

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρήστος Σώκος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.09.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)- Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1109/06.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου με την επωνυμία «.....» (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί: Α) η Απόφαση 104/2019 του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής [εφεξής ΔΣ] με Θέμα 13ο Ημερήσιας Διάταξης: «Οικονομοτεχνική μελέτη, σχετικά με την πρόσληψη προσωπικού με σχέση εργασίας ΙΔΟΧ για τις ανάγκες του “.....”», Β) η Ανακοίνωση με αριθμ. πρωτ. 5470/29.5.2019 και αριθμ. ΣΟΧ «Για την πρόσληψη, με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, συνολικά 7 ατόμων για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επειγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες καθαριότητας του “.....” και του “.....”, σύμφωνα με τα άρθρα 21 του Ν. 2190/1994 όπως ισχύει, 63 του Ν. 4430/2016, και 107 του Ν. 4461/2017. Γ) Κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράληψη, της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Ιωάννη Κίτσο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, με κωδικό,

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€.), που απαιτείται να καταβληθεί κατ' ελάχιστον σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 εδ. β' του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 εδ. β του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ», δεδομένου ότι δεν προϋπολογίζεται η δαπάνη των ατομικών συμβάσεων που πρόκειται να συναφθούν (ΣΤΕ ΕΑ 171/2017 και 205-206/2016).

2. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η κρινόμενη Προδικαστική, η οποία κατατέθηκε απευθείας στην ΑΕΠΠ μέσω του από 05.09.2019 μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της αιτούσας, δυνάμει των άρθρων 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 3-5 του Π.Δ 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ», καθώς η προσβαλλομένη διοικητική διαδικασία πρόσληψης προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας ΙΔΟΧ δε διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι κατατέθηκε εντός της 10ήμερης προθεσμίας σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, από την πλήρη γνώση της προσβαλλομένης «Ανακοίνωσης ΣΟΧ, η οποία επήλθε όπως αληθώς επισημαίνει η αιτούσα, την 26.08.2019, ημερομηνία κατά την οποία αναρτήθηκε αυτή στη Διαύγεια.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη «την εξειδίκευσή της στο χώρο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, καθαριότητας και σίτισης, καθώς έχει ήδη αναλάβει, εκτελεί και έχει εκτελέσει με απόλυτη επιτυχία ανάλογες, με τις δημοπρατούμενες, υπηρεσίες, προϋπολογιζομένων δαπανών πολλών εκατομμυρίων € τα τελευταία 18 έτη (2001-2019), με αναθέτουσες αρχές διάφορους φορείς του Δημοσίου...», κατέθεσε την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή όπως αυτή κοινοποιήθηκε προς όλους τους θιγόμενους τρίτους με το υπ' αριθμ. πρωτ. 9035/10.09.2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, στρεφόμενη κατά του ΝΠΔΔ και της «Ανακοίνωσης ΣΟΧ, που εξέδωσε η οποία πρέπει να θεωρηθεί ως η μόνη εκτελεστή πράξη, καθώς η Απόφαση ΔΣ 104/2019 έχει ενσωματωθεί σε αυτή, προβάλλοντας αιτιάσεις περί παραβίασης «της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων προμηθειών και

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

συμβάσεων (Οδηγία 2014/24/ΕΕ)», καθώς και «τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς», «της αρχής της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, και τον ανταγωνισμό». Συγκριμένα, όπως διατείνεται, «παραβιάζοντα οι διατάξεις της άνω Οδηγίας άρθρων 18§1 και 19§1 τα οποία (άρθρα) περιλαμβάνονται στον Τίτλο Ι (πεδίο εφαρμογής, ορισμοί και γενικές αρχές), Κεφάλαιο ΙΙ (Γενικοί Κανόνες) της Οδηγίας, οι οποίοι έχουν εφαρμογή σε όλες, ανεξαιρέτως, τις δημόσιες συμβάσεις που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της, άρα και στις επίδικες και οι κανόνες που διέπουν τις διαδικασίες αναθέσεως (άρθρα 26-32), ειδικές τεχνικές και εργαλεία (άρθρα 33-39), οι κανόνες διεξαγωγής κ.λπ. (άρθρα 40-69)». Διότι, το καθ' ου Νοσοκομείο «επέλεξε μη νόμιμα να αποφύγει τη διενέργεια δημόσιου διαγωνισμού σύμφωνα με τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/24, και αντ' αυτού, να διενεργήσει διαδικασία σύναψης συμβάσεων εργασίας δυνάμει του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, κατά παράβαση της αρχής της υπεροχής του Ενωσιακού Δικαίου», ενώ «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), οι δε 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 20ετία, 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 καθ' ου πρόκειται να δαπανήσει πολύ μεγαλύτερα ποσά από όσα θα εκταμίευε στην περίπτωση ανάπτυξης ανταγωνισμού μέσω δημόσιου διαγωνισμού, 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 απόλυτη απαγόρευση κάλυψης παγίων αναγκών με συμβάσεις ορισμένου χρόνου σε μη νομοθετημένες θέσεις»

