

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος, και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 1580/2019 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1261/16-10-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά της ..... (.....), που εδρεύει στο ....., (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....») και κατά της απόφασης με αριθμό 41/15-10-2019 (Θέμα 1.1) της Διοικούσας Επιτροπής της, περί έγκρισης των προσωρινών πινάκων κατάταξης προσληπτέων και απορριπτέων υποψηφίων της ανακοίνωσης υπ' αριθ. ΣΟΧ ..... για σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών φύλαξής της, της Ανακοίνωσής της με αριθμό ΣΟΧ..... για την πρόσληψη, με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, συνολικά δέκα τεσσάρων (14) ατόμων για την κάλυψη αναγκών φύλαξής της, σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν.2190/1994, όπως ισχύει και όγδοο του ν. 4506/2017 και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψής της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, στις 15.10.2019 αναρτήθηκε στη Διαύγεια η απόφαση με αριθμό 41/15-10-2019 (Θέμα 1.1) της Διοικούσας Επιτροπής της ..... περί

## Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019

έγκρισης των προσωρινών πινάκων κατάταξης προσληπτέων και απορριπτέων υποψηφίων της ανακοίνωσης υπ' αριθ. ΣΟΧ .....για σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης της ....., για την πρόσληψη με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου συνολικά δέκα τεσσάρων (14) ατόμων, για την κάλυψη αναγκών φύλαξης της, που εδρεύει στο ....., και συγκεκριμένα, ανά υπηρεσία, έδρα, ειδικότητα και διάρκεια σύμβασης, αριθμού ατόμων (βλ. ΠΙΝΑΚΑ Α, σελ. 2 της εν λόγω ανακοίνωσης), με τα αντίστοιχα απαιτούμενα (τυπικά και τυχόν πρόσθετα) προσόντα (βλ. ΠΙΝΑΚΑ Β, σελ. 2 της εν λόγω ανακοίνωσης), σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει και το άρθρο όγδοο του ν. 4506/2017, η οποία αναρτήθηκε στη Διαύγεια την 03-09-2019. Κατά των πράξεων αυτών, με τις οποίες, κατ' ορθή ερμηνεία της προσφυγής, εκδηλώθηκε η παράλειψη της ..... να προκηρύξει δημόσιο διαγωνισμό για την παροχή των υπηρεσιών φύλαξής της, ως και κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψής της, στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους που προβάλλονται στην υπό εξέταση προσφυγή της.

2. Επειδή, για την εξέταση της προσφυγής παραδεκτώς καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε παράβολο με κωδικό .....ποσού 600,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι δεν εκδόθηκε ούτε δημοσιεύθηκε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού, συνεπώς δεν προκύπτει από τα έγγραφα της σύμβασης προϋπολογισθείσα αξία επί της οποίας υπολογίζεται αναλογικό παράβολο.

3. Επειδή, εξάλλου, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση μάλιστα του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή κατατέθηκε απευθείας στην ΑΕΠΠ με το από 15-10-2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 4 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

πράξεις που κατατείνουν στην πρόσληψη προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, κατατέθηκε, δε εντός της δεκαήμερης προθεσμίας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 (γ) του π.δ. 39/2017, από την κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας πλήρη γνώση τόσο της με αριθμό 41/15-10-2019 (Θέμα 1.1) της Διοικούσας Επιτροπής της ....., περί έγκρισης των προσωρινών πινάκων κατάταξης προσληπτέων και απορριπτέων υποψηφίων, η οποία επήλθε την 15-10-2019, ημέρα κατά την οποία αναρτήθηκε αυτή στη Διαύγεια, όσο και της ανακοίνωσης υπ' αριθ. ΣΟΧ .....για σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης της ....., στην οποία ερείδεται και η πρώτη προσβαλλόμενη πράξη, η οποία επήλθε επίσης την 15-10-2019, κατά την ίδια δηλαδή ημέρα κατά την οποία έλαβε γνώση της πρώτης, με αφορμή και ένεκα της οποίας έλαβε γνώση της δεύτερης, καίτοι αυτή είχε δημοσιευθεί στη Διαύγεια την 03-09-2019. Η προσφυγή, εξάλλου, είναι εμπρόθεσμη και κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να προκηρύξει δημόσιο διαγωνισμό για την παροχή των υπηρεσιών φύλαξής της, η οποία εκδηλώθηκε με τις ρητώς ως άνω προσβαλλόμενες πράξεις, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1(γ) και 2 του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, τέλος, με την απόφαση του ΔΕΕ της 25-10-2018 (αρ. υπόθεσης C-260/17) κρίθηκε ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, έχει την έννοια ότι κατά της αποφάσεως αναθέτουσας αρχής να συνάψει συμβάσεις απασχόλησης με φυσικά πρόσωπα για την παροχή ορισμένων υπηρεσιών, χωρίς να κινήσει διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως σύμφωνα με την οδηγία 2014/24, όπως αυτή τροποποιήθηκε με τον κατ' εξουσιοδότηση κανονισμό 2015/2170, για τον

