

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 26^η Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/ 384/20-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) Ι/64/20-12-2017 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, οδός, αρ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Έβρου (Εφεξής «Νοσοκομείο»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει :

Να γίνει δεκτή η υπό εξέταση προσφυγή και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις, ήτοι α) η υπ' αριθμ. 3873/21-7-2017/ΣΟΧ1/2017 ανακοίνωση για την πρόσληψη εποχικού προσωπικού σε νομικά πρόσωπα που υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου υγείας για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επείγουσών αναγκών με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για τις ανάγκες καθαριότητας, που δημοσιεύτηκε στο διαδίκτυο στις 13/12/2017, β) η υπ' αριθμ. 16/24-05-2017 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου του ΠΓΝΕ, με την οποία αιτιολογείται η συνδρομή της απρόβλεπτης και επείγουσας περίπτωσης για πρόσληψη προσωπικού κατά τις διατάξεις του άρθρου 63 του ν. 4430/2016, γ) η παράλειψη διεξαγωγής ενιαίου διαγωνισμού προς σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά τις διατάξεις του ν. 4412/2016, για το αντικείμενο παροχής των υπηρεσιών, δ) κάθε άλλη συναφής και συμπροσβαλλόμενη διοικητική πράξη, ή παράλειψη του Δ.Σ. του ως άνω νοσοκομείου που σχετίζεται με οποιονδήποτε νομικό ή πραγματικό

Αριθμός απόφασης: 111/2018

τρόπο με την ανωτέρω απόφαση έκδοσης προκήρυξης πρόσληψης προσωπικού και ιδίως, ενδεικτικώς αναφερομένων, παραλαβή αιτήσεων, σύσταση επιτροπής αξιολόγησης, διενέργεια αξιολόγησης αιτήσεων, έκδοση, αποστολή προς έγκριση, έγκριση προσωρινών και οριστικών αποτελεσμάτων, υπογραφή συμβάσεων με προσωρινώς ή οριστικώς επιτυχόντες, έκδοση πράξεων διορισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 181059779958 0220 0086), αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Τράπεζα Αττικής, εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «δεσμευμένο» και την σχετική βεβαίωση της ΑΕΠΠ περί ελέγχου και δέσμευσής του από την Υπηρεσία).

2. Επειδή, για την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατατέθηκε απευθείας στην ΑΕΠΠ με το από 20.12.2017 ηλεκτρονικό μήνυμα δυνάμει των άρθρων 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 8 παρ. 3-5 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64) (εφεξής Κανονισμός), καθώς η προσβαλλόμενη διαδικασία πρόσληψης προσωπικού με συμβάσεις εργασίας δεν μπορεί να διενεργηθεί μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, έγινε χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ΥΑ 56902/215/2-6-17 (ΦΕΚ 1924/Β΄/2 Ιουν 17) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και Διαδικασίες Λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ» ορίζει ρητά στο άρθρο 19 ότι : *«Άρθρο 19 Προδικαστικές Προσφυγές- Ενστάσεις . 1. Προδικαστικές Προσφυγές .1.1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/2016,*

Αριθμός απόφασης: 111/2018

κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου *Portable Document Format (PDF)*, το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8. Τα σχετικά παράβολα κατατίθενται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 7 της παρούσας». Ανεξαρτήτως, δε, χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, η ψηφιακή υπογραφή καταρχήν είναι υποχρεωτική καθώς δυνάμει του άρθρου 4 του ΠΔ 39/2017 στις περιπτώσεις που η υπό εξέταση διαδικασία δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, η προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ ηλεκτρονικά μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η δε ψηφιακή υπογραφή καθιστά έγκυρη την ηλεκτρονική κατάθεση πρωτότυπου εγγράφου, με υπογραφή που ισοδυναμεί με την ιδιόχειρη. Όμως, επικουρικώς, και ανεξαρτήτως υποχρεωτικότητας της ψηφιακής υπογραφής δυνάμει των ειδικών προβλέψεων του Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» και δη ως ορίζεται στην παρ. 2 του άρθρου 10, που αφορά τις προθεσμίες «2. Ο ενδιαφερόμενος μπορεί, μέσα στην προβλεπόμενη προθεσμία, να υποβάλει την αίτησή του ή άλλο έγγραφο με μηχανικό μέσο εφόσον το μέσο τούτο αφήνει αποτύπωμα που καθιστά αναμφίβολη την αναγνώριση του μηχανήματος αποστολής και παραλαβής, καθώς και της ημερομηνίας και ώρας αποστολής και παραλαβής. Στη συνέχεια όμως οφείλει να υποβάλει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 3 και 11, το αργότερο μέσα σε πέντε (5) ημέρες από τη λήξη της προθεσμίας, έγγραφο, που φέρει την ιδιόχειρη υπογραφή του και έχει όμοιο περιεχόμενο με αυτό το οποίο παρέλαβε, με το μηχανικό μέσο, η υπηρεσία». Ως εκ τούτου, η υπό κρίση προσφυγή που κατατέθηκε βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο ως απλό ψηφιακό αντίγραφο, ούσα υπογεγραμμένη ιδιόχειρα, ασκείται απαραδέκτως, καθώς δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη για να εξομοιώνεται με την ιδιοχείρως υπογεγραμμένη κι επομένως, να έχει την ισχύ πρωτότυπου εγγράφου.

4. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία, κατά δήλωσή της, έχει ως αντικείμενο εργασιών σύμφωνα με το καταστατικό της, μεταξύ άλλων την

Αριθμός απόφασης: 111/2018

ανάληψη εργολαβιών καθαριότητας ιδιωτικών και δημοσίων χώρων, παροχή υπηρεσιών καθαρισμού κοινοχρήστων χώρων κατοικιών και επαγγελματικών χώρων, υπηρεσιών καθαρισμού ειδικών επαγγελματικών χώρων – Υγειονομικών χώρων (Νοσοκομείων, κλπ). Επίσης βρίσκεται σε εκκρεμότητα η ανάθεση της σύμβασης καθαρισμού στην , δυνάμει δημόσιου διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. 14/2017 διακήρυξη, ο οποίος είναι στο τελικό στάδιο (έχουν αποσταλεί από την προσφεύγουσα κατόπιν σχετικής πρόσκλησης εκ μέρους του καθού Νοσοκομείου τα δικαιολογητικά κατακύρωσης). Ως προκύπτει, δε, από τα αναφερόμενα στην υπό εξέταση προσφυγή, ο ως άνω διαγωνισμός κινδυνεύει να ματαιωθεί λόγω της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία αποφασίστηκε η πρόσληψη 112 ατόμων με ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, γεγονός που εάν συμβεί, θα ζημιώσει αδιαμφισβήτητα την προσφεύγουσα. Ωστόσο, δεδομένης της υφιστάμενης διαγωνιστικής διαδικασίας δεν θεμελιώνεται στην παρούσα επαρκώς το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, καθόσον μάλιστα η ενδεχόμενη απόφαση του Νοσοκομείου περί ματαίωσης του ως άνω διαγωνισμού δύναται να προσβληθεί παραδεκτώς κατά τον εκείνο κρίσιμο χρόνο, δυνάμει του Ν. 4412/2016. Ακόμη και σε περίπτωση, ωστόσο, που υφίστατο ζήτημα μη διενέργειας διαγωνισμού, δεν θα υφίστατο επαρκής θεμελίωση άμεσης ζημίας καθώς δεν είναι βέβαιο ότι θα προκηρυσσόταν (και θα εδύνατο να κατακυρωθεί ομοίως) έως και την 31.12.2018 νέος δημόσιος διαγωνισμός για τις ανάγκες καθαριότητας οπότε και η προσφεύγουσα θα ήταν σε θέση να συμμετάσχει με συμφέρουσα και ανταγωνιστική προσφορά.

5. Επειδή με την 16η/24.05.2017 Συνεδρίαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου αποφασίστηκε ομόφωνα η έναρξη διαδικασίας πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος μέσω ΑΣΕΠ (ΣΟΧ) σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία για την απασχόληση εργαζομένων με σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου και αιτιολογήθηκε η συνδρομή των σχετικών προϋποθέσεων υπαγωγής στο άρθρο 63 του Ν. 4430/2016.

6. Επειδή με την Ανακοίνωση ΣΟΧ υπ' αριθμ. 1/2017 (αριθμ. πρωτ. 3873/21-7-2017) για την πρόσληψη εποχικού προσωπικού για την

Αριθμός απόφασης: 111/2018

αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επείγουσών περιστάσεων με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για ανάγκες “για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων και επείγουσών περιστάσεων για ανάγκες καθαριότητας (καθαριστριών & πλυντριών), άρθρα: 21 του Ν. 2190/1994, όπως ισχύει, 63 του Ν. 4430/2016 και 107 του Ν. 4461/2017” ανακοινώθηκε η πρόσληψη, με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, συνολικά 112 ατόμων με ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου (100 ΥΕ προσωπικού καθαριότητας (καθαριστών/στριών), 12 ΥΕ Προσωπικού Καθαριότητας (Πλυντών-τριών) του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Έβρου), η οποία εγκρίθηκε κατόπιν διόρθωσης από τον ΑΣΕΠ με την με αριθμ. πρωτ.: 13979/2017/1/2017 της 21/9/2017 επιστολή του και αναρτήθηκε στο διαδίκτυο την 13^η/12/2017.

7. Επειδή κατά της άνω πράξης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή την 20-12-2017 με αποστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απευθείας στην ΑΕΠΠ καθώς η προσβαλλόμενη διαδικασία πρόσληψης προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή το Νοσοκομείο προέβη σε κοινοποίηση ανακοίνωσης περί της άσκησης της υπό κρίση προσφυγής στον επίσημο διαδικτυακό του τόπο δεδομένου, ότι δεν υφίσταται χρήση του ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των προσβαλλομένων πράξεων ως και της μη νόμιμης καταρχήν παράλειψης διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού του Ν. 4412/2016 δυνάμει της αιτιολογικής έκθεσης του Ν. 4412/2016 καθώς και των άρθρων 18, 74,75 και 76 του ως άνω Νόμου. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφερόμενη στο άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 επισημαίνει μεταξύ άλλων σε σχέση με την αιτιολογική έκθεση της εν λόγω διάταξης ότι «είναι ελάχιστο το εργολαβικό όφελος και το διοικητικό κόστος που προτείνεται με τις προσφορές στους διαγωνισμούς» ότι και με τη ρύθμιση του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 (ως και συναφών νομοθετημάτων) επιχειρείται να προαχθεί η εξαίρεση από τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ δια μέσου της αυτοοργάνωσης με συμβάσεις εργασίας μετ’ επίκλησης νομοθετικής διάταξης κατά παράβαση του άρθρου 103 Σ που απαιτεί σωρευτικά «και επείγουσες και απρόβλεπτες ανάγκες» και ότι εν γένει η ρύθμιση του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 αντιβαίνει στις συνταγματικές

Αριθμός απόφασης: 111/2018

επιταγές και τις δεσμεύσεις που απορρέουν από τα Μνημόνια Συνεργασίας.

10. Επειδή, δευτερευόντως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υφίσταται με τις προσβαλλόμενες πράξεις που αφορούν σε συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου παραβίαση διατάξεων ΣΛΕΕ και της αρχής της αναλογικότητας. Ειδικότερα, αναφέρει η προσφεύγουσα *«Το γεγονός ότι οι συμβάσεις εργασίας εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών που αφορούν τον ανταγωνισμό, δεν έχει ως συνέπεια ότι οι συμβάσεις αυτές εξαιρούνται και από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων της Συνθήκης Λειτουργίας Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορούν την ελεύθερη κυκλοφορία προσώπων ή των υπηρεσιών, εφόσον οι προϋποθέσεις εφαρμογής των σχετικών διατάξεων διαφέρουν»*. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι με τη διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 και τις προσβαλλόμενες πράξεις παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, που συνδέεται ευθέως με το άρθρο 56 ΣΛΕΕ, καθώς περιορίζεται υπέρμετρα η άσκηση των κατοχυρωμένων ελευθεριών, ως είναι η ελευθερία της επιχειρηματικής δραστηριότητας (105 Συντ) και η επαγγελματική ελευθερία (άρθρο 15 παρ. ΧΘΔΕΕ), ενώ *«το κρίσιμο μέτρο – του αποκλεισμού- δεν ανταποκρίνεται πραγματικά (52 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ) στον επιδιωκόμενο σκοπό ούτε είναι απαραίτητο (κατάλληλο) για την επίτευξή του. Δεν είναι αναγκαίο (52 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ) υπό την έννοια ότι δεν υπήρχε διαθέσιμο άλλο μέτρο με το οποίο να ήταν δυνατή η επίτευξη του ίδιου σκοπού με ηπιότερες για τον δικαιούχο συνέπειες (C-379/08,C-380/08 σκ. 86)»*.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται την έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης του Νοσοκομείου καθώς - ως αναφέρει - δεν συνιστά έκτακτη συνθήκη και λόγο κατεπείγοντος το γεγονός ότι ενδεχόμενα η έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας καθυστέρησε λόγω παραλείψεων ή έλλειψης επιμέλειας του Νοσοκομείου. Περαιτέρω, αναφέρει η προσφεύγουσα αυτολεξεί *«ιδίως στην επίδικη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή έχει πλήρη κάλυψη με ενεργές συμβάσεις εκτελούμενες από την εταιρεία μας, ενώ ταυτόχρονα έχει προκηρύξει διαγωνισμό όπου η εταιρεία μας κηρύχθηκε μειοδότης»*. Οπότε, ως διατείνεται η προσφεύγουσα, δεν συντρέχουν οι απρόβλεπτες ή επείγουσες περιστάσεις που κατά τη διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να συναφθούν οι

Αριθμός απόφασης: 111/2018

αναφερόμενες στην ίδια παράγραφο συμβάσεις εργασίας. Επίσης, με την υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλεται κατά της αιτιολογίας με την οποία το Νοσοκομείο αποφάσισε την έκδοση προκήρυξης πρόσληψης προσωπικού, καθώς - κατά τα λεγόμενά της- δεν φέρει την πλήρη και ειδική αιτιολογία που απαιτείται με αναφορά στους λόγους για τους οποίους αποφασίσθηκε η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αόριστη και αβάσιμη και με κριτήριο την οικονομική προσφορά της στα πλαίσια του υφιστάμενου διαγωνισμού για υπηρεσίες καθαριότητας, που ανέρχεται -κατά δήλωσή της -στο ποσό του 1.103.856,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, και υποστηρίζει ότι δεν υφίσταται δημοσιονομικό όφελος, που συνιστά προϋπόθεση εφαρμογής της επίμαχης διάταξης, γιατί - με βάση τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή- δεν έχει υπολογισθεί ορθώς από το Νοσοκομείο το κόστος της μισθοδοσίας των απασχολούμενων με ατομικές συμβάσεις εργασίας. Καταλήγει, δε, η προσφεύγουσα αναφέροντας ότι : α) η ανάγκη παροχής υπηρεσιών στους χώρους των Νοσοκομείων όπως ο καθαρισμός δεν αποτελεί επείγουσα ή απρόβλεπτη ανάγκη κατά παρέκκλιση του άρθρου 107 παρ. 7 και 8 Συντ. , β) *«Η διάταξη του άρθρου 63 παρ. 1 του Ν. 4430/2016 είναι αντίθετη προς το Σύνταγμα γιατί ρυθμίζει μεμονωμένα πάγια και διαρκείς ανάγκες οι οποίες πρέπει να καλύπτονται είτε με τη σύσταση και πλήρωση οργανικών θέσεων προσωπικού, σύμφωνα με το άρθρο 103 Συντ., είτε με την προκήρυξη διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην εσωτερική και κοινοτική έννομη τάξη»* και γ) *«δεν υπάρχει αυτοοργάνωση και παροχή υπηρεσιών με ίδια, υπάρχοντα μέσα εκ μέρους της διοίκησης του Νοσοκομείου. Επομένως, δεν συντρέχει λόγος να μην εφαρμοσθεί η κοινοτική οδηγία περί δημοσίων συμβάσεων δεδομένου ότι υπάρχει διαρκής, πάγια και προβλέψιμη ανάγκη παροχής υπηρεσιών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας»*.

12. Επειδή, επίσης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με την διάταξη 63 του Νόμου 4430/2016 παραβιάζονται διατάξεις του Συντάγματος. Ειδικότερα, καταρχήν παραβιάζεται η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και της οικονομικής ελευθερίας, καθώς οι τιθέμενοι περιορισμοί καθιστούν αδύνατη ή υπερμέτρως δυσχερή τη πραγματοποίηση

Αριθμός απόφασης: 111/2018

των θεμιτών σκοπών της επιχειρηματικής δραστηριότητας, από τους οποίους εξαρτάται η επιβίωση της επιχείρησης ως οικονομικής μονάδας. Περαιτέρω, παραβιάζεται η αρχή της ισότητας, καθώς ως διατείνεται η προσφεύγουσα *«με τις επίμαχες νομοθετικές ρυθμίσεις, εκτοπίζοντας την παροχή υπηρεσιών από το πεδίο των δημόσιων διαγωνισμών, έχουν γενικεύσει την επιβολή ακριβώς του πλήρους αποκλεισμού των νομικών προσώπων από την αγορά παροχής υπηρεσιών προς το δημόσιο. Συνεπώς, οι επίμαχες νομοθετικές ρυθμίσεις παραβιάζουν ευθέως την αρχή της ισότητας και τυγχάνουν για το λόγο αυτό ανεφάρμοστες»*.

13. Επειδή το Νοσοκομείο στις 28-12-2017 με το με αριθμό πρωτ. 6934 έγγραφό του απέστειλε τις απόψεις του επί την υπό κρίση προσφυγή. Μεταξύ άλλων υποστηρίζει ότι *«..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»* Καθώς και ότι *«..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.*

Αριθμός απόφασης: 111/2018

4412/2016, κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας και υπηρεσίας».

14. Επειδή κατά το άρθρο 103 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «.....2. Κανένας δεν μπορεί να διοριστεί υπάλληλος σε οργανική θέση που δεν είναι νομοθετημένη. Εξαιρέσεις μπορεί να προβλέπονται από ειδικό νόμο, για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες με προσωπικό που προσλαμβάνεται για ορισμένη χρονική περίοδο με σχέση ιδιωτικού δικαίου. 3. Οργανικές θέσεις ειδικού Επιστημονικού καθώς και τεχνικού ή βοηθητικού προσωπικού μπορούν να πληρούνται με προσωπικό που προσλαμβάνεται με σχέση ιδιωτικού δικαίου. Νόμος ορίζει τους όρους για την πρόσληψη, καθώς και τις ειδικότερες εγγυήσεις τις οποίες έχει το προσωπικό που προσλαμβάνεται.....7. Η πρόσληψη υπαλλήλων στο Δημόσιο και στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, πλην των περιπτώσεων της παραγράφου 5, γίνεται είτε με διαγωνισμό είτε με επιλογή σύμφωνα με προκαθορισμένα και αντικειμενικά κριτήρια και υπάγεται στον έλεγχο ανεξάρτητης αρχής, όπως νόμος ορίζει. 8. Νόμος ορίζει τους όρους, και τη χρονική διάρκεια των σχέσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου στο Δημόσιο και τον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, για την κάλυψη είτε οργανικών θέσεων και πέραν των προβλεπόμενων στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 3 είτε πρόσκαιρων είτε απρόβλεπτων και επείγουσών αναγκών κατά το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2..... 8. 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».

15. Επειδή, από τις σχετικές συζητήσεις στην Ζ' Αναθεωρητική Βουλή και το ανωτέρω άρθρο 103 του Συντάγματος, δεν προκύπτει ότι βούληση του αναθεωρητικού νομοθέτη ήταν να αποστερήσει από τον κοινό νομοθέτη την δυνατότητα να θεσπίσει διατάξεις πρόσληψης προσωπικού ορισμένου χρόνου, με αντικειμενικά και προκαθορισμένα κριτήρια, σε απρόβλεπτες ή επείγουσες περιπτώσεις, έστω και εάν αυτές δεν αφορούν σε παροδικές ή εποχιακές ανάγκες, καθώς δεν αποκλείεται μία τακτική ανάγκη του Δημοσίου να έχει επείγοντα ή απρόβλεπτο χαρακτήρα για την κάλυψή της, αλλά και

Αριθμός απόφασης: 111/2018

αντιστρόφως μία εποχιακή ανάγκη να είναι απολύτως προβλέψιμη και μη επείγουσα.

16. Επειδή, στο άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 «Κοινωνική και Αλληλέγγυα Οικονομία και ανάπτυξη των φορέων της και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 205), ορίζονται τα εξής: 1: «Οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες των Υπουργείων, καθώς και τα ΝΠΔΔ και ΝΠΙΔ 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. Οι εξαιρετικές ρυθμίσεις του παρόντος άρθρου μπορούν να εφαρμοστούν μέχρι 31.12.2018». [.....] 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 (ΦΕΚ Α' 28) και των κατ' εξουσιοδότηση κανονιστικών πράξεων [...]. 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 5 ημερών από τη σύνταξή τους...». [.....] 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 (ΦΕΚ Α' 21) ή του άρθρου 72 του Ν. 4369/2016 (ΦΕΚ Α' 33) ή του άρθρου 44 του Ν. 4403/2016 (ΦΕΚ Α' 125) ή του άρθρου 81 του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148). Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου. Με απόφαση του κατά

Αριθμός απόφασης: 111/2018

περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, δύνανται να ρυθμίζονται οι λεπτομέρειες εφαρμογής της παρούσας παραγράφου».

17. 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*

Αριθμός απόφασης: 111/2018

(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/ΕΕ και 2014/24/ΕΕ [...]. Υπό τις έκτακτες και παροδικές συνθήκες οικονομικής κρίσης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η παρούσα προτεινόμενη διάταξη αποσκοπεί: α) Στην διασφάλιση δημοσιονομικού οφέλους που θα προκύψει από την σημαντική ελάφρυνση του προϋπολογισμού των αντίστοιχων φορέων, μέσω της εξοικονόμησης του εργολαβικού κέρδους που περιλαμβάνεται στο εργολαβικό αντάλλαγμα, β) Στην βελτίωση των συνθηκών εργασίας των εργαζομένων στις προαναφερόμενες επιχειρήσεις, αφού διασφαλίζεται η προσήκουσα αντιπαροχή και η τήρηση των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, γ) Στην αντιμετώπιση των επειγουσών ή απρόβλεπτων αναγκών των αποδεκτών των υπηρεσιών, που δεν μπορούν να ικανοποιηθούν μέσω της προκήρυξης και πλήρωσης οργανικών θέσεων, ενόψει των

Αριθμός απόφασης: 111/2018

προεκτεθέντων, δ) Στην ρύθμιση του ζητήματος κατά τρόπο συμβατό προς το Σύνταγμα και το Ενωσιακό Δίκαιο[...]».

18. Επειδή, δυνάμει του άρθρου 107 του Ν. 4461/2017 «Μεταρρύθμιση της Διοικητικής Οργάνωσης των υπηρεσιών ψυχικής υγείας, Κέντρα Εμπειρογνωμοσύνης σπάνιων και πολύπλοκων νοσημάτων, τροποποίηση συνταξιοδοτικών ρυθμίσεων του Ν. 4387/2016 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 31), διορθώνεται-τροποποιείται το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 κατ' επέκταση της δυνατότητας εφαρμογής του σε νομικά πρόσωπα οποιασδήποτε μορφής που υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου Υγείας, υπό την ευθύνη των οποίων λειτουργούν ή πρόκειται να λειτουργήσουν χώροι παροχής πρωτοβάθμιας ή δευτεροβάθμιας ή τριτοβάθμιας φροντίδας υγείας.

19. Επειδή, στην παρ. 9 του άρθρου 21 «Προσωπικό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για κάλυψη παροδικών αναγκών» του Ν. 2190/1994 «Σύσταση ανεξάρτητης αρχής για την επιλογή προσωπικού και ρύθμιση θεμάτων διοίκησης» (ΦΕΚ Α΄ 28) προβλέπεται ότι : *«Η ανακοίνωση κοινοποιείται στο ΑΣΕΠ. Ανακοίνωση που αφορά πρόσληψη προσωπικού με διάρκεια απασχόλησης μεγαλύτερη των 4 μηνών, εγκρίνεται ή τροποποιείται μέσα σε 10 εργάσιμες ημέρες από την περιέλευση του αντίστοιχου σχεδίου στο ΑΣΕΠ. Εάν η προθεσμία των 10 ημερών παρέλθει άπρακτη, τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη του ΑΣΕΠ»*, ενώ αντίστοιχα, στον Ν. 3260/2004 «Ρυθμίσεις του συστήματος προσλήψεων και θεμάτων δημοσίας διοίκησης» (ΦΕΚ Α΄ 151) και δη στην παρ. 1 του άρθρου 3 (Θέματα προκηρύξεων-ανακοινώσεων) ορίζεται ότι : *«Οι προθεσμίες ελέγχου των προκηρύξεων και ανακοινώσεων εκ μέρους του ΑΣΕΠ, που προβλέπονται στα άρθρα 1 παρ. 3 του Ν. 2527/1997 (ΦΕΚ Α΄ 206), 21 παρ. 9 του Ν. 2190/1994 (ΦΕΚ Α΄ 28) και 18 παρ. 8 του Ν. 2539/1997 (ΦΕΚ Α΄ 244) όπως ισχύουν, ορίζονται σε 20 εργάσιμες ημέρες...»*. Καθίσταται, επομένως, σαφές, ότι κάθε Ανακοίνωση Σ.Ο.Χ. συνιστά σύνθετη διοικητική πράξη, η οποία ενσωματώνει την ως άνω ρητή ή σιωπηρή θετική σύμφωνη γνώμη περί της νομιμότητας της πρόσληψης από τον μόνο αρμόδιο για τον έλεγχο νομιμότητας προσλήψεων στον δημόσιο τομέα φορέα, ήτοι το Α.Σ.Ε.Π., η δε θετική αυτή γνώμη συνιστά και την αιτιολογία της τελικής εκτελεστής πράξης (βλ. ΣτΕ 934/2013, 1569/2012).

20. Επειδή στην αιτιολογική σκέψη της παρ. 5 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σημειώνεται ότι: «Θα πρέπει να υπενθυμιστεί ότι καμία διάταξη της παρούσας οδηγίας δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα μέσα πλην των δημόσιων συμβάσεων κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας. Η παροχή υπηρεσιών που βασίζεται σε νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή σε συμβάσεις εργασίας δεν θα πρέπει να καλύπτεται». Σύμφωνα, με την παραπάνω διάταξη, το κάθε κράτος-μέλος έχει τη διακριτική ευχέρεια στο πλαίσιο νομοθετικών διατάξεων (ή κανονιστικών πράξεων ή συμβάσεων εργασίας) να αυτο-οργανώνει την παροχή υπηρεσιών που τον αφορούν και με άλλα μέσα πέραν των δημοσίων συμβάσεων, όπως είναι τα ίδια μέσα αλλά και οι συμβάσεις εργασίας. Με άλλα λόγια δεν εγκαθιδρύεται υποχρέωση για την παροχή των υπηρεσιών από το κράτος μέσω εξωτερικών φορέων, δηλαδή νομικών προσώπων ή/και ατομικών επιχειρήσεων, που λειτουργούν ως εργολάβοι. Επίσης, δεν συνάγεται από την εν γένει νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου 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, *Stadt Halle* και *RPL Lochau*), καθιστά υποχρεωτική την εφαρμογή της Οδηγίας μόνον όταν συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις εφαρμογής της.

21. Επειδή, στις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής: α) 345 (Πεδίο Εφαρμογής) παρ. 1: «Οι διατάξεις του παρόντος ΒΙΒΛΙΟΥ (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των €60.000, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους» (όμοια η διάταξη του άρθρου 1α) Κανονισμού). β) 360 (Δικαίωμα άσκησης προσφυγής): «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Αριθμός απόφασης: 111/2018

ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής» (όμοια η διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Κανονισμού). γ) 367 (Διαδικασία λήψης απόφασης-συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ) παρ. 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...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» (όμοιες οι διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 και 18 παρ. 1,4 Κανονισμού). δ) 379 (Έναρξη ισχύος) παρ. 7 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116)): «*Οι διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61,120, 290 και 330 του παρόντος: ...».**

22. Επειδή, στο ΒΙΒΛΙΟ I του Ν. 4412/2016, Μέρος Α' (Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες), ορίζεται ρητώς στο άρθρο 10 (Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών) (κατ' ενσωμάτωση του όμοιου άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), ότι: «*Το παρόν ΒΙΒΛΙΟ (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες: ...*
ζ) *αφορούν συμβάσεις εργασίας ...*», όπως εν προκειμένω οι «ατομικές συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου» οι οποίες ρυθμίζονται από όλες τις ανωτέρω αναφερόμενες νομοθετικές διατάξεις, δεν εμπíπτον όμως στο Ν. 4412/2016, οπότε δεν αποτελούν αντικείμενο έννομης προστασίας βάσει των δικονομικών Οδηγιών για την παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων όπως αυτές ισχύουν και ενσωματώθηκαν με τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016 (άρθρο 1 παρ. 1γ του Ν. 4412/2016).

23. Επειδή, εκ των ανωτέρω, και όλως επικουρικώς προς τις σκέψεις 3 και 4, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 και επόμενου του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, που ενσωμάτωσαν την Οδηγία 89/665/EΚ, ως τροποποιηθείσα ισχύει, κατά πράξεων που αφορούν σε συμβάσεις εργασίας, οι οποίες δεν εμπίπτουν *ratione materiae* στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και βάσει των οποίων τηρείται διαδικασία εκτός του ανωτέρω πλαισίου, ήτοι αναμφισβήτητα μη δημόσιας σύμβασης (βλ. σχετικά και σκ.16 της ΣτΕ Ε.Α.205/2016). Τούτο διότι οι κανόνες διαφάνειας και αξιοκρατίας που διέπουν την διαδικασία σύναψης συμβάσεων με φυσικά πρόσωπα, στο πλαίσιο εξαρτημένης εργασίας, αποτελούν εσωτερικό ζήτημα των κρατών-μελών, μη ρυθμιζόμενο από τις ανωτέρω Οδηγίες και διαφοροποιούνται ευλόγως των αντίστοιχων κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους οικονομικούς φορείς κατά την έννοια της υποπαραγράφου 5 της παρ.1 του άρθρου 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

24. Επειδή, όλως επικουρικώς, έχει κριθεί ότι σκοπός των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων είναι τόσο η αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποβάλλοντες προσφορά ή υποψήφιοι κατά τη σύναψη οποιασδήποτε σύμβασης στην οποία προβαίνουν οι αναθέτουσες αρχές, όσο και ο αποκλεισμός του ενδεχομένου ένας οργανισμός ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, να καθορίζει τη στάση του με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως (βλ., στο πνεύμα αυτό, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria* κ.λπ., σκέψη 33, C-360/96, *BFI Holding*, σκέψεις 42 και 43, C-380/98, *University of Cambridge*, σκέψεις 16 και 17). Σε καμία περίπτωση συνεπώς δεν απαγορεύεται, επί τη βάσει ακριβώς εκτιμήσεων οικονομικής φύσεως, ένας οργανισμός δημοσίου δικαίου να προσφύγει σε ίδια μέσα προκειμένου να εξυπηρετήσει τις ανάγκες του. Στο πλαίσιο αυτό, ο Φορέας μπορεί να καταφύγει και σε προσκλήσεις εκδηλώσεως ενδιαφέροντος **προς φυσικά πρόσωπα προκειμένου να του παράσχουν αποκλειστικά και μόνο την εργασία τους αυτοπροσώπως**, χρησιμοποιώντας κατά τα λοιπά τα μέσα που διαθέτει (βλ. ΔΕΕ C - 389/92, *Ballast Nedam Groep*, σκέψη 13, C- 76/98, *Holst Italia*, σκέψη 26, C-399/98,

Αριθμός απόφασης: 111/2018

Ordine degli Architetti κ.λπ., σκέψη 90, C-305/08, *CoNISMa*, C451/08, *Helmut Mueller GmbH*, σκέψεις 60 - 61).

25. Επειδή, αντιστοίχως, έχει κριθεί ότι μια δημόσια αρχή η οποία έχει την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής έχει την ευχέρεια να εκτελεί τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος που της έχουν ανατεθεί με ίδια διοικητικά, τεχνικά και λοιπά μέσα, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς φορείς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες της (βλ. C-26/03, *Stadt Halle και RPL Lochau* (σκέψη 48), C-324/07, *Codiiel Brabant* (σκέψη 48), C-480/06, *Επιτροπή κατά Γερμανίας* (σκέψη 45), και C-573/07, *Sea* (σκέψη 57). (βλ., στο πνεύμα αυτό, C-360/96, *BFI Holding*, σκέψη 41).

26. Επειδή με την υπ' αριθμ. 5/2017 πράξη της Επιτροπής του άρθρου 1 του Ν. 3900/2011 διατάχθηκε, κατ' αποδοχή σχετικού αιτήματος, η εισαγωγή στο Συμβούλιο της Επικρατείας της από 19-12-2016 αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και της συναφούς αίτησης ακύρωσης άλλου οικονομικού φορέα, που 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 σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3886/2010, Α' 173) και στρεφόταν κατά πράξεων με τις οποίες αποφασίστηκε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου προς επίλυση του τιθέμενου και στην υπό κρίση προσφυγή ζητήματος της συμφωνίας των ανωτέρω διατάξεων προς το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Σύνταγμα, το οποίο έχει συνέπειες για ευρύτερο κύκλο προσώπων. Με την αυτή πράξη έγινε δεκτό, κατά πλειοψηφία, ότι οι ως άνω αιτήσεις έπρεπε να εισαχθούν στο Γ' Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας (ως αφορώσες πρόσληψη προσωπικού ΝΠΔΔ), η δε αίτηση προσωρινής δικαστικής προστασίας να εκδικασθεί ως αίτηση αναστολής κατά το άρθρο 52 του πδ 18/1989, ως ισχύει. Περαιτέρω, ομοίως έχει κρίνει - επί αιτήσεων αναστολής κατά εκδοθέντων αποφάσεων της ΑΕΠΠ- ότι η αντίστοιχη αίτηση αναστολής πρέπει να εκδικασθεί ως αίτηση αναστολής του άρθρου 52 του π.δ 18/1989 και ως εκ τούτου να παραπεμφθεί στο αρμόδιο κατά το άρθρο αυτό, σε συνδυασμό με το άρθρο 4 παρ. 2 του ν.

Αριθμός απόφασης: 111/2018

702/1977 (Α΄268) (τριμελές) Συμβούλιο του Δικαστηρίου τούτου (ενδεικτικά ΔεφΑθ 376/2017, 378/2017).

27. Επειδή, περαιτέρω, στην 1305/2017 απόφαση, με την οποία το Συμβούλιο της Επικρατείας απέστειλε προδικαστικά ερωτήματα χωρίς να εκφέρει ίδια εκτίμηση επ' αυτών, διατυπώθηκε και μειοψηφούσα άποψη, κατά την οποία δεν συνέτρεχε λόγος προδικαστικής παραπομπής, διότι *«εναπόκειται στην ευχέρεια των κρατών μελών να επιλέγουν ένα μέσο όπως οι επίμαχες συμβάσεις εργασίας, κατ' αποκλεισμό των δημοσίων συμβάσεων»* και *«διότι κατά τη σαφή έννοια της οδηγίας 89/665/ΕΚ οι διατάξεις της δεν εφαρμόζονται σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων απασχόλησης, όπως αυτές του άρθρου 63 του ν. 4430/2016, διότι αυτές εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ»* (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 171/2017).

28. Επειδή έχει κριθεί ότι οι εν λόγω συμβάσεις εργασίας εμπίπτουν καταρχήν στην εν λόγω εξαίρεση του άρθρου 10 περ. ζ της Οδηγίας 2014/14/ΕΕ [βλ. ΔεφΑθ (ΑΣΦ) 343/2017] και ότι *«δεν μπορεί να πιθανολογηθεί σοβαρώς ότι υφίσταται άλλη ειδική ή γενική διάταξη ή γενική αρχή είτε του ενωσιακού δικαίου, είτε του εθνικού δικαίου που να επιβάλλει στους αναθέτοντες φορείς να καλύπτουν τις ανάγκες τους κατά προτεραιότητα μέσω οικονομικών φορέων και μόνο κατ' εξαίρεση ή με ειδική αιτιολογία με ίδιο προσωπικό»* (βλ. ΔεφΑθ 374/2017).

29. Επειδή, αμφότερα τα ανωτέρω συστήματα προσωρινής δικαστικής προστασίας παρέχουν στους προσφεύγοντες επαρκές πλαίσιο έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 Συντ., άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ και 6 ΕΣΔΑ), υφισταμένης της δυνατότητας έκδοσης προσωρινής διαταγής και ταχείας εκδίκασης της αίτησης, ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού της από τους διαδικούς, αναλόγως της κρισιμότητας και των περιστάσεων της εκάστοτε υπόθεσης.

30. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, οι επίμαχες συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν από το Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο Έβρου, εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΑ Ι και ΙV, συνεπώς, αναρμοδίως εισάγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ η κατατεθείσα Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 111/2018

31. Επειδή, επισημαίνεται ότι όλως επικουρικός προς τα ως άνω λεχθέντα, δεν απομένει περιθώριο ερμηνείας των προσβαλλόμενων πράξεων ως απόφαση περί μη εκκίνησης διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού ή ως παράλειψη προς διενέργεια δημόσιου διαγωνισμού για κάλυψη αναγκών καθαριότητας έως την 31.12.2018, καθώς σε κάθε περίπτωση εκκρεμεί η ανάθεση δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στην προσφεύγουσα, οι δε προσβαλλόμενες πράξεις δεν περιλαμβάνουν απόφαση ματαίωσης του εν θέματι διαγωνισμού οπότε εν γένει απαραδέκτως ασκείται η παρούσα.

32. Επειδή, δυνάμει του άρθρου 10 περ. ζ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της οι συμβάσεις απασχόλησης, ήτοι οι συμβάσεις εργασίας, όπως εν προκειμένω. Συντρεχούσης της εξαιρέσεως αυτής, οι κανόνες περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν έχουν εφαρμογή (ΣΤΕ Ε.Α. 206/2016, σκ.20). Ο λόγος που εισήχθη θεσμικά η εξαίρεση της εφαρμογής των συμβάσεων εργασίας δικαιολογείται από το γεγονός ότι με την σύναψη της σύμβασης εργασίας εγκαθιδρύεται μία στενότερη έννομη σχέση έναντι εκείνης που εγκαθιδρύεται με την σύναψη σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών (C-271/08, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως *Eur. Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας*, της 14-4-2010, σκ.138). Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός είναι να μην παρεμποδίζουν οι κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων τους εργοδότες, κατά την απόφαση περί επιλογής των εργαζομένων τους, να λαμβάνουν υπόψη και εξατομικευμένα στοιχεία (Jochum G., *DasRechtderEuropaischenUnion*, τόμος IV, Β7, σημείο 53, Οκτ.2009 και C-271/08, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως, *Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας*, σκ.139). Επειδή, επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά πράξεως, που αφορά σε συμβάσεις εργασίας, οι οποίες ρητώς εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και συνακόλουθα από τις δικονομικές Οδηγίες, κρίνεται ως απαράδεκτη λόγω αναρμοδιότητας.

33. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη της παρ. 5 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το κάθε κράτος-μέλος έχει την ευχέρεια στο πλαίσιο νομοθετικών διατάξεων (ή κανονιστικών πράξεων ή συμβάσεων

Αριθμός απόφασης: 111/2018

εργασίας) να αυτο-οργανώνει την παροχή υπηρεσιών που τον αφορούν και με άλλα μέσα πέραν των «δημοσίων συμβάσεων», όπως άλλωστε είναι και οι συμβάσεις εργασίας. Επομένως, ακόμη και εάν δεν υφίστατο ενεργός διαγωνισμός για την ανάθεση των υπηρεσιών καθαριότητας, δεν θα συνιστούσε παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας η μη προκήρυξη διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (ΣΤΕ 8801/2016) καθώς κάτι τέτοιο προϋποθέτει – μη υφιστάμενη – διαρκή υποχρέωση της Ελλάδος ως κράτος-μέλος της Ε.Ε., να καλύπτει τις ανάγκες της μέσω της παροχής υπηρεσιών τρίτων προσώπων, και όχι μέσω ίδιων μέσων, όπως οι συμβάσεις εργασίας που αντιτίθεται στις προβλέψεις του Συντάγματος και του ενωσιακού δικαίου οπότε και απαραδέκτως προσβάλλεται, σε κάθε περίπτωση, από την προσφεύγουσα.

34. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, και υπό την επιφύλαξη των αναφερόμενων ως άνω, η παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά πράξεων που προηγούνται της ενάρξεως τυπικής σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης κρίνεται με βάση την σωρευτική πλήρωση των εξής δύο προϋποθέσεων : α) Να εκφράζουν την απόφαση να μην κινηθεί διαδικασία αναθέσεως σύμφωνα με όσα ορίζουν η οδηγία 2014/24 (παλαιότερα η οδηγία 2004/18/ΕΚ) και β) Να αποφαίνονται επί δημόσιας σύμβασης, δηλαδή να αποτυπώνουν τον ισχυρισμό ότι μία συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των συγκεκριμένων οδηγιών (C-26/03, *Stadt Halle κατά Pfl Lochau*. σκ. 35-41). Επισημαίνεται ότι η ανωτέρω νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου ευλόγως έκρινε ως ανωτέρω, αφού διαφορετική άποψη θα είχε ως αποτέλεσμα να παρακάμπτονται οι κανόνες διαφάνειας του συντονισμού των δημοσίων προμηθειών που ρυθμίζονται από το κοινοτικό κεκτημένο, ανάλογα με την 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 εταιρεία, χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού. Παράλληλα δεν έχει κριθεί ουδέποτε από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ότι απόφαση αρχής να συνάψει μη δημόσια σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, που ρητώς εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, μπορεί να προσβληθεί ως δήλωση μη συνάψεως δημόσιας σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 111/2018

35. Επειδή σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω δεν εκδηλώθηκε η βούληση με την προσβαλλόμενη πράξη για την μη διενέργεια διαγωνισμού για την σύναψη δημόσιας σύμβασης, ως προαναφέρθη, αλλά για την κάλυψη εκτάκτων και απρόβλεπτων περιστάσεων, μέσω συμβάσεων εργασίας.

36.Επειδή, η πλειονότητα των προβαλλόμενων ισχυρισμών πλήττουν την συνταγματικότητα του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 και τη μη συμμόρφωσή του με τη ΣΛΕΕ και το ΧΘΔΕΕ ή/και θέτουν ζητήματα νομιμότητας της απόφασης του Νοσοκομείου, ως είναι η πλημμελής αιτιολογία. Επομένως το βασικό ερώτημα που τίθεται είναι εάν είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο και το Σύνταγμα η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, 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, γεγονός που αναμφίβολα δεν εμπίπτει στην καθ' ύλην αρμοδιότητα ελέγχου της ΑΕΠΠ.

37. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

38. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

39. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν.4412/2016) ύψους εξακοσίων (600) ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους εξακοσίων (600) ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 111/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 26^η Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε την 14^η Φεβρουαρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Σταμάτιος Μαλινδρέτος