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

(βλ. αναλυτικά λόγοι ακύρωσης Β.1.-Β.5. όπως αναπτύσσονται στις σελ. 15-55 της Προσφυγής της).

5. Επειδή, με την Απόφαση 104/2019 του «.....» εκ του Αποσπάσματος Πρακτικών της υπ' αριθμ. 12/16.04.2019 Τακτικής Συνεδρίασης (Θέμα 13^ο Ημερήσιας Διάταξης), το εκεί ΔΣ αποφάσισε αποδεχόμενο την υπ' αριθμ. πρωτ. 2669/07.03.2019 «Οικονομοτεχνική μελέτη, σχετικά με την πρόσληψη προσωπικού με σχέση εργασίας Ι.Δ.Ο.Χ. για τις ανάγκες καθαριότητας του Νοσοκομείου μας» που συνέταξε η ορισθείσα 3μελής Επιτροπή προκειμένου να συγκρίνει, από τη σκοπιά του «κόστους- οφέλους», την υφιστάμενη κατάσταση ήτοι τη σύμβαση καθαριότητας με εξωτερικό ιδιώτη ανάδοχο (με αριθμ. πρωτ. 5509/01.06.2018), με τη νέα πρόταση για σύναψη αντίστοιχων εργασιακών συμβάσεων Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου (ΙΔΟΧ), καταλήγοντας ότι: «Με την ισόποση κατανομή των παγίων σε μία 3ετία για κάθε χρόνο (τα 3 πρώτα έτη) η πρόταση σύναψης ατομικών συμβάσεων είναι οικονομικότερη σε σχέση με την ανάθεση καθαριότητας σε εξωτερικό συνεργείο κατά €1.033,85», εγκρίθηκε αντιστοίχως η έκδοση της υπ' αριθμ. πρωτ. 5470/29.05.2019 «Ανακοίνωσης ΣΟΧ: Για την πρόσληψη 7 ατόμων κατηγορίας ΥΕ κλάδου Προσωπικού Καθαριότητας, 5ήμερης εργασίας σε εβδομαδιαία βάση και δωρης απασχόλησης με κυκλικό ωράριο, για την κάλυψη επείγουσών αναγκών καθαριότητας των χώρων του “.....” και του αρμοδιότητας του Νοσοκομείου, με συμβάσεις ΙΔΟΧ» με νομοθετικό έρεισμα «τις διατάξεις των άρθρων 21 του Ν. 2190/1994 όπως ισχύει, 63 του Ν. 4430/2016, σε συνδυασμό με το 107 του Ν. 4461/2017 και το 6 παρ. 3 του Ν. 4558/2018», με αντίστοιχη εργασιακή διάρκεια από την ημερομηνία υπογραφής κάθε σύμβασης έως 24 μήνες (βλ. σχετικώς τη Βεβαίωση Δέσμευση Πίστωσης 5447/28.05.2019 για την κάλυψη της σχετικής δαπάνης από τον τακτικό προϋπολογισμό του «.....» Οικονομικών Ετών 2019-2020-2021). Στη συνέχεια η «Ανακοίνωση» αυτή απεστάλη προς έγκριση προς το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (ΑΣΕΠ), όπου με το υπ' αριθμ. πρωτ. 10285/2019/..... της 01.08.2019 έγγραφο του Τμήματος Ανακοινώσεων Έκτακτου και Εποχικού Προσωπικού αυτού, κατόπιν