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

λόγο ότι, κατά την άποψή της, οι συμβάσεις αυτές δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της συγκεκριμένης οδηγίας, δύναται να ασκήσει προσφυγή οικονομικός φορέας ο οποίος θα είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση με αντικείμενο όμοιο εκείνου των εν λόγω συμβάσεων και ο οποίος φρονεί ότι οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας. Με το βιβλίο IV, εξάλλου, του ν. 4412/2016 με τίτλο «Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων», με τον οποίο η ελληνική νομοθεσία εναρμονίστηκε στις διατάξεις, μεταξύ άλλων, και της «οικονομικής» οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, καθιερώθηκε σύστημα έννομης προστασίας για τις διαφορές που αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του, 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 (πρβλ. ΣτΕ 1685/2018). Ενόψει όσων έγιναν δεκτά με την από 25/10/2018 απόφαση του Δ.Ε.Ε. 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. 4412/2016 έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης», για την οποία ο προσφεύγων φορέας έχει ή θα είχε συμφέρον να του ανατεθεί, αφορά προδήλως τη σύναψη δημόσιας σύμβασης ομοίου αντικειμένου, στη διαδικασία ανάθεσης της οποίας ο φορέας θα μπορούσε να λάβει μέρος. Συνακόλουθα, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή είναι καταρχήν αρμόδια για την εξέτασή της. Πάντως, επειδή 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 (2014/24/ΕΕ) να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της τελευταίας, δηλαδή να είναι βάσιμος ο ισχυρισμός του φορέα που ζητεί προστασία, κατά τις παραπάνω διατάξεις, γιατί σε διαφορετική περίπτωση δεν μπορεί να

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

εφαρμοστεί ούτε η οδηγία 2014/24, ούτε η οδηγία 89/665 (πρβλ. Δ/κό Εφετείο Πειραιώς (Ασφ.) 101/2019), ούτε όμως και ο ν. 4412/2016, με τον οποίο μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο.

6. 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...», με έννομο συμφέρον βάλλει κατά των προσβαλλόμενων πράξεων και κατά της παράλειψης της ..... να κινήσει διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης της, σύμφωνα με τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/24, και αντ' αυτού, να διενεργήσει διαδικασία σύναψης συμβάσεων εργασίας δυνάμει των άρθρων 21 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει, και του όγδοου του ν. 4506/2017, διότι μη νόμιμα και επί ζημία της, κατά τους ισχυρισμούς της, αποκλείεται η δυνατότητα συμμετοχής της προς ανάληψη του έργου παροχής υπηρεσιών φύλαξης, που εντάσσεται ρητά στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών των Παραρτημάτων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, δεδομένου ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις ερείδονται σε αντικοινοτικές και αντισυνταγματικές διατάξεις νόμου και την αποκλείουν από τη συμμετοχή της σε διαγωνισμούς για την παροχή των υπό κρίση υπηρεσιών (όπως τούτες διέπονται από το κοινοτικό δίκαιο), αλλά και εν γένει, την αποκλείουν ανεπίτρεπτα από κάθε οικονομική δραστηριότητα και συγκεκριμένα της συμμετοχής σε δημόσιους διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών φύλαξης, σίτισης και καθαριότητας, ενώ παράλληλα προβλέπουν συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου κατά παράβαση του άρθρου 103 του Συντάγματος.

7. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής (βλ. αναλυτικά λόγους ακύρωσης Β.1-Β.9, όπως αναπτύσσονται στις σελ. 15-55 της Προσφυγής της) τα εξής: Με τις προσβαλλόμενες πράξεις, «βαπτίζονται» και τύποις ονοματίζονται οι, νόμω και ουσία, συμβάσεις έργου φύλαξης της ..... σε συμβάσεις δήθεν εργασίας ορισμένου χρόνου, με αποκλειστικό σκοπό

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

την ανεπίτρεπτη παράκαμψη και αποφυγή του κοινοτικού δικαίου και των διαγωνιστικών διαδικασιών με ταυτόχρονο ανεπίτρεπτα αντικοινοτικό αποκλεισμό των νομικών προσώπων από την δυνατότητα συμμετοχής στην διαδικασία αυτή, λόγω της ίδιας της νομικής τους προσωπικότητας. Πιο συγκεκριμένα, από τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του όγδοου άρθρου του ν. 4506/2017, στις οποίες ερείδεται η προσβαλλόμενη ανακοίνωση της ....., προκύπτει ότι τούτες αναφέρονται αποκλειστικά και μόνο στην παροχή εργασιών φύλαξης από πρόδηλα διακριτούς από την αναθέτουσα αρχή φορείς και μάλιστα με σύναψη σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας. Ωστόσο, σύμφωνα με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι εφόσον μια αναθέτουσα αρχή προτίθεται να αναθέσει εργασίες που περιλαμβάνονται ρητά στα παραρτήματα της Οδηγίας (όπως η φύλαξη) σε φορείς διακριτούς από την αναθέτουσα αρχή και μάλιστα με σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας (με καταβολή αντιτίμου), τότε είναι υποχρεωτική η τήρηση της κοινοτικής νομοθεσίας και των διατάξεων της Οδηγίας αυτής και ειδικά των διατάξεων της ισότιμης αντιμετώπισης των φορέων, τον αποκλεισμό του τεχνητού περιορισμού του διαγωνισμού, την αποφυγή της δυσμενούς μεταχείρισης των οικονομικών φορέων καθώς και την αρχή ότι οι οικονομικοί φορείς (φυσικά ή νομικά πρόσωπα) δεν απορρίπτονται με μοναδική αιτιολογία το γεγονός ότι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους μέλους στο οποίο πραγματοποιείται η ανάθεση της σύμβασης, θα έπρεπε να είναι είτε φυσικά είτε νομικά πρόσωπα. Συνεπώς, αποκλεισμός των νομικών προσώπων από την παροχή των επίμαχων υπηρεσιών λόγω της ιδιότητάς τους αυτής αποτελεί διάκριση αντίθετη στις διατάξεις της οδηγίας 2014/24, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας καθώς και αρχές της αναλογικότητας της ελευθερίας της οικονομικής δραστηριότητας και του δικαιώματος της ιδιοκτησίας, όπως προβλέπεται στο άρθρο 1 του πρόσθετου πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών που υπογράφηκε στη Ρώμη στις 4/11/1950. Σε κάθε δε περίπτωση, όπως απαραδέκτως εκδόθηκαν οι προσβαλλόμενες πράξεις, δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 21 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει και όγδοο του ν. 4506/2017, δεδομένου ότι οι διατάξεις αυτές, ουσιαστικά, προχωρούν σε ολοκλήρωση των ήδη κριθεϊσών ως αντικοινοτικών

