεται και στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα που απευθύνεται προς το ΔΕΕ, όπου αναδεικνύεται η ανάγκη οριοθέτησης του δημόσιου συμφέροντος, άλλως των έκτακτων περιστάσεων, κατ' επίκληση των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στη σύναψη συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας και δια τούτο σοβαρός περιορισμός στην άσκηση θεμελιωδών ελευθεριών κατά το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο.

21. Επειδή, τούτων δοθέντων, η υπό κρίση προσφυγή θίγει το χαρακτήρα των επίμαχων συμβάσεων ως συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου όπως και το σύννομο της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 δυνάμει της οποίας θεσμοθετείται η δυνατότητα των φορέων του Δημοσίου να προσλαμβάνουν προσωπικό με την αυτή σχέση εργασίας, διαφορά που γεννά κατ' εξοχήν 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, και ως

εκ τούτου ως τέτοια υπάγεται στην ακυρωτική αρμοδιότητα του αρμόδιου δικαστηρίου κατά τις διατάξεις του Π.Δ. 18/1989 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Ν. 702/1977.

22. Επειδή, η φύση της υπό κρίση διαφοράς διαγνώστηκε και με τις υπ' αριθ. 5/2017 και 6/2017 πράξεις της Επιτροπής του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3900/2010, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, με τις οποίες διατάχθηκε η εισαγωγή 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 αναφέρονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ενόψει του ότι με τις επίμαχες αιτήσεις ακύρωσης θίγεται το γενικότερο ενδιαφέροντος ζήτημα της συμφωνίας προς το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Σύνταγμα των διατάξεων του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, ζήτημα το οποίο έχει συνέπειες για ευρύτερο κύκλο προσώπων. Με τις ως άνω πράξεις 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.

23. Επειδή, από το σύνολο των ανωτέρω περιστάσεων, όπως και από το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 συνάγεται ότι, οι προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν κατ' εφαρμογή της ως άνω διάταξης και όπως ρητά ορίζεται σε αυτή «κατά παρέκκλιση από κάθε άλλη γενική ή ειδική διάταξη νόμου». Το αυτό συνάγεται και από το σώμα της προσβαλλομένης πράξης όπου μνημονεύεται τόσο ο Ν. 4412/2016 όσο και ο Ν. 4430/2016, με σαφήνεια δε αποτυπώνεται και στην άποψη της μειοψηφίας όπου επί λέξει αναφέρονται τα

εξής: «*Διαφωνούμε με τη σύναψη Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου για την καθαριότητα του Νοσοκομείου για λόγους δημοσίου συμφέροντος, διότι η εύρυθμη και ασφαλής λειτουργία του Νοσοκομείου προϋποθέτει την πρόσληψη και στελέχωση με μόνιμο προσωπικό που καλύπτει πάγιες και διαρκείς ανάγκες*».

24. Επειδή, υπό την ως άνω περίπτωση, η προσβαλλομένη πηγάζει από την ευθεία παρέκκλιση που ρητώς θεσμοθετεί το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 από κάθε άλλη γενική ή ειδική διάταξη νόμου που αφορά στη σύναψη συμβάσεων για τους τομείς της καθαριότητας, της εστίασης, της σίτισης και της φύλαξης.

25.Επειδή, εκ των ανωτέρω, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 επόμε. του ν.4412/2016, που εφάρμοσε την Οδηγία 89/665/ΕΚ, κατά πράξεων που αποφαινόνται επί συμβάσεων εργασίας, οι οποίες δεν εμπίπτουν βάσει του αντικειμένου τους στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 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.

26.Επειδή, σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, με τις προσβαλλόμενες πράξεις δεν εκδηλώθηκε η βούληση για τη μη διενέργεια διαγωνισμού για την σύναψη δημόσιας σύμβασης, αλλά για την κάλυψη εκτάκτων και απρόβλεπτων περιστάσεων, μέσω συμβάσεων εργασίας.