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

διορθώσεων στις οποίες προέβη, ενέκρινε τελικώς την ήδη προσβαλλόμενη με την υπό κρίση Προσφυγή «Ανακοίνωση ΣΟΧ» αναρτηθείσα αυτή στη «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» στις 26.08.2019 (βλ. κατά τα άλλα τις Απόψεις 9145/13.09.2019 που απέστειλε το «.....» όπου εμμένει στη νομιμότητα της κρίσιμης διοικητικής διαδικασίας που αποφάσισε να εκκινήσει για την καλύτερη, κατά την κρίση του, εξυπηρέτηση των εκεί δημοσίων αναγκών).

6. Επειδή, από την επισκόπηση της πλέον πρόσφατης νομολογίας που έχει κοινοποιηθεί στην ΑΕΠΠ η οποία έχει, ειδικώς, κρίνει επί του τιθέμενου ομοίως με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή νομικού θέματος από τη σκοπιά του ημέτερου Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων, συγκεκριμένα από τις Αποφάσεις 100-101/24.06.2019 εκ του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά (Εισηγήτρια: Εφέτης Α. Καλλίρη) όπως επιδόθηκαν στην ΑΕΠΠ στις 27.08.2019 και 02.09.2019 κατά παραδοχή αντίστοιχων αιτήσεων ανάκλησης προγενέστερων αποφάσεων του ίδιου Δικαστηρίου, αποδεικνύεται πως για τις ως άνω προσβαλλόμενες νομικές αιτιάσεις (βλ. σκέψη 4 της παρούσας) έχουν ήδη αρνητικά απαντήσει οι ακυρωτικοί Εφέτες υπό το φως των νέων νομολογιακών και επιστημονικών δεδομένων (βλ. αναλυτικά σκέψεις 4επ. από αμφότερες τις ως άνω Αποφάσεις με αναλυτική παράθεση της έως σήμερα εκδοθείσας νομολογίας εκ του ΔΕΕ και του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου). Μάλιστα, τη νομική κατεύθυνση αυτή έχει ήδη ακολουθήσει η ΑΕΠΠ με την, χρονικά πρώτη, Απόφασή της 121..... εκ του 1ου Κλιμακίου της Αρχής, στην κρίση του οποίου συντάσσεται και το παρόν 8ο Κλιμάκιο για λόγους ενότητας της νομολογίας της Αρχής (βλ. ειδικώς Πρακτικό Επεξεργασίας επί του Π.Δ. 39/2017). Ειδικότερα, σύμφωνα με τις επικρατήσασες πλέον νομικές σκέψεις των Δικαστών:

7. Επειδή, σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου Ογδόου του Ν. 4506/2017 (ΦΕΚ Α΄ 191/12.12.2017): «1. Για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας και φύλαξης των Υπουργείων, των εποπτευόμενων από αυτά φορέων και των ανεξαρτήτων αρχών, επιτρέπεται η πρόσληψη προσωπικού με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου διάρκειας έως 18 μηνών, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος. Για τις προσλήψεις του προηγούμενου

