



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ
ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 48/2017

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 5^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αποτελούμενο από τους : Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Πρόεδρο, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου (Εισηγήτρια) και Μαρία Μανδράκη, Μέλη, συνήλθε στις 15.09.2017 στην έδρα της Α.Ε.Π.Π.,

προκειμένου να εξετάσει την από 11.08.2017 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και με, η οποία εδρεύει στη, οδός

κατά 1) της Ανακοίνωσης υπ' αριθ. Σύμβαση Ορισμένου Χρόνου (Αριθ. Πρωτ.) του για τη σύναψη, 2) της υπ' αριθ., 3) της παράλειψης 4) κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης

αφού άκουσε την εισήγηση της Εισηγήτριας

μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου

σκέφτηκε κατά Νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

2. Επειδή, έχει κατατεθεί η από 31.08.2017 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της ΑΕΠΠ Παρέμβαση της, με την οποία η τελευταία αιτείται να απορριφθεί η προσφυγή της Προσφεύγουσας Εταιρείας για τους λόγους που προβάλλει στην ως άνω Παρέμβασή της.

3. Επειδή, με τις 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».

4. Επειδή, με τις διατάξεις του άρθρου 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.

5. Επειδή, η ΑΕΠΠ, 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.

6. 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)».

7. Επειδή, από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται σαφώς ότι, το πλέγμα των διατάξεων του Ν. 4412/2016, οι οποίες αφορούν στην παροχή έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (Βιβλίο IV, άρθρα 345-374 του Ν. 4412/2016), όπως και των διατάξεων του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.», όπως τούτο εκδόθηκε δυνάμει της εξουσιοδοτικής διάταξης της παραγράφου 7 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, καταλαμβάνει διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες εντάσσονται στη διαδικασία ανάθεσης των συμβάσεων εκείνων (και των τροποποιήσεων τους) που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, με την πρόσθετη προϋπόθεση ότι οι συμβάσεις

αυτές έχουν εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων ευρώ (60.000 ευρώ), χωρίς ΦΠΑ. Περαιτέρω, από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, αντιστοίχως δε και από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 10), εξαιρούνται ορισμένες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, μεταξύ των οποίων 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.

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

9. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 63 παρ. 1 του Ν. 4430/2016 ορίζεται ότι: *«1. Οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες των Υπουργείων, καθώς και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.) που εποπτεύονται από τα Υπουργεία, με απόφαση του αρμόδιου μονομελούς ή συλλογικού οργάνου της Διοίκησής τους, δύνανται για τις ανάγκες καθαριότητας των κτιρίων της ευθύνης τους και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, καθώς και για τις ανάγκες εστίασης, σίτισης και φύλαξής τους, να συνάπτουν ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, εφόσον δεν επαρκεί το υπάρχον προσωπικό τους και συντρέχουν απρόβλεπτες ή επείγουσες περιστάσεις. Ως τέτοιες θεωρούνται ενδεικτικώς: α) νομικό ή πραγματικό κώλυμα απρόσκοπτης παροχής των υπηρεσιών αυτών από τρίτα νομικά ή φυσικά πρόσωπα, που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του αποδέκτη των υπηρεσιών αυτών, β) εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας που επιτυγχάνεται με τη σύναψη των συμβάσεων εργασίας του παρόντος σε σύγκριση με άλλα μέσα. Για τη συνδρομή της απρόβλεπτης ή επείγουσας περίπτωσης απαιτείται αιτιολογημένη κρίση των παραπάνω φορέων. Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος άρθρου, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου. Οι εξαιρετικές ρυθμίσεις του παρόντος άρθρου μπορούν να εφαρμοστούν μέχρι 31.12.2018».* Ακολούθως, κατά την παρ. 3 του ως άνω άρθρου ορίζεται ότι: *«3. Για την επιλογή των προσώπων αυτών καταρτίζεται προσωρινός πίνακας κατάταξης, κατ' εφαρμογή των παραγράφων 6, 7, 8, 9, 10, 10Α, 11Α, 11Β και 12 του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 ...»*, ενώ κατά τις παρ. 7-8 του ως άνω άρθρου ορίζεται ότι *«7. Εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις των παραγράφων 1 και 2, οι αρμόδιοι φορείς της παραγράφου 1 δύνανται να συνάψουν συμβάσεις εργασίας με τα επιλεγέντα πρόσωπα κατ' εφαρμογή του άρθρου 97 του Ν. 4368/2016 ή του άρθρου 72 του Ν. 4369/2016 ή του άρθρου 44 του Ν. 4403/2016 ή του άρθρου 81 του Ν. 4413/2016. Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου...».* Τέλος δε, με το άρθρο 107 του Ν. 4461/2017 ρυθμίστηκαν ειδικότερα ζητήματα εφαρμογής του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 σε νομικά πρόσωπα οποιασδήποτε μορφής που

υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου Υγείας, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 97 του Ν.4368/2016 ορίζεται ότι : «Κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου, οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες του Υπουργείου Υγείας, καθώς και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.), που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας, με απόφαση του Διοικητικού τους Συμβουλίου (Δ.Σ.) ή της Διοίκησης ή του κατά περίπτωση αρμόδιου οργάνου τους, δύνανται για την καθαριότητα των κτιρίων της ευθύνης τους και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, καθώς και για τις ανάγκες σίτισης και φύλαξής τους, να συνάπτουν ατομικές συμβάσεις έργου ή μίσθωσης έργου ή παροχής υπηρεσιών, μέχρι τις 31.12.2017, με φυσικά πρόσωπα, που εργάζονταν ή εργάζονται αυτοπροσώπως, χωρίς να απασχολούν προσωπικό, στον καθαρισμό ή τη φύλαξη ή τη σίτιση των παραπάνω φορέων, βάσει οποιασδήποτε έννομης σχέσης ή σύμβασης, συναφθείσας είτε απευθείας με τους φορείς αυτούς είτε με τρίτα φυσικά ή νομικά πρόσωπα».

10. Επειδή, σύμφωνα με τις αποφάσεις του ΣτΕ υπ' αριθμ. 205 και 206/2016 αναφορικά με την εφαρμογή του ισχύοντος κατά το επίμαχο διάστημα έκδοσης των ανωτέρω αποφάσεων άρθρου 97 του ν 4368/2016, κρίθηκε ότι δεν είναι δυνατή η σύναψη των προκηρυσσόμενων συμβάσεων έργου μόνον με φυσικά πρόσωπα, κατά παρέκκλιση της διαδικασίας που ορίζεται στις Οδηγίες 2004/18/ΕΚ και 2014/24/ΕΕ, καθώς πιθανολογείται παραβίαση των διατάξεων 2, 4 παρ. 1 και 20 της Οδηγίας 2004/2018/ΕΚ, ενώ «όταν μια δημόσια αρχή αποφασίζει να μην κινήσει διαδικασίες αναθέσεως σύμφωνα με τα όσα ορίζουν οι διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, υπό την αντίληψη είτε ότι η εν λόγω σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών ευρωπαϊκών κανόνων των δημοσίων συμβάσεων, είτε ότι είναι πάντως δυνατή η μη εφαρμογή των κανόνων αυτών, η απόφαση αυτή αποτελεί την πρώτη απόφαση η οποία επιδέχεται δικαστικό έλεγχο (C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau σκ. 33-41), με το σύστημα δικαστικής προστασίας του Ν. 3886/2010».

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

12. Επειδή, το Δ.Σ. του, κατά το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης με αριθμ., κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, κρίνοντας ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις υπαγωγής σε αυτή. Προς τούτο δε, όπως προκύπτει και από τις προσκομισθείσες απόψεις του, ενέκρινε την οικονομοτεχνική ανάλυση κόστους από

την οποία προκύπτει εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας μέσω της σύναψης των επίμαχων συμβάσεων όπως και την έκδοση της προσβαλλόμενης Ανακοίνωσης ΣΟΧ με αριθ., διαβιβάζοντας προς το ΑΣΕΠ την προσβαλλόμενη Ανακοίνωση για τη σύναψη συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου. Ακολούθως, το ΑΣΕΠ ακολούθως με το υπ'αριθ. πρωτ. ΑΣΕΠ έγγραφό του ενέκρινε την προσβαλλόμενη ανακοίνωση, στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς του.

13. Επειδή, κατά τους ισχυρισμούς της Προσφεύγουσας Εταιρίας, η απόφαση του να προβεί στη σύναψη συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών φύλαξής του, κατ' εφαρμογή του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, όπως αυτή αποτυπώνεται στις προσβαλλόμενες πράξεις, έλαβε χώρα κατά παράβαση του ενωσιακού δικαίου, και δη των διατάξεων περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όπως και των διατάξεων των άρθρων 103, 5 παρ. 1 και 25 παρ. 1 του Συντάγματος που αφορούν στην υπηρεσιακή κατάσταση των υπαλλήλων του Δημοσίου, την αρχή της οικονομικής ελευθερίας και την αρχή της αναλογικότητας, αλλά και κατά παράβαση των προϋποθέσεων που θέτει η ίδια η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016. Ως εκ τούτου, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, θίγονται τα συμφέροντά της, εκ της στέρησης της δυνατότητάς της να συμμετέχει σε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών μέσω δημόσιας σύμβασης την οποία δύνατο να προκηρύξει το , καθώς η ίδια αποτελεί μια επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα αυτό και αποτέλεσε ανάδοχο του τελευταίου διαγωνισμού του Νοσοκομείου στο αυτό αντικείμενο.

