



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Λεωφόρος Θηβών 198

Αγ. Ιωάννης Ρέντης

Πειραιάς, Τ.Κ. 18233

Κτίριο Κεράνη 5^{ος} όροφος

Αριθμός Απόφασης 69/2017

Το 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής στις 06 Οκτωβρίου 2017, με την εξής σύνθεση: Στυλιανό Μαυρίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη μέλος και Γερασιμούλα -Μαρία Δρακονταειδή, μέλος,

προκειμένου να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ/58/31.08.2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ/8/31.08.2017 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «.....» κατά του Γενικού Νοσοκομείου «.....» και κατά της υπ' αριθ. ..η/7.8.2017 (θέμα 3ο) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ανωτέρω νοσοκομείου, με αντικείμενο α) την έγκριση του υπ' αριθ. πρωτ./11.5.2017 πρακτικού της επιτροπής Οικονομοτεχνικής Μελέτης σχετικά με τη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την φύλαξη του ανωτέρου Νοσοκομείου, β) την ακύρωση της υπ' αριθ. ../17 Διακήρυξης παροχής υπηρεσιών φύλαξης η οποία αναρτήθηκε στις 30.06.2017 στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με α/α συστήματος, λόγω εξοικονόμησης δημοσιονομικής ωφέλειας με τη σύναψη ατομικών συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, σύμφωνα με την υπ' αριθ. πρωτ./2.8.2017 Οικονομοτεχνική μελέτη, γ) τη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου που αφορούν την πρόσληψη 12 ατόμων για τη φύλαξη του Νοσοκομείου με σκοπό την εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας στο πλαίσιο του αρ. 63 του Ν.

4430/2016, δ) τη διενέργεια συνοπτικών διαγωνισμών με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την προμήθεια σχετικού εξοπλισμού ρουχισμού (ΚΑΕ 1528) και εξοπλισμού συστήματος ασύρματης επικοινωνίας (ΚΑΕ 1436) συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ και ε) την συνέχιση της συνεργασίας με την υπάρχουσα εταιρία «.....» μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την φύλαξη του Νοσοκομείου για λόγους που επιτάσσει το δημόσιο συμφέρον.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της εισήγησης του Προέδρου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΤΟ ΝΟΜΟ

1. **Επειδή** σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής απαιτείται η κατάθεση παραβόλου από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης και περαιτέρω το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ. Η Προσφεύγουσα Εταιρία επισυνάπτει στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της το υπ' αριθ. παράβολο ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 ευρώ), το οποίο για μεν την εξέταση της νομιμότητας του σκέλους της προσβαλλόμενης απόφασης περί σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου είναι ακριβές, καθώς στην απόφαση του ΔΣ του Νοσοκομείου δεν καθορίζεται προϋπολογιζόμενη δαπάνη συγκεκριμένου ύψους ώστε να είναι δυνατός ο ακριβής υπολογισμός του ανωτέρω αναλογικού παραβόλου(ΣτΕ ΕπΑν 195/13, 425/14, 9/15). Σχετικά ωστόσο, με την εξέταση της νομιμότητας του σκέλους της προσβαλλόμενης απόφασης περί ματαίωσης του διαγωνισμού που αφορά στην υπ' αριθ. ../17 Διακήρυξη παροχής υπηρεσιών φύλαξης, δεν κρίνεται ακριβές δεδομένου ότι στην

ανωτέρω διακήρυξη οριζόταν σαφώς η προϋπολογιζόμενη δαπάνη και συγκεκριμένα αυτή ανερχόταν στο ποσό των 241.935,05 ευρώ. Επομένως, απαραδέκτως, λόγω μη καταβολής του παραβόλου που ορίζει ο νόμος, φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ ο λόγος περί μη νομιμότητας ακύρωσης του διαγωνισμού που αφορά η υπ' αριθ. ../17 Διακήρυξη παροχής υπηρεσιών φύλαξης από το Γενικό Νοσοκομείο.....

2. **Επειδή**, από την επισκόπηση του συνόλου της προσφυγής προκύπτει ότι τα υπό στοιχεία «4» και «5» σημεία της προσβαλλομένης πράξης/απόφασης του Δ.Σ. του νοσοκομείου δεν προσβάλλονται αυτοτελώς και ουδεμία αιτίαση προβάλλεται κατ' αυτών κι, επομένως δεν μπορούν 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.

3. **Επειδή**, κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, η Προσφεύγουσα Εταιρία ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου....., επικαλούμενη βλάβη των συμφερόντων 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 φύλαξης μέσω δημόσιας σύμβασης, παρά το ότι είναι επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα αυτό, ασκεί επομένως την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον.

4. **Επειδή** κατά τους ισχυρισμούς της Προσφεύγουσας Εταιρίας συντρέχουν λόγοι ακύρωσης της αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου με την οποία αποφασίστηκε η σύναψη 12 ατομικών συμβάσεων εργασίας για την φύλαξη του και ακυρώθηκε η διακήρυξη που είχε δημοσιευθεί στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ την 30.06.2017 με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης. Οι λόγοι ακύρωσης που σύμφωνα με την Προσφεύγουσα Εταιρία επιβάλλουν την ακύρωση

της ανωτέρω απόφασης είναι συνοπτικά α) η παραβίαση της κοινοτικής οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως μεταφέρθηκε με το Ν. 4412/2016 στην εσωτερική έννομη τάξη, η οποία διέπει την σύναψη των δημοσίων συμβάσεων καθώς και των άρθρων 49 (Ελευθερία εγκατάστασης) και 56 (Ελευθερία Παροχής Υπηρεσιών) της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), β) η αντίθεση στο Σύνταγμα και στο Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης, γ) η παραβίαση του αρ. 103 του Συντάγματος και δ) η παράβαση των προϋποθέσεων που θέτει η ίδια η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016.

5. **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 δημοσίων 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 το 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.

6. **Επειδή**, κατά τις διατάξεις του άρθρου 3 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προσδιορίζεται το αντικείμενο και το πεδίο εφαρμογής του εν λόγω νόμου ως εξής: *«1. Το παρόν*

Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος», ενώ κατά το άρθρο 10 του ως άνω νόμου, 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: [...] ζ) αφορούν συμβάσεις εργασίας, [...]».

7. **Επειδή** κατά τη διάταξη του άρθρου 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[...]

8. **Επειδή** σύμφωνα με το αρ. 63 του Ν. 4430/2016 «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. [...] 3. [...] 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. [...] 5. [...] 6. [...] 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 (Α 21) ή του άρθρου 72 του Ν. 4369/2016 (Α' 33) ή του άρθρου 44 του Ν. 4403/2016 (Α' 125) ή του άρθρου

81 του Ν. 4413/2016 (Α' 148). Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου. Με απόφαση του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, δύνανται να ρυθμίζονται οι λεπτομέρειες εφαρμογής της παρούσας παραγράφου.8. Η περίπτωση 2 της παρ. 1 του άρθρου 377 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), καταργείται από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της.»

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/ΕΚ, 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. Όμως, από τις σχετικές συζητήσεις 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 και μη επείγουσα. [...]. 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**, 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».

11. **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.

12. **Επειδή** κατά την Αιτιολογική 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 ενώπιων 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 αρμοδιότητα του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγουμένη 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. Επιπλέον, 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 εγγυών αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα».

13. **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 ενώπιον 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.

14. **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), ως προαναφέρθηκε, 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.

15. **Επειδή**, εν προκειμένω, το Διοικητικό Συμβούλιο του Γενικού Νοσοκομείου....., κατά το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης της ..ης/1.8.2017 συνεδρίασης του, ενέκρινε κατά πλειοψηφία τη σύναψη δώδεκα ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για τη φύλαξη του Νοσοκομείου και την παράλληλη ακύρωση της υπ' αριθ. ../17 διακήρυξης παροχής υπηρεσιών φύλαξης που αναρτήθηκε την 30.06.2017 στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. με αύξοντα αριθμό συστήματος, με σκοπό την εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας υπέρ του (Νοσοκομείου), κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 και κρίνοντας ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις υπαγωγής σε αυτή. Επιπλέον, στην ανωτέρω συνεδρίαση αποφασίστηκε η συνέχιση της συνεργασίας του καθού Νοσοκομείου με την Προσφεύγουσα εταιρία μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας σύναψης των ανωτέρω ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Προς τούτο δε, όπως προκύπτει και από την προσβαλλόμενη απόφαση, ενέκρινε το υπ' αριθ. πρωτ./11.05.2017 Πρακτικό της Επιτροπής Οικονομοτεχνικής Μελέτης σχετικά με την σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την φύλαξη του Νοσοκομείου. Περαιτέρω, στην ως άνω συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου αποφασίστηκε η διενέργεια συνοπτικών διαγωνισμών με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την προμήθεια σχετικού εξοπλισμού ρουχισμού και εξοπλισμού συστήματος ασύρματης επικοινωνίας συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α.

16. **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.

17. **Επειδή**, η προσβαλλομένη πράξη όσον αφορά στα σημεία υπό «1» και «3» αυτής (1. η έγκριση του υπ. αριθμ. πρωτ./11.5.2017 πρακτικού της επιτροπής Οικονομοτεχνικής Μελέτης Σχετικά με Σύναψη Ατομικών Συμβάσεων Εργασίας Ιδιωτικού Δικαίου Ορισμένου Χρόνου για την φύλαξη του Νοσοκομείου και 3. Η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου που αφορούν την πρόσληψη 12 ατόμων για τη φύλαξη του Νοσοκομείου με σκοπό την εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας στο πλαίσιο του αρ. 63 του Ν. 4430/2016), 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. 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.

18. **Επειδή**, το γεγονός ότι πυρήνα 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 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').

19. **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.

20. **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.

21. **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 αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ενόψει του ότι με τις επίμαχες αιτήσεις ακύρωσης θίγεται το γενικότερου 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.

22. **Επειδή**, από το σύνολο των ανωτέρω περιστάσεων, όπως και από το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 συνάγεται ότι, η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε 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 διότι η εύρυθμη και ασφαλή λειτουργία του Νοσοκομείου προϋποθέτει την πρόσληψη και στελέχωση με μόνιμο προσωπικό που να καλύπτει πάγιες και διαρκείς ανάγκες»*.

23. **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 .

24. **Επειδή**, εκ των ανωτέρω, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 επόμε. του Ν. 4412/2016, κατά πράξεων που αποφαινόμενοι 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 ρυθμιζόμενα 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.

25. **Επειδή** σχετικά με το ζήτημα του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής κατά πράξεων που προηγούνται της διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης πρέπει να αναφερθεί πως 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 αποφαινόμενοι 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.

26. **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 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.

27. **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 (ΔΕΕ, StadtHalle και RPL Lochau, C-26/03, σκ. 34, 36 και 37)».

Επίσης, στην ανωτέρω υπ' αριθ. 1305/2017 απόφαση του ΣτΕ το Δικαστήριο, κατά τη συνεκδίκαση 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 Ενωσιακό 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, ÅkerbergFransson, 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 κατατεθή 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 ρυθμίσεών 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 υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ως απαράδεκτη σχετικά με το αίτημα ακύρωσης της ματαίωσης του Διαγωνισμού που αφορά η υπ' αριθ. ../17 Διακήρυξη παροχής υπηρεσιών φύλαξης, λόγω μη καταβολής του νόμιμου παραβόλου
- Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή ως απαράδεκτη κατά τα λοιπά αιτήματα, 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