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

εδαφίου δεν απαιτείται η εγκριτική απόφαση της Τριμελούς Επιτροπής της παρ. 1 του άρθρου 2 της Π.Υ.Σ. 33/2006 (Α' 280). 2. Για τις προσλήψεις της παραγράφου 1 εκδίδεται προκήρυξη από τον οικείο φορέα, η οποία εγκρίνεται από το ΑΣΕΠ. Στην προκήρυξη αναφέρονται αναλυτικά ο αριθμός ανά κατηγορία και ειδικότητα του προσωπικού που θα προσληφθεί, τα προσόντα και τα κριτήρια κατάταξης και γίνεται σύντομη περιγραφή των σχετικών καθηκόντων και απαιτήσεων. Η προκήρυξη δημοσιεύεται στην ιστοσελίδα του οικείου φορέα και του ΑΣΕΠ. Περίληψή της, η οποία περιλαμβάνει τον αριθμό ανά κατηγορία και ειδικότητα προσωπικού, τα απαιτούμενα προσόντα, τα όρια ηλικίας και την προθεσμία υποβολής των αιτήσεων, δημοσιεύεται σε 2 τουλάχιστον εφημερίδες πανελλαδικής κυκλοφορίας. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Διοικητικής Ανασυγκρότησης, Οικονομικών και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού καθορίζονται: α) τα απαιτούμενα ανά ειδικότητα προσόντα (κύρια, πρόσθετα ή επικουρικά) και η εξειδίκευση των κριτηρίων του άρθρου 21 του ν. 2190/1994 (Α' 28), λαμβάνοντας υπόψη ενδεχόμενες εξειδικευμένες ανάγκες για τη λειτουργία των φορέων, β) η προθεσμία και ο τρόπος υποβολής αιτήσεων των υποψηφίων, γ) τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, καθώς και κάθε θέμα σχετικά με τη διαδικασία πρόσληψης. Οι υποψήφιοι υποβάλλουν τις αιτήσεις τους στον οικείο φορέα, ο οποίος τις αξιολογεί και συντάσσει προσωρινούς πίνακες κατάταξης, προσληπτέων και απορριπτέων, τους οποίους δημοσιεύει στην ιστοσελίδα του και αποστέλλει στο ΑΣΕΠ, μαζί με τα απαραίτητα δικαιολογητικά, για έλεγχο νομιμότητας. Κατά των προσωρινών πινάκων οι υποψήφιοι μπορούν να ασκήσουν ένσταση ενώπιον του ΑΣΕΠ μέσα σε αποκλειστική προθεσμία 10 ημερών που αρχίζει από την επομένη της δημοσίευσής τους. Το ΑΣΕΠ διενεργεί τον έλεγχο νομιμότητας και τον κατ'ένσταση έλεγχο μέσα σε 1 μήνα από την πάροδο της προθεσμίας υποβολής των ενστάσεων. Η απόφαση του ΑΣΕΠ κοινοποιείται στο φορέα, προκειμένου να καταρτίσει τον οριστικό πίνακα προσληπτέων».

8. Επειδή, περαιτέρω, η Οδηγία 89/665/ΕΟΚ «για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων» (L 395) όπως τροποποιήθηκε και ισχύει,

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

ορίζει στο άρθρο 1, ότι: «1. Η παρούσα Οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις οι οποίες αναφέρονται στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ ... εκτός εάν οι εν λόγω συμβάσεις εξαιρούνται κατ' εφαρμογή των άρθρων ... 10 ... της εν λόγω Οδηγίας ... Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ..., οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων αναθεωρήσεων [=προσφυγών, “may be reviewed”, “peuvent faire l’objet de recours”], υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2 έως 2στ της παρούσας Οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την ενωσιακή νομοθεσία περί διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες μεταφοράς της εν λόγω Οδηγίας. 2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που ισχυρίζονται ότι υπέστησαν ζημία στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων που εφαρμόζουν το κοινοτικό δίκαιο και των άλλων εθνικών κανόνων. 3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση ...». Κατά το άρθρο 2 της ανωτέρω Οδηγίας, «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζει το άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου: α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με τη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή της εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές ...».

9. Επειδή, εξάλλου, με τον Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία προς τις διατάξεις, μεταξύ άλλων, της πιο πάνω Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 και της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989. Το ΒΙΒΛΙΟ IV του νόμου αυτού, με τον τίτλο «Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων», ορίζει, στο άρθρο 345 παρ. 1, ότι: «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», στο άρθρο 346, ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα άρθρα 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372», στο άρθρο 347 παρ. 1, ότι «1. Συνιστάται η ΑΕΠΠ, η οποία έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Τμήμα II του παρόντος Τίτλου. ...», στο άρθρο 360, ότι «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

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1», και στο άρθρο 367, 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 ... » Το ΒΙΒΛΙΟ Ι του Ν. 4412/2016, στο Μέρος Α΄ (Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες) ανάμεσα στις εισαγόμενες εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής του Νόμου αυτού, ορίζει στο άρθρο 10 (Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών) (κατ' ενσωμάτωση του όμοιου άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), πως: «Το παρόν ΒΙΒΛΙΟ (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες: [...] ζ) αφορούν συμβάσεις εργασίας [...]».