14. Επειδή, κατά τους ισχυρισμούς της Παρεμβαίνουσας, αντικείμενο των προσβαλλόμενων πράξεων αποτελεί η σύναψη συμβάσεων εργασίας, υπό τη μορφή συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, οι οποίες εξαιρούνται από το θεσμικό πλαίσιο της οικείας ευρωπαϊκής οδηγίας. Περαιτέρω δε, η Παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η ίδια κατέχει όλα τα απαιτούμενα κατά την προσβαλλόμενη με αριθ. Ανακοίνωση τυπικά προσόντα για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό πρόσληψης προσωπικού φύλαξης με σύμβαση ορισμένου χρόνου, ενώ η Προσφεύγουσα Εταιρία στερείται έννομου συμφέροντος προς άσκηση της παρούσας, ενόψει της έλλειψης υποχρέωσης της διοίκησης για τη διενέργεια αντίστοιχου διεθνούς διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης.

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

16. Επειδή, με τις υπ' αριθ. 5/2017 και 6/2017 πράξεις της Επιτροπής του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3900/2010, διατάχθηκε η εισαγωγή 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, ενώ έγιναν κατά πλειοψηφία δεκτά ότι: α. οι επίμαχες αιτήσεις ακύρωσης αφορούν ζητήματα σχετικά με το διορισμό ή την πρόσληψη προσωπικού του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ, ανεξάρτητα από τη φύση της υπηρεσιακής σχέσης με την οποία συνδέονται, καθόσον οι συμβάσεις τις οποίες αφορούν οι προσβαλλόμενες με αυτές πράξεις και οι οποίες θα συναφθούν από τα νοσοκομεία ως ΝΠΔΔ εξαιρούνται ως συμβάσεις εργασίας από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 10 περ. ζ') και της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ 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 ΠΔ 18/1989, όπως ισχύει.

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

18. Επειδή, με το πρώτο ερώτημα ζητείται να απαντηθεί εάν κατά το άρθρο 10 περ. ζ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αρκεί για το χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως «σύμβασης απασχόλησης» το στοιχείο της εξαρτημένης εργασίας του εργαζομένου προς τον εργοδότη ή εάν απαιτείται η σύμβαση αυτή να συνοδεύεται από ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, όπως το είδος της εργασίας, οι συνθήκες σύναψης, τα προσόντα των υποψηφίων, τα στοιχεία της διαδικασίας επιλογής τους, ώστε η επιλογή αυτή να αποτελεί προϊόν εξατομικευμένης κρίσης. Ήτοι, εάν συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου, οι οποίες καταρτίζονται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, όπως ο χρόνος ανεργίας, η προηγούμενη εμπειρία, ο αριθμός των ανήλικων τέκνων, κατόπιν ενός τυπικού ελέγχου δικαιολογητικών και μίας προκαθορισμένης μοριοδότησης των ως άνω κριτηρίων, όπως οι συμβάσεις του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, μπορούν να θεωρηθούν ως «συμβάσεις απασχόλησης», με αποτέλεσμα κατά την έννοια αυτή να εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 10 περ. ζ'). Περαιτέρω, με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, αναδεικνύεται η ανάγκη οριοθέτησης του δημοσίου συμφέροντος, άλλως των έκτακτων περιστάσεων, κατ' επίκληση των οποίων δικαιολογείται η προσφυγή στη σύναψη συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, και δια τούτο σοβαρός περιορισμός στην άσκηση θεμελιωδών ελευθεριών κατά το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο.

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

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

21. Επειδή, σε κάθε περίπτωση δια του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος ανακύπτει αμφιβολία εν προκειμένω για την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, αφού εναργώς συνάγεται ότι η ύπαρξη ή μη αυτής (της αρμοδιότητας) τελεί σε απόλυτη και ευθεία σχέση με την απάντηση που θα δοθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο τρίτο προδικαστικό τιθέμενο ερωτήματα. Τούτο δε καθίσταται σαφές και πέραν πάσης αμφιβολίας από την απλή ανάγνωση ειδικότερα του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος, στο βαθμό που η ΑΕΠΠ κατά τις “δικονομικές Οδηγίες”, όπως αυτές ενσωματώθηκαν στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, αποτελεί τον πρώτο βαθμό έννομης προστασίας για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων.