27.Επειδή, είναι διάφορο το ζήτημα της παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής κατά πράξεων που προηγούνται της διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης. Κατά την νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, που επικαλείται και

η προσφεύγουσα, είναι δεκτική η προσφυγή κατά δήλωσης βούλησης της αναθέτουσας αρχής, αλλά υπό δύο προϋποθέσεις : α) Να εκφράζει την απόφαση να μην κινηθεί διαδικασία αναθέσεως σύμφωνα με όσα ορίζει η Οδηγία 2014/24 και β) Να αποφαίνονται επί δημόσιας σύμβασης, δηλ. να αποτυπώνει τον ισχυρισμό ότι μια συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των συγκεκριμένων Οδηγιών (C-26/03, Stadt Halle κατά Prl Lochau σκ.35-41). Να σημειωθεί ότι η ανωτέρω νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου ευλόγως έκρινε ως ανωτέρω, αφού διαφορετική άποψη θα είχε ως αποτέλεσμα να παρακάμπτονται οι κανόνες διαφάνειας των δημοσίων προμηθειών που ρυθμίζονται από το κοινοτικό κεκτημένο, ανάλογα με τη 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 εταιρία, χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού. Παράλληλα πουθενά στην νομολογία του ΔΕΕ δεν συναντάται επιχείρημα ότι απόφαση αναθέτουσας αρχής να συνάψει μη δημόσια σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, που ρητώς εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24, μπορεί να προσβληθεί ως δήλωση μη σύναψης δημόσιας σύμβασης.

28. Επειδή, Από τον συνδυασμό όλων των παραπάνω διατάξεων καθίσταται σαφές ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις αφορούν σε σύμβαση εργασίας, που υπάγεται σε συγκεκριμένο νομοθετικό πλαίσιο και δη στα άρθρα 63 του ν. 4430/2016, 107 του ν.4461/2017 και 21 του ν. 2190/1994 και όχι στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 που αφορά στις δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες η ΑΕΠΠ έχει αποκλειστικά αρμοδιότητα εκδίκασης προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών και ως εκ τούτου η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, λόγω έλλειψης αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ. Η αρμοδιότητα ελέγχου και ακύρωσης της Α.Ε.Π.Π. εκτείνεται αποκλειστικά επί πράξεων και παραλείψεων που ανήκουν ορισμένα και συγκεκριμένα στο λεγόμενο «προσυμβατικό» στάδιο, ήτοι τη συγκεκριμένη διαδικασία και αλυσίδα επιμέρους σταδίων, που σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016, κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας και υπηρεσίας.

29. Επειδή, εκδηλώθηκε και αντίθετη άποψη και συγκεκριμένα κατά την γνώμη του Προέδρου και Εισηγητή Στυλιανού Μαυρίδη, ο οποίος μειοψήφησε, η Διοίκηση όφειλε, ενόψει της αρχής της αποτελεσματικής εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης, της αρχής της προστασίας της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία συνιστά γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης και κατοχυρώνεται με το άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της αρχής της χρηστής διοίκησης που διέπει το σύνολο των λειτουργιών της, να αναμένει την απόφαση του ΔΕΕ επί των προδικαστικών ερωτημάτων που τέθηκαν με την υπ' αριθ. 1305/2017 απόφαση του ΣτΕ (Γ' Τμήμα) αναφορικά με το υπό κρίση θέμα και επομένως να γίνει δεκτή η παρούσα Προδικαστική Προσφυγή. Ειδικότερα, κατά την γνώμη του μειοψηφήσαντος, η υπό κρίση προσφυγή παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ με βάση το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περί δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του πλαισίου μια τυπικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, όπως έχει ήδη κριθεί (ΣτΕ 1305/2017), «κατά τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., ενόψει των σκοπών, της οικονομίας και του γράμματος της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395) και ιδίως του άρθρου 1 αυτής [όπως ισχύει μετά τις οδηγίες 2077/66/ΕΚ (L 335) και 2014/23/ΕΕ (L 94)], προκειμένου δε να διαφυλαχθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της, απόφαση δεκτική προσφυγής αποτελεί κάθε πράξη αναθέτουσας αρχής σχετική με δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περί δημοσίων συμβάσεων και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του πλαισίου μια τυπικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Ενόψει των ανωτέρω, το Δ.Ε.Ε. απέρριψε την άποψη ότι η οδηγία 89/665 δεν απαιτεί δικαστική προστασία για πράξεις εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, καθώς και ότι δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής κατά την οδηγία 89/665 η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει μια τέτοια διαδικασία ή η απόφαση της περί του ότι μια δημόσια σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης (Stadt Halle και RPL Lochau, σκ. 34, 36 και 37)».

Επίσης, στην ανωτέρω υπ' αριθ. 1305/2017 απόφαση του ΣτΕ το Δικαστήριο, κατά τη συνεκδίκηση αιτήσεων ακύρωσης συναφών με την υπόθεση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, αποφάσισε να απέχει από την έκδοση οριστικής απόφασης και να παραπέμψει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης προδικαστικά ερωτήματα, μεταξύ των οποίων και το ερώτημα εάν για το χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως «σύμβασης απασχόλησης» αρκεί 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 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'). Εξάλλου κρίσιμο στοιχείο για τη διάγνωση της κριθείσας διαφοράς αποτελεί το γεγονός ότι η προσφυγή στη σύναψη των επίμαχων συμβάσεων γίνεται υπό το πρίσμα της έκτακτης/επείγουσας περίπτωσης, όπως προβλέπει το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016. Τούτο δε αποτυπώνεται και στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα που απευθύνεται προς το ΔΕΕ, όπου αναδεικνύεται η ανάγκη οριοθέτησης του δημόσιου συμφέροντος, άλλως των έκτακτων περιστάσεων, κατ' επίκληση των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στη σύναψη συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας και δια τούτο σοβαρός περιορισμός στην άσκηση θεμελιωδών ελευθεριών κατά το Σύνταγμα και το Ευρωπαϊκό δίκαιο. Έτσι, το Δικαστήριο με την ως άνω απόφασή του, η οποία σημειωτέον εκδόθηκε κατά την διαδικασία διεξαγωγής πρότυπης δίκης του άρθρου 1 του Ν. 3900/2010, ανέστειλε την πρόοδο της κύρια δίκης και υπέβαλε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αίτηση για την έκδοση προδικαστικής απόφασης σύμφωνα με το άρθρο 267 της ΣΛΕΕ, προκειμένου να διευκρινιστούν ζητήματα ερμηνείας των διατάξεων των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 89/665/ΕΟΚ τα οποία είναι κρίσιμα για την έκβαση της δίκης και ιδίως για την διάγνωση της

συμφωνίας των διατάξεων του άρθρου 63 του ν. 4430/2016 με το δίκαιο της Ένωσης.

Άλλωστε, αναφορικά με την πρακτική της Διοίκησης να μην απέχει από την σύναψη των ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, μέχρι την έκδοση απόφασης επί των προδικαστικών ερωτημάτων με την οποία θα λυθεί το ζήτημα της συμβατότητας των εθνικών διατάξεων με το Ενωσιακό δίκαιο, επισημαίνεται ότι δεν είναι συμβατή με τις επιταγές που είναι συμφυείς με την ίδια τη φύση του δικαίου της Ένωσης οποιαδήποτε διάταξη εθνικού δικαίου και οποιαδήποτε νομοθετική, διοικητική ή δικαστική πρακτική που έχει ως αποτέλεσμα τη μείωση της πρακτικής αποτελεσματικότητας του δικαίου της Ένωσης λόγω της μη αναγνώρισεως στο αρμόδιο για την εφαρμογή του δικαίου αυτού δικαστήριο της εξουσίας να πράττει, ακριβώς κατά τον χρόνο της εφαρμογής αυτής, οτιδήποτε είναι αναγκαίο ώστε να αποκλείεται η εφαρμογή των εθνικών νομοθετικών διατάξεων που παρακωλύουν ενδεχομένως την πλήρη αποτελεσματικότητα των κανόνων δικαίου της Ένωσης. (ΔΕΕ, Simmenthal, C-106/77, σκέψη 22, Factortame C-213/89, σκέψη 20, Åkerberg Fransson, C-617/10, σκέψη 46). Η Διοίκηση, επομένως, έχει υποχρέωση συναγόμενη από την αρχή της αποτελεσματικότητας στην εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης και από την αρχή της προστασίας της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία συνιστά γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης και κατοχυρώνεται με το άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, να μην διακυβεύει την δικαστική προστασία που δύνανται να λάβουν από την εφαρμογή των Οδηγιών οι θιγόμενοι στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, προς την ίδια κατεύθυνση κατατείνει και η αρχή της χρηστής διοίκησης (πρβλ. ΕΑΣτΕ 473/1995 και όμοιου περιεχομένου 474/1995, 475/1995) ώστε, «[...] οσάκις έχει κατατεθεί αίτηση ακυρώσεως κατά διοικητικής πράξεως και, συγχρόνως, αίτηση αναστολής εκτέλεσεως αυτής, οι αρχές της χρηστής διοικήσεως επιβάλλουν, ενόψει και της συνταγματικής κατοχυρώσεως της προσωρινής προστασίας (ΕπΑν 718/93), την κατ'αρχήν υποχρέωση αποχής της διοικήσεως από τη δημιουργία νέας πραγματικής καταστάσεως με την άμεση εκτέλεση της προσβληθείσης πράξεως πριν επιβληθή η οικεία Επιτροπή Αναστολών της εκδικάσεως της σχετικής αιτήσεως (πρβλ. ΕΑ 64,

338/1995). Η ίδια τακτική, ήτοι η αποχή της διοίκησης από οποιαδήποτε περαιτέρω ενέργεια στη διαδικασία σύναψης συμβάσεων, πρέπει να ακολουθηθεί και όταν εκκρεμεί απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και όχι μόνο όταν ζητείται η αναστολή εκτέλεσης μιας πράξης ενώπιον του εθνικού δικαστή, δεδομένου του αντίκτυπου που έχουν οι αποφάσεις του ΔΕΕ σε μεγάλο αριθμό εμπλεκόμενων μερών (*argumentum a minori ad majus*).

Από τα ανωτέρω συνάγεται πως η εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 κατά τον χρόνο που εκκρεμεί η έκδοση απόφασης του Δ.Ε.Ε. επί του υποβληθέντος προδικαστικού ερωτήματος και η οριστική επίλυση του ζητήματος στο πλαίσιο της πρότυπης δίκης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας μπορεί να έχει ως συνέπεια την εξαίρεση ενός σημαντικού τμήματος της εσωτερικής αγοράς δημοσίων συμβάσεων από την εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης και να θέσει σε σοβαρό κίνδυνο την πρακτική αποτελεσματικότητα των ρυθμίσεων του κοινοτικού δικαίου. Ενόψει λοιπόν, τούτων και ενόψει ότι η προσφυγή στις ως άνω διαδικασίες οδηγεί στην δημιουργία τετελεσμένων καταστάσεων, οι οποίες θα είναι δυσχερώς αναστρέψιμες σε περίπτωση που κριθεί ότι το άρθρο 63 του ν. 4430/2016 δεν είναι συμβατό με το δίκαιο της Ε.Ε., συνάγεται ότι η διενέργεια οποιασδήποτε τέτοιας διαδικασίας πριν από την οριστική επίλυση του σχετικού νομικού ζητήματος θέτει σε κίνδυνο την αποτελεσματική έννομη προστασία κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη του μειοψηφήσαντος, η κρίσιμη Προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ..η/7.8.2017 (θέμα 3ο) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου, καθόσον εκδόθηκε πριν από την οριστική επίλυση του νομικού ζητήματος από το Συμβούλιο της Επικρατείας στο πλαίσιο της πρότυπης δίκης του άρθρου 1 του ν. 3900/2010, και εν πάση περιπτώσει πριν από την έκδοση απόφασης του Δ.Ε.Ε. επί σχετικού με την υπό κρίση διαδικασία προδικαστικού ερωτήματος.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

- Απορρίπτει την προσφυγή, λόγω έλλειψης αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ.
- Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιά την 6η Οκτωβρίου 2017 και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2ΟΥ ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

ΣΤΥΛΙΑΝΟΣ Δ. ΜΑΥΡΙΔΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ ΤΟΥ ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