10. Επειδή, όπως προεκτέθηκε, το ΝΠΔΔ «.....», αποφάσισε να κινήσει τη περιγραφόμενη διοικητική διαδικασία εκδίδοντας την προσβαλλόμενη «Ανακοίνωση ΣΟΧ: Για την πρόσληψη, με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, συνολικά 7 ατόμων για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επειγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες καθαριότητας του και του, σύμφωνα με τα άρθρα 21 του Ν. 2190/1994, όπως ισχύει, 63 του Ν. 4430/2016, και 107 του Ν. 4461/2017».

11. Επειδή από το σύνολο των περιστάσεων και ιδίως από το περιεχόμενο του άρθρου 8 του Ν. 4506/2017 συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη «Ανακοίνωση» εκδόθηκε υπό την αντίληψη ότι οι κατά το άρθρο 8 του Ν. 4506/2017 συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου μπορούν να συναφθούν επιτρεπώς εκτός των διαδικασιών της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Τούτο δε, γιατί αποτελούν

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

«συμβάσεις απασχόλησης» κατά την έννοια του άρθρου 10 περ. ζ' της Οδηγίας 2014/24, με το οποίο οι συμβάσεις αυτές εξαιρούνται ρητώς του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας. Σύμφωνα με την από 25.10.2018 Απόφαση του ΔΕΕ (αριθ. υπόθεσης C-260/17), κατά την έννοια της Οδηγίας 89/665 (άρθρο 1 παρ. 1), κατά απόφασης αναθέτουσας αρχής να συνάψει συμβάσεις απασχόλησης με φυσικά πρόσωπα, όπως η επίμαχη, χωρίς να κινήσει διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, θεωρώντας ότι οι συμβάσεις αυτές δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24, δύναται να ασκήσει Προσφυγή (κατά την Οδηγία 89/665) οικονομικός φορέας, ο οποίος θα είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση με αντικείμενο όμοιο εκείνου των εν λόγω συμβάσεων, εφόσον φρονεί ότι αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας (2014/24). Ενόψει αυτών η υπό κρίση Προσφυγή, με την οποία προεχόντως αμφισβητείται από την προσφεύγουσα ο χαρακτήρας των υπό ανάθεση συμβάσεων ως εξαιρουμένων ή μη από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24, είναι εξεταστέα ως Προδικαστική Προσφυγή κατά τις διατάξεις του Ν. 4412/2016.

12. Επειδή με τις μνημονευμένες διατάξεις της Οδηγίας 89/665 και του Ν. 4412/2016 προβλέφθηκε η οργάνωση συστήματος παροχής δικαστικής προστασίας (οριστικής και προσωρινής) για τις διαφορές που αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους, εφόσον εγείρονται από ενδιαφερόμενο ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση υπαγόμενη στο εν λόγω πεδίο εφαρμογής και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από σχετική παράνομη πράξη ή παράλειψη αναθέτουσας αρχής (βλ. ΣΤΕ 1685/2018). Ενόψει εξάλλου όσων έγιναν δεκτά με την από 25.10.2018 Απόφαση του ΔΕΕ σχετικά με τη δυνατότητα οικονομικού φορέα να τύχει έννομης προστασίας κατά τις διατάξεις της Οδηγίας 89/665 (και του Ν. 4412/2016), εφόσον ο φορέας αυτός αμφισβητεί τη νομιμότητα απόφασης αναθέτουσας αρχής να κινήσει διαδικασία σύναψης σύμβασης εκτός της Οδηγίας 2014/24, η κατά τα άρθρα 1 παρ. 3 της Οδηγίας 89/665 και 360 παρ. 1 του Ν. 3886/2010 έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης», για την οποία ο προσφεύγων φορέας έχει ή θα είχε συμφέρον να του ανατεθεί, αφορά