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

αναθέτουσα αρχή μέσω της εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής, και αφετέρου το αρμόδιο δικαστήριο μέσω της εξέτασης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

23. Επειδή, από τις διατάξεις του άρθρου 360 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (και του άρθρου 3 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017), προβλέπεται ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ θεσπίζεται όχι μόνον ως υποχρεωτική προδικασία αλλά και ως προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 επ. του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 3-4 του Ν. 4412/2016 (και του άρθρου 18 παρ. 5-6 του Π.Δ. 39/2017) η αναθέτουσα αρχή υποχρεούνται να συμμορφώνεται προς τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, οι οποίες συνιστούν (μαζί με τις τυχόν σιωπηρές απορρίψεις επί των προσφυγών) τις μόνες προσβλητές πράξεις ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων. Συνεπώς, και όπως καθίσταται σαφές από τις προαναφερόμενες διατάξεις -σε σχέση και με το προϊσχύον καθεστώς- αλλά και από τις αρμοδιότητες που δίδονται στην ΑΕΠΠ, η τελευταία εντάσσεται στο πλαίσιο του ευρύτερου συστήματος παροχής έννομης/δικαστικής προστασίας.

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

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

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και *de lege ferenda* θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιβάλλει όπως η ΑΕΠΠ απέχει οιασδήποτε ερμηνείας αναφορικά τόσο με την αρμοδιότητά της επί της επίδικης προσφυγής,

όσο και επί της ουσίας της κρίσης των προβαλλόμενων ισχυρισμών, ήτοι της παραβίασης με την προσβαλλόμενη του ενωσιακού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, έως την έκδοση απόφασης από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στο βαθμό που τα ανωτέρω τελούν προϋπόθεση sine qua non για την εξέταση της υπόθεσης από την ΑΕΠΠ . Και τούτο διότι η αυθεντική ερμηνεία των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου, εν προκειμένω της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως ισχύει και όπως αυτές ενσωματώνονται στο Ν. 4412/2016, δύναται, λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω αναφερόμενα, να πραγματοποιηθεί μόνον από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η έκδοση δε απόφασης πρωθύστερα επί των ζητημάτων αυτών από την ΑΕΠΠ θα συνιστούσε υπέρβαση των άκρων ορίων της νομιμότητας και θα ευρίσκετο εκτός του νομίμου πλαισίου αρμοδιοτήτων της.

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

28. Επειδή, πριν από την οριστική επίλυση του υπόψη νομικού ζητήματος από το Συμβούλιο της Επικρατείας στο πλαίσιο της πρότυπης δίκης του άρθρου 1 του ν. 3900/2010 και την έκδοση από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης απόφασης επί των τιθέμενων με την υπ' αριθ. 1305/2017 ΣΤΕ προδικαστικών ερωτημάτων δεν θα πρέπει να δημιουργηθούν τετελεσμένες καταστάσεις, οι οποίες θα είναι δυσχερώς αναστρέψιμες.

29. Επειδή, παράλληλα θα πρέπει να παρέχεται αποτελεσματική έννομη προστασία κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 και να εξασφαλίζεται η πρακτική αποτελεσματικότητα της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλεται η περαιτέρω πρόοδος της διαδικασίας για τη, σύμφωνα με την Ανακοίνωση υπ' αριθ. ΣΟΧ (Αριθ. Πρωτ.) και, καθώς και η ενώπιον της ΑΕΠΠ

διαδικασία έως την έκδοση από το Συμβούλιο της Επικρατείας αποφάσεως προς επίλυση του ζητήματος που τίθεται με την προσφυγή αυτή.

Διατάσσεται η επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Σεπτεμβρίου 2017 και δημοσιεύθηκε στις 27 Σεπτεμβρίου 2017

Παραγγέλλεται ο Γραμματέας της Α.Ε.Π.Π., όπως σύμφωνα με τα άρθρα 11 και 19 του Π.Δ. 39/2017, παραχρήμα καταχωρίσει το διατακτικό της Απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων, κοινοποιήσει την παρούσα Απόφαση στους ενδιαφερόμενους, ήτοι την Προσφεύγουσα εταιρεία, την Αναθέτουσα Αρχή και τους Παρεμβαίνοντες και προβεί σε κάθε περαιτέρω κατά νόμον ενέργεια.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Μπάκου