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

διαδικασιών του άρθρου 97 Ν. 4368/2016 «βαπτίζοντας» τις μη νόμιμες συμβάσεις έργου ως δήθεν «εργασίας» παραβιάζοντας κατάφωρα τις δικαστικές αποφάσεις του ΣΤΕ. Οι προσβαλλόμενες πράξεις εξάλλου και οι διατάξεις, στις οποίες ερείδονται, παραβιάζουν και το κοινοτικό κεκτημένο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, αλλά και τις διατάξεις των άρθρων 56 και 57 της ΣΛΕΕ περί απαγόρευσης των περιορισμών της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Ένωσης, αφού δημιουργούν εμπόδια και περιορισμούς ως προς την ελεύθερη παροχή της υπηρεσίας της φύλαξης, αποκλείοντας ευθέως τα νομικά πρόσωπα από την αγορά των δημόσιων υπηρεσιών φύλαξης. Παραβιάζουν, όμως, και το άρθρο 103 του Συντάγματος, διότι η πρόσληψη προσωπικού ορισμένου χρόνου, εφόσον δεν αποσκοπεί στη θεραπεία πρόσκαιρων και επείγουσών αναγκών, οι οποίες ως εκ της φύσης τους είναι προσωρινού και όχι μόνιμου χαρακτήρα, αλλά αφορά σύναψη συμβάσεων για πάγιες και τακτικές ανάγκες φύλαξης, σίτισης και καθαριότητας, οι οποίες υφίστανται για τα τελευταία τουλάχιστον 25 έτη, και για την κάλυψη των οποίων οι αναθέτουσες αρχές προγραμματίζουν κάθε έτος (εδώ και τουλάχιστον 25 έτη) τις ανάγκες τους και την κάλυψη αυτών με δημόσιους διαγωνισμούς, είτε με διαπραγματεύσεις και σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες μέχρι την ολοκλήρωση των διαγωνισμών, δε συνάδει με τον επείγοντα χαρακτήρα που προβλέπει η διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 103 του Συντάγματος. Επομένως, εφόσον η ..... διαθέτει πρόδηλα πάγιες και διαρκείς ανάγκες φύλαξης, τότε, όλως αντισυνταγματικώς και κατά παράβαση της κείμενης εργατικής και κοινοτικής νομοθεσίας, επιχειρεί την κάλυψη αυτών με συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου, με πρόδηλη μάλιστα επιβάρυνση του δημόσιου οικονομικού συμφέροντός της. Με τις υπό κρίση διατάξεις και τις προσβαλλόμενες πράξεις, άλλωστε, δεν αντιμετωπίζονται «επείγουσες» και απρόβλεπτες ανάγκες, ούτε βεβαίως έχουν προκύψει οι ανάγκες αυτές εκτάκτως, πολλώ δε μάλλον οι ανάγκες φύλαξης/σίτισης/καθαριότητας ουδόλως εκφεύγουν της αναμενόμενης εξέλιξης του προγραμματισμού των αναθετουσών αρχών (και της .....), ειδικά στο πεδίο των αναγκών φύλαξης, σίτισης καθαριότητας. Ούτε, εν όψει των συνταγματικών απαγορεύσεων για την πρόσληψη προσωπικού στο Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου ή αορίστου χρόνου ή με τη μορφή συνάψεως

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

συμβάσεων έργου προς κάλυψη παγίων και διαρκών αναγκών χωρίς να καταλαμβάνονται νομοθετημένες οργανικές θέσεις (άρθρο 103 παρ. 2, 3, 7 και 8 του Συντάγματος, ΣτΕ Π.Ε. Ολομ. 85/2012, Π.Ε. 103/2013, ΣτΕ 2718/2010 7μ, ΑΠ Ολ. 7/2011), μπορεί να αποδοθεί στον νομοθέτη τέτοιος καταχρηστικός σκοπός, ότι δηλαδή ο σχετικές ρυθμίσεις του νόμου αποσκοπούν στο να λειτουργήσουν οι εν λόγω συμβάσεις ως υποκρύπτουσες σχέσεις εργασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 5μ 205/2016, 206/2016). Με τις ρυθμίσεις ατομικού περιεχομένου, τέλος, που εισάγονται με τις υπό κρίση διατάξεις των άρθρων 21 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει, και όγδοου του ν. 4506/2017, παραβιάζονται τα κατοχυρωμένα, στα άρθρα 4, 5, 22, 25 και 106 του Συντάγματος δικαιώματα των αποκλειόμενων προσώπων και επιχειρήσεων του κλάδου στον οποίο ανήκει η προσφεύγουσα στην ισότητα, την οικονομική ελευθερία, την άσκηση της επιχειρηματικής δραστηριότητας, την ανάπτυξη της ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας και την εργασία, αλλά και η αρχή της αναλογικότητας.

8. Επειδή, εξάλλου, στο με αριθμό 20957/21-10-2019 έγγραφο του Προέδρου της Διοικούσας Επιτροπής της ....., η αναθέτουσα αρχή εκθέτει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

9. Επειδή, η Διοικούσα Επιτροπή της ..... με την υπ' αριθ. 11/22.3.2019 (θέμα 3.1) Πράξη της ενέκρινε την πρόσληψη προσωπικού φύλαξης (ΑΔΑ:.....). Στην έκδοση της άνω απόφασης προχώρησε διότι η με αριθμ. πρωτ. Σ/13/06-07-2018 σχετική σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης με τον ανάδοχο, έληγε στις 07.07.2019. Για την έκδοση της άνω απόφασής της η Δ.Ε. της ..... έλαβε υπόψη την από 18.3.2019 τεχνική μελέτη του Προϊσταμένου της Τεχνικής Υπηρεσίας, καθώς και την από 19.3.2019 οικονομική μελέτη της Προϊσταμένης του ....., από την οποία προκύπτει το δημοσιονομικό όφελος, προς επιλογή της επιλεχθείσας διαδικασίας. Η μελέτη αυτή προκειμένου να διαπιστωθεί αν προκύπτει δημοσιονομικό όφελος (λαμβάνοντας υπόψη και το άρθρο 63 του Ν.4430/16) από την σύναψη συμβάσεων ορισμένου χρόνου για τη φύλαξη της ..... αντί της ανάθεσης της εν λόγω υπηρεσίας σε εταιρεία παροχής υπηρεσιών φύλαξης στηρίχθηκε στην



## Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019

αριθμ. Πρωτ. Ο/202/9.2.2018 διακήρυξη του δημόσιου ανοιχτού διαγωνισμού για τη φύλαξη των εγκαταστάσεων σε συνέχεια της οποίας υπογράφηκε η αριθμ. Σ/13/6.7./18 σύμβαση η οποία βρισκόταν σε ισχύ κατά τη σύνταξή της και έληγε στις 8/7/2019. Σύμφωνα με την σύμβαση αυτή το πρόγραμμα φύλαξης που περιλαμβάνεται στις τεχνικές προδιαγραφές έχει ως ακολούθως: Θέσεις φυλάκων Πύλη (κεντρική είσοδος) στο campus της ..... Ένας (1) φύλακας στην πρωινή βάρδια 06:00-14:00 (7 ημέρες την εβδομάδα) Δευτέρα έως Κυριακή και Ένας (1) φύλακας στην απογευματινή βάρδια 14:00-22:00 (7 ημέρες την εβδομάδα) Δευτέρα έως Κυριακή. Κεντρική Είσοδος των κτιρίων (διοικητικών υπηρεσιών, αιθουσών κ.λ.π.) Δύο (2) φύλακες στην πρωινή βάρδια 06:00-14:00 (7 ημέρες την εβδομάδα) Δευτέρα έως Κυριακή Ένας (1) φύλακας στην απογευματινή βάρδια 14:00-22:00 (7 ημέρες την εβδομάδα) Δευτέρα έως Κυριακή Δύο (2) φύλακες στη βραδινή βάρδια 22:00-06:00 (7 ημέρες την εβδομάδα) Δευτέρα έως Κυριακή. Η οικονομική μελέτη στηρίχτηκε στο ανωτέρω πρόγραμμα για να υπάρχουν συγκρίσιμα στοιχεία και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι για 7 άτομα προσωπικό φύλαξης οι ατομικές συμβάσεις ΙΔΟΧ κοστίζουν 145.688,10€ και για ανάδοχο παροχής υπηρεσίας φύλαξης το κόστος είναι 186.979,60€. Σε συνέχεια της άνω, υπ' αριθ. 11/22.3.2019 (θέμα 3.1) Πράξης της Δ.Ε ..... για την έγκριση πρόσληψης προσωπικού φύλαξης ακολούθησε η και η αριθ. πρωτ. 8335/22.4.2019. ΣΟΧ .....η οποία και απεστάλη στο ΑΣΕΠ προς έγκριση. Το ΑΣΕΠ με το από 10.7.2019 έγγραφό του (αριθμ. πρωτ. 7931/10.7.2019) διόρθωσε και ενέκρινε την άνω ΣΟΧ για την σύναψη σύμβασης εργασίας ορισμένου χρόνου, για την κάλυψη αναγκών φύλαξης. Στη συνέχεια εκδόθηκε η ανακοίνωση πρόσληψης ΣΟΧ .....(ΑΔΑ: .....), περίληψη της οποίας δημοσιεύθηκε σχετικά στον ημερήσιο τύπο. Σύμφωνα με αυτήν, η ..... ανακοίνωσε ότι θα προσλάβει με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου συνολικά δέκα τέσσερα (14) άτομα, για την κάλυψη αναγκών φύλαξης της, όπου αυτή εδρεύει στο ....., και συγκεκριμένα, ανά υπηρεσία, έδρα, ειδικότητα και διάρκεια σύμβασης, αριθμού ατόμων, όπως ορίζεται στον ΠΙΝΑΚΑ Α, στη σελ. 2 της ανακοίνωσης, με τα αντίστοιχα απαιτούμενα (τυπικά και τυχόν πρόσθετα) προσόντα, όπως ορίζονται στον ΠΙΝΑΚΑ Β, στη σελ. 2 της ανακοίνωσης, σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει και το

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

άρθρο όγδοο του ν. 4506/2017. Μετά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ενδιαφερομένων υποψηφίων για την υπόψη ανακοίνωση, τέλος, στις 15-10-2019, η Διοικούσα Επιτροπή της ....., με την υπ' αριθμ. 41/15.10.2019 (θέμα 1.1.) Πράξη της ενέκρινε τους προσωρινούς πίνακες κατάταξης προσληπτέων και απορριπτέων της επίμαχης ανακοίνωσης (υπ' αριθ. ΣΟΧ .....(2 πίνακες) με ΑΔΑ:.....).

10. Επειδή, η προσβαλλόμενη ανακοίνωση υπ' αριθ. ΣΟΧ .....της ..... ερείδεται στις διατάξεις του όγδοου άρθρου του ν. 4506/2017, οι οποίες προβλέπουν τα εξής: «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 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

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

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».

11. Επειδή, όπως ήδη έχει κριθεί στις Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αριθμούς 121.....(1<sup>ου</sup> Κλιμακίου) και 1225/2019 (8<sup>ου</sup> Κλιμακίου), από το περιεχόμενο του άρθρου 8 του ν. 4506/2017 συνάγεται ότι οι συμβάσεις που συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις του αποτελούν κατά τη σαφή βούληση του νομοθέτη «συμβάσεις απασχόλησης». Συνακόλουθα, μπορούν να συναφθούν επιτρεπώς εκτός των διαδικασιών της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Τούτο δε, γιατί κατά την έννοια του άρθρου 10 περ. ζ' της Οδηγίας 2014/24, οι συμβάσεις αυτές εξαιρούνται ρητώς του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας. Σύμφωνα με την από 25.10.2018 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

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

«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, 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.

12. Όπως, περαιτέρω, κρίθηκε με την ως άνω απόφαση του ΔΕΕ, κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 10 περ. ζ΄ της Οδηγίας 2014/24, ότι η έννοια «συμβάσεις απασχόλησης» της διάταξης καταλαμβάνει και συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου, όπως αυτές που συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις του ογδούτου άρθρου του ν. 4506/2017 (ΑΕΠΠ 1221 και 1225/2019).

13. Επειδή, εξάλλου, από κανένα στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι οι συμβάσεις τις οποίες αφορά η επίμαχη «Ανακοίνωση ΣΟΧ .....» της ..... δεν θα αποτελούν πραγματικές συμβάσεις εργασίας, αλλά ότι υπό το μανδύα της σύμβασης εργασίας υποκρύπτεται άλλος τύπος σύμβασης, όπως π.χ. σχέση εργασίας αορίστου χρόνου ή σύμβαση έργου, όπως αορίστως, αλλά και αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ώστε να ανακύπτει ζήτημα καταχρηστικής παράλειψης εφαρμογής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24. Κατά την Απόφαση από 25.10.2018 απόφαση του ΔΕΕ, μάλιστα, από τη διάταξη του άρθρου 10 παρ. ζ της οδηγίας 2014/24 ουδόλως προκύπτει ότι ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης απασχόλησης, με συνέπεια την εξαίρεσή της από

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, εξαρτάται από προϋποθέσεις συνδεδεμένες με το κύρος της και μάλιστα προβλεπόμενες ή συναγόμενες από το εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών, ενώ αντίθετη εκδοχή θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με την ανάγκη ομοιόμορφης ερμηνείας και εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης, το οποίο για το συγκεκριμένο ζήτημα δεν παραπέμπει στο δίκαιο των κρατών μελών. Σύμφωνα, συνεπώς, με τη διάταξη του άρθρου 10 περ. ζ΄ της Οδηγίας 2014/24, όπως άλλωστε ερμηνεύθηκε με την ίδια ως άνω Απόφαση του ΔΕΕ, το πραγματικό νομικό ζήτημα και η ερμηνεία αυτού ως έχει εξεταστεί 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), ούτε αν οι διατάξεις αυτές μπορεί να αντιβαίνουν στο Σύνταγμα. Αντίθετα, όπως κρίθηκε και για τις συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου του άρθρου 63 του ν. 4430/2016, και οι επίμαχες στην προκειμένη περίπτωση συμβάσεις εργασίας δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 και, συνεπώς δεν υφίσταται παράλειψη της ..... να κινήσει διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κατά την παραπάνω Οδηγία για τη σύναψή τους. Οι αντίθετοι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και αβάσιμοι.

14. Επειδή, όπως έγινε δεκτό στη πέμπτη σκέψη της παρούσας, προϋπόθεση για την παροχή δικαστικής προστασίας, κατά την οδηγία 89/665 και τις διατάξεις μεταφοράς της στο εσωτερικό δίκαιο, σε φορέα που αμφισβητεί τη νομιμότητα απόφασης αναθέτουσας αρχής να κινήσει διαδικασία σύναψης σύμβασης εκτός της οδηγίας 2014/24, αποτελεί η σύμβαση, τη σύναψη της οποίας επιχειρεί η δημόσια αρχή εκτός της οικείας οδηγίας (2014/24/ΕΕ) να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της τελευταίας, δηλαδή να είναι βάσιμος ο ισχυρισμός του φορέα που ζητεί προστασία, κατά τις παραπάνω διατάξεις. Ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις αμέσως παραπάνω σκέψεις της παρούσας, όμως, (βλ. σκ. 11-13), οι επίμαχες στην προκειμένη περίπτωση συμβάσεις εργασίας δεν εμπίπτουν στο πεδίο

## **Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24, συνακόλουθα, δεν δύναται να ελεγχθεί με βάση τις διατάξεις της οδηγίας 89/665, ούτε όμως και του ν. 4412/2016 ως μη νόμιμη η παράλειψη της ..... να κινήσει διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κατά την παραπάνω Οδηγία. Για τους ίδιους λόγους, παράβαση των άρθρων 49 και 56 ΣΛΕΕ, των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, καθώς και των άρθρων 16 και 52 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαραδέκτως προβάλλονται στα πιο πάνω πλαίσια, δεν έχουν όμως και εφαρμογή στην περίπτωση απόφασης δημοσίας αρχής, ως εν προκειμένω, να προσφύγει στη σύναψη συμβάσεων απασχόλησης όπως οι επίμαχες, προκειμένου να εκπληρώσει ορισμένα καθήκοντα απόρροια των υποχρεώσεων της δημοσίου συμφέροντος / των δημοσίων αναγκών της (πρβλ. ΑΕΠΠ 1225/2019). Ομοίως και για τους ίδιους λόγους απαραδέκτως προβάλλονται στο πλαίσιο της προστασίας του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και λοιποί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με άλλους, αναγόμενους στο εσωτερικό δίκαιο, λόγους για τους οποίους μη νόμιμα η ..... αποφάσισε να μην κινήσει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, αλλά επέλεξε να καλύψει τις ανάγκες φύλαξης της με συμβάσεις εργασίας και τούτο διότι ο περαιτέρω έλεγχος των προσβαλλόμενων πράξεων, στο πλαίσιο των διατάξεων του βιβλίου IV του νόμου, 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), περίπτωση όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η εξετασθείσα προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη και σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

**Αριθμός απόφασης: 1356 / 2019**

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 6<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2019.

**Ο Πρόεδρος**

**Κων/νος Πολ. Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**

**Τζέιμου Γιάννακα**

**α.α.**

**Βασιλική Κωστή**