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

προδήλως τη σύναψη δημόσιας σύμβασης ομοίου αντικειμένου, στη διαδικασία ανάθεσης της οποίας ο φορέας θα μπορούσε να λάβει μέρος. Πάντως και στην περίπτωση αυτή, προϋπόθεση για την παροχή δικαστικής προστασίας κατά την Οδηγία 89/665 και τις διατάξεις μεταφοράς της στο εσωτερικό δίκαιο αποτελεί η σύμβαση, τη σύναψη της οποίας επιχειρεί η δημόσια αρχή εκτός της οικείας οδηγίας (ήδη της Οδηγίας 2014/24), να εμπίπτει στο πεδίο, εφαρμογής της τελευταίας, δηλαδή να είναι βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός του φορέα που ζητεί προστασία κατά τις παραπάνω δικονομικές διατάξεις, γιατί σε διαφορετική περίπτωση δεν μπορεί να εφαρμοσθεί ούτε η Οδηγία 2014/24 ούτε η Οδηγία 89/665 και ο Ν. 4412/2016 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 271/2014, 512/2012,609/2010, 1232/2009).

13. Επειδή, σύμφωνα με την από 25.10.2018 Απόφαση του ΔΕΕ, κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 10 περ. ζ' της Οδηγίας 2014/24, η έννοια «συμβάσεις απασχόλησης» της διάταξης καταλαμβάνει συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου. Ειδικότερα, κατά την ως άνω απόφαση του ΔΕΕ (σκέψεις 26-27), από την αιτιολογική σκέψη 5 της Οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η τελευταία δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε τρίτους ή γενικά σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα μέσα (διαφορετικά από τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά την έννοια της εν λόγω Οδηγίας) και ότι η παροχή υπηρεσιών που βασίζεται σε νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή σε συμβάσεις απασχόλησης δεν θα πρέπει να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας αυτής. Η σύναψη, συνεπώς, συμβάσεων απασχόλησης αποτελεί για τις δημόσιες αρχές μέσο, ώστε να παρέχουν οι ίδιες τις σχετικές υπηρεσίες και, ως εκ τούτου, εξαιρείται από τις υποχρεώσεις σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων που διαλαμβάνονται στην οδηγία αυτή. Όπως περαιτέρω προκύπτει από την ίδια απόφαση του ΔΕΕ (σκέψεις 28-32), η σύναψη σύμβασης απασχόλησης «δημιουργεί, ως εκ της φύσεώς της, σχέση εργασίας μεταξύ του εργαζομένου και του εργοδότη», κατά πάγια δε νομολογία, εντός του ευρύτερου πλαισίου του δικαίου της Ένωσης, το χαρακτηριστικό γνώρισμα της σχέσης εργασίας συνίσταται στο ότι ένα πρόσωπο παρέχει, επί ορισμένο χρονικό διάστημα, προς όφελος άλλου προσώπου και υπό τη διεύθυνσή του,

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

υπηρεσίες έναντι των οποίων λαμβάνει αμοιβή. Για το λόγο αυτό, η έννοια «συμβάσεις απασχόλησης» κατά το άρθρο 10 περ. ζ΄ της Οδηγίας 2014/24 αφορά όλες τις συμβάσεις, βάσει των οποίων δημόσια αρχή προσλαμβάνει φυσικά πρόσωπα, προκειμένου να παρέχει η ίδια υπηρεσίες και οι οποίες δημιουργούν σχέση εξαρτημένης εργασίας με την παραπάνω έννοια, απόκειται δε τελικά στο αιτούν εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει, με «γνώμονα τα προεκτεθέντα, αν οι επίμαχες στην κρινόμενη υπόθεση συμβάσεις αποτελούν «συμβάσεις απασχόλησης» κατά την έννοια της ως άνω διάταξης της οδηγίας 2014/24.

14. Επειδή, από τις διατάξεις του άρθρου 8 επ. του Ν. 4506/2017 προκύπτει ότι οι συμβάσεις του άρθρου αυτού αποτελούν, κατά τη σαφή βούληση του νομοθέτη, συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας, ώστε να εμπίπτουν στην έννοια των «συμβάσεων απασχόλησης» του άρθρου 10 περ.ζ΄ της Οδηγίας 2014/24, από κανένα δε στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι οι συμβάσεις τις οποίες αφορά η επίμαχη «Ανακοίνωση ΣΟΧ» δεν θα αποτελούν πραγματικές συμβάσεις εργασίας, αλλά θα υποκρύπτουν άλλο τύπο σύμβασης και ότι υποκρύπτεται σχέση εργασίας αορίστου χρόνου, ως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα ώστε να ανακύπτει ζήτημα καταχρηστικής παράλειψης εφαρμογής εκ μέρους του των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24. Σύμφωνα, συνεπώς, με τη διάταξη του άρθρου 10 περ. ζ΄ της Οδηγίας 2014/24, όπως άλλωστε ερμηνεύθηκε με την από 25.10.2018 Απόφαση του ΔΕΕ, το πραγματικό νομικό ζήτημα και η ερμηνεία αυτού ως εξετάστηκε από το ΔΕΕ ουδόλως μεταβάλλεται από την επίκληση ως έρεισμα για την έκδοση της προσβαλλομένης πράξης των διατάξεων των άρθρων όγδοο, ένατο και δέκατο Ν. 4506/2017, της εγκυκλίου του Υπουργείου Διοικητικής Ανασυγκρότησης με αρ. πρωτ. ΔΙΠΑΑΔ/Φ.2.9/54/οικ. 44215 (ΑΔΑ: Ψ65Ι465ΧΘΨ-Φ6Ω) και της Κ.Υ.Α ΔΙΠΑΑΔ/Φ.ΕΠ.1/637/οικ.2613 (ΦΕΚ 79/Β/22-1-18), οι επίμαχες στην προκειμένη περίπτωση συμβάσεις εργασίας δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 και, επομένως, δεν υφίσταται παράλειψη του «.....» να κινήσει διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κατά την παραπάνω Οδηγία δυνάμενη να προσβληθεί παραδεκτώς στο πλαίσιο της ειδικής δικαστικής προστασίας που παρέχεται

Αριθμός Απόφασης: 1225/2019

κατά την Οδηγία 89/665 και τις διατάξεις που θεσπίζονται για τη μεταφορά της στο εσωτερικό δίκαιο (το Ν. 4412/2016). Συναφώς, οι διατάξεις της Οδηγίας 2014/24, όπως τροποποιήθηκε με τον κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμό 2015/2170, τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, καθώς και τα άρθρα 16 και 52 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν έχουν εφαρμογή στην περίπτωση απόφασης δημοσίας αρχής, ως εν προκειμένω, να προσφύγει στη σύναψη συμβάσεων απασχόλησης όπως οι επίμαχες, προκειμένου να εκπληρώσει ορισμένα καθήκοντα αποτόμενα των υποχρεώσεων της δημοσίου συμφέροντος / των δημοσίων αναγκών της. Οι ισχυρισμοί δε της προσφεύγουσας ότι μη νόμιμα το καθ' ου ΝΠΔΔ αποφάσισε να μην κινήσει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης αλλά επέλεξε να καλύψει τις ανάγκες καθαριότητάς του με συμβάσεις εργασίας όπως ειδικότερα αναπτύσσονται ανωτέρω (βλ. σκέψη 4 της παρούσας) είναι αβάσιμοι, και τούτο διότι ο περαιτέρω έλεγχος των προσβαλλόμενων πράξεων στο πλαίσιο της προστασίας του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και η αποδοχή των προαναφερόμενων λόγων ακύρωσης, προϋποθέτει ότι οι συμβάσεις πρόσληψης προσωπικού που πρόκειται να συναφθούν βάσει της προσβαλλομένης υπάγονται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και δεν εμπίπτουν στην εξαίρεση του άρθρου 10 (περ. ζ') αυτής (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 171/2017). Εφόσον, όμως, όπως έγινε ήδη δεκτό ανωτέρω, κατόπιν μάλιστα και των υποβληθέντων προδικαστικών ερωτημάτων και την εκδοθείσα απόφαση του ΔΕΕ, οι εν λόγω συμβάσεις, εμπίπτουσες, κατ' αρχάς, στην ως άνω εξαίρεση, δεν υπάγονται στις διατάξεις της συγκεκριμένης οδηγίας και του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή κατά τον Ν. 4412/2016 είναι απορριπτή ως απαράδεκτη.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 10 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε την 29 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή