

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου-Εισηγήτρια και Απόστολος Σιαπέρας Μέλη.

Για να εξετάσει την από 1-04-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/406 του οικονομικού φορέα «» και το διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής προσφεύγουσα), με έδρα την, οδός, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθούν: 1) η υπ' αριθ. ΣΟΧ 1/2019 (με αριθμό πρωτ. 58004/19.12.2018) ανακοίνωση του ΝΠΔΔ με την επωνυμία «ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ΑΧΕΠΑ» για τη σύναψη εκατόν δεκαπέντε (115) συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, ιδιωτικού δικαίου, για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων και επειγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες καθαριότητας του, 2) η από 14.06.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» (Συνεδρίαση 16η- θέμα 3ο), με την οποία αποφασίστηκε και εγκρίθηκε η προκήρυξη των ως άνω θέσεων για τη σύναψη εκατόν δεκαπέντε (115) ατομικών συμβάσεων εργασίας, ορισμένου χρόνου, για την καθαριότητα του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» και 3) η από 29.11.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ» (Συνεδρίαση 29η - Θέμα 6ο), περί τροποποίησης της αρχικής έγκρισης σύναψης των εκατόν δεκαπέντε (115) ατομικών συμβάσεων εργασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή η προσφεύγουσα κατέβαλε εμπρόθεσμα και προσηκόντως το παράβολο, ύψους εξακοσίων ευρώ (600,00 €) σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 267254781959 0528 0012, το από 29-03-2019 αποδεικτικό πληρωμής στην Τράπεζα Πειραιώς, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη δεσμευμένο).

2. Επειδή, για την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατατέθηκε απευθείας στην ΑΕΠΠ μέσω του από 1.04.2019 ηλεκτρονικού μηνύματος 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 μέσω συμβάσεων 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 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

3. Επειδή η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, δραστηριοποιείται στον τομέα των καθαρισμών κτιρίων καθώς και λοιπών κτιριακών εγκαταστάσεων με πληθώρα έργων καθαρισμού στο ενεργητικό της. Με τις προσβαλλόμενες πράξεις- ως διατείνεται η προσφεύγουσα –επιλέγεται η αποφυγή της διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας του Ν.4412/2016 και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ μέσω σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας αποκλεισμένης της συμμετοχής της σε δημόσιο διαγωνισμό λόγω της νομικής της προσωπικότητας, δεδομένου ότι ήδη εκτελεί τις υπηρεσίες καθαριότητας του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ» δυνάμει διαδοχικών παρατάσεων της σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης με αριθμό 37230-26/2016, η οποία λήγει στις 31-07-2019.

4. Επειδή με την από 14.06.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ» (Συνεδρίαση 16η - Θέμα 3ο), αποφασίστηκε και εγκρίθηκε η σύναψη εκατόν

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

δεκαπέντε (115) ατομικών συμβάσεων εργασίας, ιδιωτικού δικαίου, ορισμένου χρόνου, για την καθαριότητα του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ», δυνάμει του άρθρου 63 του Ν.4430/2016. Μετέπειτα, με την από 29.11.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ» (Συνεδρίαση 29η - Θέμα 6ο), τροποποιήθηκε η αρχική έγκριση σύναψης των 115 ατομικών συμβάσεων εργασίας, κατόπιν της τροποποίησης του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 με το άρθρο 6 παρ.3 του Ν.4558/2018.

5. Επειδή, κατόπιν των ως άνω αποφάσεων και προς υλοποίηση αυτών, εκδόθηκε η υπ' αριθ. ΣΟΧ 1/2019 (με αριθμό πρωτ. 58004/19.12.2018) ανακοίνωση, η οποία αναρτήθηκε στο Πρόγραμμα «Διαύγεια» την 22η.03.2019, με την οποία το Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» προκήρυξε εκατόν δεκαπέντε (115) θέσεις εργασίας και προσκάλεσε φυσικά πρόσωπα για την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής, προκειμένου να συναφθούν ατομικές συμβάσεις εργασίας, για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων και επείγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες καθαριότητάς του.

6. Επειδή κατά των άνω πράξεων ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή την 1/04/2019 με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απευθείας στην ΑΕΠΠ καθώς η προσβαλλόμενη διαδικασία πρόσληψης προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, στην οποία ενσωματώνεται και αίτημα αναστολής.

7.Επειδή με την με αρ.498/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε το ΠΓΝΘ «ΑΧΕΠΑ» αρχή να υποβάλει τις απόψεις του επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή το ΠΓΝΘ «ΑΧΕΠΑ» δεν έστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις του επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας.

9. Επειδή με την υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αυτολεξεί τα κάτωθι: «[.....]ΙΙ. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ

Α. Αντίθεση του άρθρου 63 του Ν.4430/2016, δυνάμει του οποίου εξεδόθησαν οι προσβαλλόμενες πράξεις, με το Σύνταγμα και με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

Το ΝΠΔΔ με την επωνυμία «ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ΑΧΕΠΑ», ανακοίνωσε με την υπ' αριθ. ΣΟΧ 1/2019 (με αριθμό πρωτ. 58004/19.12.2018) Ανακοίνωση, τη σύναψη εκατόν δεκαπέντε (115) συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου, ορισμένου χρόνου, για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων και επείγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες καθαριότητας του Π.Γ.Ν.Θ ΑΧΕΠΑ, δυνάμει της δυνατότητας, την οποία θεωρεί ότι του παρέχει το άρθρου 63 του Ν.4430/2016. Ωστόσο, οι διατάξεις του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 αντίκεινται εμφανώς στο Σύνταγμα και στο δίκαιο της ευρωπαϊκής ένωσης. Με το εν λόγω άρθρο, καταλύονται συνταγματικές αρχές, αλλά και θεμελιώδεις αρχές της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας, όπως ενδεικτικά η αρχή της ισότητας, της αναλογικότητας, οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, οι αρχές της οικονομικής ελευθερίας, το δικαίωμα άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας, το δικαίωμα ανάπτυξης ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας, καθώς το σύνολο των νομικών προσώπων ρητά αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παροχή υπηρεσιών καθαριότητας ενός ΝΠΔΔ, χωρίς αιτιολογημένη βάση.

Εάν ληφθεί υπόψη το άρθρο 63 του Ν.4430/2016, το οποίο παρέχει τη δυνατότητα πρόσληψης προσωπικού με συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου, σε συνδυασμό με το άρθρο 2 του Ν.4528/2018, με το οποίο καταργείται η τρίμηνη παύση μεταξύ συμβάσεων ορισμένου χρόνου, είναι εμφανές ότι τεχνηέντως το άρθρο 63 του Ν.4430/2016 καταλύει την προβλεπόμενη συνταγματική διαδικασία και μεθοδολογία προσλήψεων για την κάλυψη αναγκών του δημοσίου τομέα, καθώς ουσιαστικά παρέχει τη δυνατότητα σύναψης συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, οι οποίες με τη δυνατότητα διαδοχικής σύναψής τους, θα μετατραπούν σε συμβάσεις αορίστου χρόνου!

Εκκρεμεί μάλιστα σχετικά η έκδοση οριστικής απόφασης του ΣΤΕ ως προς το ζήτημα της συμφωνίας του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 προς το Σύνταγμα και το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Με την υπ' αριθ. 5/2017 Πράξη της Επιτροπής του άρθρου 1 παρ.1 του Ν.3900/2010, διατάχθηκε να εισαχθεί στο Συμβούλιο της Επικράτειας η ασκηθείσα ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών αίτηση ακυρώσεως και η αντίστοιχη αίτηση αναστολής της εταιρείας «.....», κατά πράξεων του «Γενικού Ογκολογικού Νοσοκομείου Αττικής «ΟΙ ΑΓΙΟΙ ΑΝΑΡΓΥΡΟΙ», με

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

τις οποίες εγκρίθηκε η σύναψη τριάντα πέντε (35) ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για τις ανάγκες καθαριότητας των εσωτερικών χώρων και του περιβάλλοντος χώρου του ως άνω νοσοκομείου, κατ' εφαρμογή του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016.

Με την ως άνω Πράξη της Επιτροπής έγινε δεκτό ότι τίθεται το γενικότερο ενδιαφέροντος ζήτημα της συμφωνίας προς το Σύνταγμα και το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης των διατάξεων του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 (Α' 205), το οποίο έχει συνέπειες για ευρύτερο κύκλο προσώπων. Οι πράξεις δε αυτές δημοσιεύτηκαν στις ημερήσιες εφημερίδες «.....» και «.....» και αναρτήθηκαν στην ιστοσελίδα του Συμβουλίου της Επικράτειας.

Επί της ασκηθείσας αιτήσεως αναστολής, εξεδόθη η υπ' αριθ. 85/2017 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Γ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικράτειας, όπου ανεστάλη η έκδοση αποφάσεως επί της αιτήσεως αναστολής, έως την έκδοση οριστικής αποφάσεως επί της ασκηθείσας αίτησης ακυρώσεως.

Η αίτηση ακυρώσεως, με πράξη της Προέδρου του Γ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικράτειας, εισήχθη λόγω σπουδαιότητας προς συζήτηση στην Επταμελή σύνθεση του Συμβουλίου της Επικράτειας και ορίστηκε δικάσιμος, η 6η Απριλίου 2017. Η συζήτηση της ως άνω αίτησης ακυρώσεως έγινε την 6η Απριλίου 2017 ενώπιον του Γ' Τμήματος Επταμελούς Σύνθεσης του Συμβουλίου της Επικράτειας, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθ.1305/2017 μη οριστική απόφαση, με την οποία το δικαστήριο επιφυλάχθηκε να εκδώσει οριστική απόφαση καθώς υπεβλήθη, σύμφωνα με το άρθρο 267 της ΣΛΕΕ, στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αίτημα για έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί των τιθέμενων τριών προδικαστικών ερωτημάτων, για μείζονος ενδιαφέροντος νομικά ζητήματα.

Το ΔΕΕ με την υπ' αριθ. C-260/2017 απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2018, απάντησε επί των τριών προδικαστικών ερωτημάτων που ετέθησαν από το ΣτΕ και κατόπιν τούτου, εισήχθη εκ νέου προς συζήτηση η ως άνω αίτηση ενώπιον του Γ' Τμήματος (Επταμελούς Σύνθεσης) του ΣτΕ κατά τη δικάσιμο της 07ης.02.2019. Ωστόσο εκδόθηκε η υπ' αριθ. 302/2019 απόφαση, με την οποία κρίθηκε ότι η κρινόμενη αίτηση ακυρώσεως είχε εκδικαστεί αναρμοδίως από το Γ' Τμήμα και παραπέμφθηκε η αίτηση στην Πρόεδρο του Συμβουλίου της Επικράτειας προκειμένου να καθορισθεί το αρμόδιο Τμήμα για την οριστική

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

εκδίκασή της. Μετά ταύτα η αίτηση ακυρώσεως εισήχθη με πράξη της Προέδρου του ΣτΕ λόγω σπουδαιότητας στην Ολομέλεια του ΣτΕ και η συζήτησή της θα λάβει χώρα την 10η Μαΐου 2019.

Β. Σε κάθε περίπτωση, μη συνδρομή των προϋποθέσεων άρθρου 63 του Ν.4430/2016

Το Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ», προκηρύσσει τη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας, για την καθαριότητά του, βάσει της δυνατότητας που θεωρεί ότι του παρέχει το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016.

Στο άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 ορίζεται ότι: «Ι. 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 μέσα. Για τη συνδρομή της απρόβλεπτης ή επείγουσας περιστασης 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 31.12.2019».

Στην προκειμένη, ωστόσο είναι εμφανές ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, καθώς δεν συντρέχουν ουδόλως απρόβλεπτες και επείγουσες περιστάσεις που να καθιστούν αναγκαία τη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας για την καθαριότητα του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» και σε κάθε δε περίπτωση δεν υπάρχει αιτιολογημένη κρίση ως προς τη συνδρομή της απρόβλεπτης ή επείγουσας αυτής

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

περίστασης που να δικαιολογεί την ανάγκη σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας.

Αντίθετα τη δεδομένη χρονική στιγμή και έως την 31η.07.2019 η εταιρεία μας καθαρίζει με νόμιμη σύμβαση το νοσοκομείο. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται ουδεμία επείγουσα περίπτωση, καθώς παρέχονται πλήρεις και προσήκουσες υπηρεσίες καθαριότητας. Ειδικότερα, η εταιρεία μας, η οποία δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στον χώρο της παροχής υπηρεσιών καθαρισμού και η οποία συμμετείχε σε διαγωνισμό που προκήρυξε το ΑΧΕΠΑ (με την υπ' αριθ. 26/2016 Διακήρυξη του διεθνούς Ηλεκτρονικού (με αριθ. πρωτ. 24066) Ανοιχτού Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου καθαριότητας) υπέγραψε με το ΑΧΕΠΑ την υπ' αριθ. 37230-26/01.08.2017 σύμβαση για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας για την κάλυψη των αναγκών του νοσοκομείου και της Μονάδας εφήβων, συμπεριλαμβανομένων των υλικών καθαριότητας, χαρτικών και σάκων απορριμμάτων. Η διάρκεια της ως άνω σύμβασως, ορίστηκε σε ένα (1) έτος, ήτοι για χρονικό διάστημα από 01.08.2017 έως 31.07.2018, με δυνατότητα τρίμηνης (3) μονομερούς παράτασης και επιπλέον δυνατότητα εννεάμηνης παράτασης, με τη σύμφωνη γνώμη της εταιρείας και την έγκριση του Διοικητικού Συμβουλίου. Η ως άνω σύμβαση που υπογράψαμε, η οποία έληγε στις 31.07.2018, παρατάθηκε από το νοσοκομείο μονομερώς, με την υπ' αριθ. 144/20.07.2018 πράξη του προέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου, για τρεις (3) ακόμη μήνες, ήτοι από 01.08.2018 έως 31.10.2018. Κατόπιν της σύμφωνης γνώμης της εταιρείας μας για την εννεάμηνη παράταση της σύμβασως, η οποία δόθηκε με το υπ' αριθ. πρωτ. 6653/ΠΚ/24.07.2018 έγγραφο και κατόπιν της έγκρισης του ΔΣ για την ως άνω παράταση, η οποία δόθηκε με την υπ' αριθ. 22/20.9.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης ΑΧΕΠΑ, αποφασίστηκε η συνέχιση των παρεχόμενων υπηρεσιών καθαριότητας από την εταιρεία μας και παρατάθηκε η ως άνω σύμβαση για άλλους εννέα (9) μήνες, ήτοι από 31.10.2018 μέχρι και την 31.07.2019.

Επίσης, από τη σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για την καθαριότητα του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ», όχι μόνο δεν θα υπάρξει ουδεμία εξοικονόμηση δημοσιονομικής ωφέλειας, αλλά θα υπάρξει εμφανώς δημοσιονομική αύξηση, η οποία έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις αυξημένης

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

τυπικής ισχύος διατάξεις του νόμου περί Δημοσίου Λογιστικού (άρθρο 33 του ν. 4270/2014) και απαγορεύεται απολύτως.

Όπως αναφέραμε και ανωτέρω, η εταιρεία μας από τον Αύγουστο του 2017 παρέχει τις υπηρεσίες καθαριότητας του νοσοκομείου. Το ετήσιο τίμημα για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» από την εταιρεία μας, ανέρχεται στο ποσό του 1.097.910,04€ συν ΦΠΑ, (το οποίο είναι πολύ μικρότερο από αυτό στο οποίο θα υποβληθεί το νοσοκομείο εάν συνάψει ατομικές συμβάσεις εργασίας, το οποίο σε ετήσια βάση θα ανέλθει στο ποσό του 1.815.721,05€!) και πέραν τούτου περιλαμβάνει πέραν του κόστους αποδοχών του προσωπικού και επιπλέον κόστη, όπως ενδεικτικά κόστος αναλώσιμων υλικών (σάκοι απορριμμάτων, απορρυπαντικά κλπ), κόστος ειδών ατομικής υγιεινής για τις ανάγκες ασθενών, επισκεπτών και προσωπικού του νοσοκομείου (χαρτί υγείας, χαρτοπετσέτες, κρεμοσάπουνο), κόστος εργαλείων και μηχανημάτων καθαρισμού (αποσβέσεις, βλάβες, συντήρηση), κόστος διοικητικής υποστήριξης, εγγυητικών επιστολών, ασφαλείας και υγιεινής. Περιλαμβάνονται δηλαδή όλα τα κόστη στα οποία υποβάλλεται η εταιρεία μας, προκειμένου να τηρηθούν οι τεχνικές προδιαγραφές, τα ποιοτικά κριτήρια επιλογής, να διασφαλισθεί το επίπεδο παροχής των υπηρεσιών, να τηρηθούν τα πρότυπα ποιότητας που είναι απαραίτητα για τη διασφάλιση της δημόσιας υγείας.

Αντίθετα εάν συναφθούν ατομικές συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου για την καθαριότητα του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ», το κόστος μισθοδοσίας δεν θα είναι το μοναδικό κόστος για την προσήκουσα και έννομη παροχή των υπηρεσιών καθαριότητας του, κάτι το οποίο σημαίνει πρακτικά ότι το μηνιαίο κόστος για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας θα περιλαμβάνει πέραν από το κόστος μισθοδοσίας, επιπλέον ενδεικτικά και επιπλέον κόστη: α. Κόστος αρχικής πιστοποίησης προτύπων ποιότητας και ετήσιας επιθεώρησης προς διατήρησή τους. Η εφαρμογή συστήματος διαχείρισης υγείας και ασφάλειας στην εργασία αποτελεί νομοθετική απαίτηση του ν. 3996/2011 και του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. Αφορά σε πρόγραμμα διαδικασιών προς συστηματική προσέγγιση στην εκτίμηση της επικινδυνότητας και στη διαχείριση κινδύνων για την υγεία και ασφάλεια στην εργασία, προς μείωση του αριθμού, της έκτασης και της σοβαρότητας εργασιακών ατυχημάτων και των επαγγελματικών ασθενειών και προς μείωση του χαμένου χρόνου από εργασιακά ατυχήματα με παράλληλη

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

αύξηση της παραγωγικότητας και η εφαρμογή του πιστοποιείται ετησίως από Διαπιστευμένο φορέα. Μέχρι σήμερα το Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» απολαμβάνει της πιστοποίησης προτύπων ποιότητας τα οποία διαθέτει η εταιρεία μας και τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενα για την παροχή των υπηρεσιών καθαριότητας. Επομένως, το Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» αναγκαστικά θα επωμιστεί το κόστος της αρχικής πιστοποίησής του ως προς την τήρηση προτύπων ποιότητας και της ετήσιας επιθεώρησης προς διατήρησή τους, προσαυξάνοντας επιπλέον την προαναφερόμενη δαπάνη, β. Κόστος για προμήθεια εξοπλισμού, μηχανημάτων, αναλωσίμων υλικών, ειδών ατομικής υγιεινής, καθαριστικών. Ελλείπει τεχνικών προδιαγραφών και ποιοτικών χαρακτηριστικών επί της προσβαλλόμενης ανακοίνωσης-πρόσκλησης, δεν περιλαμβάνεται στην προϋπολογισθείσα μηνιαία δαπάνη, το κόστος στο οποίο θα υποβληθεί ο ΟΑΕΔ για την προμήθεια, μέσω διενέργειας διαγωνισμών, του εξοπλισμού, των μηχανημάτων, των αναλωσίμων, των ειδών καθαριότητας και ειδών ατομικής υγιεινής, που απαιτούνται για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, γ. Κόστος για τα είδη ένδυσης και υπόδησης του προσωπικού. Η προμήθεια ειδών ένδυσης και υπόδησης και ατομικών μέσω προστασίας, αποτελούν υποχρεώσεις του εργοδότη με βάση την ισχύουσα νομοθεσία και συγκεκριμένα με βάση το ν. 3850/2010 και το ΠΔ 396/1994 (σε εφαρμογή της Οδηγίας 89/656/ΕΟΚ πρβλ και ΥΑ. οικ. 146163/2012) που αφορούν στην ευθύνη του εργοδότη σχετικά με τις οφειλόμενες ενέργειες του για την πρόληψη εργατικών ατυχημάτων και τη χορήγηση μέσων ατομικών προστασίας των εργαζομένων, ως προς τις οποίες ο εργοδότης και στην προκειμένη περίπτωση οι εκπρόσωποι του ΟΑΕΔ, υπέχουν ανάμεσα σε άλλα και ποινικές ευθύνες, δ. Κόστος για την εκπαίδευση του προσωπικού, καθώς απαιτείται συνεχής κατάρτιση αυτών, ε. Κόστος για την αναγκαστική ασφαλιστική κάλυψη της αστικής ευθύνης έναντι τρίτων.

Η μη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, που εάν θεωρήσουμε ότι είναι συνταγματικό, θα μπορούσε να αποτελεί μία ειδικότερη νομοθετική ρύθμιση που θα δικαιολογούσε την παρέκκλιση από τις προβλεπόμενες στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο νόμιμες διαδικασίες για την σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, καθιστά όμως άκυρες τις προσβαλλόμενες πράξεις.

Γ. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, με την επιλογή από το ΑΧΕΠΑ της σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας και όχι προσφυγής στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης

Η αρχή της αναλογικότητας, η οποία συγκαταλέγεται κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ στις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, έχει την έννοια ότι κατά τη διαδικασία επιλογής των προς λήψη μέτρων, θα πρέπει να επιλέγεται εκείνο το μέτρο που προκαλεί τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση μίας ελευθερίας, προκρίνοντας εκείνα που θεωρούνται αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Δηλαδή η εν λόγω αρχή επιτάσσει να μην υπερβαίνουν οι πράξεις των δημοσίων οργάνων το πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη των θεμιτών σκοπών που επιδιώκει η σχετική ρύθμιση, εξυπακουόμενου ότι όταν υφίσταται δυνατότητα επιλογής μεταξύ περισσότερων του ενός πρόσφορων μέτρων, πρέπει να επιλέγεται το λιγότερο επαχθές και ότι τα μειονεκτήματα που προκαλούνται δεν πρέπει να είναι υπέρμετρα σε σχέση με τους επιδιωκόμενους σκοπούς.

Η αρχή της αναλογικότητας θα πρέπει να τηρείται και κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, κατά τη λήψη μέτρων εφαρμογής κανονιστικής ρύθμισης της Ένωσης. Ειδικότερα κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο, πρόσφορο και κατάλληλο για την πραγματοποίηση του δημόσιου σκοπού. Η αρχή της αναλογικότητας περιλαμβάνει το στοιχείο της προσφορότητας, δηλαδή της καταλληλότητας του μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, της αναγκαιότητας, δηλαδή της χρήσης του μέτρου μόνο όταν δεν είναι δυνατή η επιλογή ενός άλλου, εξίσου δραστικού μέτρου, το οποίο να περιορίζει σε μικρότερο βαθμό ή και καθόλου την κοινοτική ελευθερία, δηλαδή τη χρήση του λιγότερο επαχθούς μέτρου για τον θιγόμενο αποδέκτη αυτού, της αναλογικότητας με τη στενή έννοια και της συνάφειας του μέσου προς τον σκοπό, δηλαδή μεταξύ του μέτρου και του επιδιωκόμενου σκοπού θα πρέπει να υφίσταται μία εύλογη σχέση. Ένας περιορισμός ακόμη και όταν είναι κατάλληλος ή αναγκαίος, δεν πρέπει να συνεπάγεται περισσότερα μειονεκτήματα για τα δικαιώματα του πολίτη, παρά πλεονεκτήματα για τα δημόσια ή ιδιωτικά συνταγματικά συμφέροντα, στην προστασία των οποίων αποβλέπει.

Είναι εμφανές ότι στην προκειμένη, για την επίτευξη του δημοσίου σκοπού, ήτοι του σκοπού της καθαριότητας του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ», επιλέγεται από το

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

ΑΧΕΠΑ, η σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας και όχι η προσφυγή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, χωρίς να είναι το μέτρο αυτό αναγκαίο, πρόσφορο και κατάλληλο για την πραγματοποίηση του δημόσιου σκοπού, ήτοι του καθαρισμού των εγκαταστάσεων του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ». Όπως επίσης εξηγήσαμε ανωτέρω, δεν υφίσταται για το δημόσιο ουδεμία ωφέλεια, καθώς το κόστος για την καθαριότητα με ατομικές συμβάσεις εργασίας θα είναι πολύ μεγαλύτερο απ' ό,τι εάν συνάπτονταν δημόσια σύμβαση.

Επίσης, με την απόφαση προσφυγής στη διαδικασία σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, δεν εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον, αλλά αντίθετα βλάπτεται, καθώς υπάρχει κίνδυνος του δημοσίου συμφέροντος που αφορά τη δημόσια υγεία, καθώς στις προσβαλλόμενες πράξεις για σύναψη συμβάσεων εργασίας με φυσικά πρόσωπα για την παροχή καθαριότητας του νοσοκομείου δεν περιλαμβάνεται κανένα ποιοτικό κριτήριο, καμία τεχνική προδιαγραφή, κανένα προσόν, δεν υφίσταται κριτήριο επίτευξης ποιοτικού αποτελέσματος και οικονομικής τιμής.

Η διασφάλιση όμως της απαιτούμενης αδιάλειπτης και απρόσκοπτης λειτουργίας, εξαρτάται σημαντικά από τη ζωτικής σημασίας δημόσια υπηρεσία, ήτοι από την άρτια παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του, η οποία αποτελεί βασική πρωταρχική και αναντικατάστατη ανάγκη για τον πληθυσμό της χώρας, τόσο από πλευράς της δημόσιας υγείας όσο και από πλευράς παροχής καλών και ποιοτικών υπηρεσιών προς τους πολίτες, άμεσα συνδεδεμένων με την υγεία τους (ΣΤΕ 601/35, 487/37, 820/49, 1771/56, 857/78, 817/83, 472/97 κ.α. που επισημαίνει: «...την τήρηση της θεμελιώδους εν τω δημοσίου δικαίω αρχής της συνεχούς και αδιαταράκτου λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών»).

Επίσης να επισημάνουμε, ότι δεν υπάρχει καμία πρόβλεψη για την παράλληλη προκήρυξη διαγωνισμού για την προμήθεια καθοριστικών ειδών και όλων των απαραίτητων για την προσήκουσα παροχή υπηρεσιών καθαριότητας ενός τόσο ευαίσθητου χώρου, όπως είναι τα νοσοκομεία.

Ως εκ τούτου, είναι σίγουρο ότι με την επιλογή σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας, δεν θα μπορέσει να εξυπηρετηθεί προσφορότερα το δημόσιο συμφέρον απ' ό,τι με ένα ολοκληρωμένο σύστημα παροχής υπηρεσιών

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

καθαριότητας που θα παρέχονταν εάν συνάπτονταν δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών.

Δ. Παραβίαση με τις προσβαλλόμενες πράξεις της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων και κατάλυση θεμελιωδών συνταγματικών, εθνικών και κοινοτικών αρχών

Οι προσβαλλόμενες πράξεις, ουσιαστικά αποτελούν πρόσκληση σε φυσικά μόνο πρόσωπα για τη σύναψη συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, αποκλείοντας αδικαιολόγητα τα νομικά πρόσωπα, καταλύοντας συνταγματικές αρχές, αλλά και θεμελιώδεις αρχές της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας, όπως ενδεικτικά την αρχή της ισότητας, της αναλογικότητας, τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, τις αρχές της οικονομικής ελευθερίας, του δικαιώματος άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας, του δικαιώματος ανάπτυξης ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας.

Οι συμβάσεις ενός ΝΠΔΔ, όπως το Π.Γ.Ν.Θ ΑΧΕΠΑ, με φυσικά ή νομικά πρόσωπα, για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας του, εντάσσονται ευθέως στις «δημόσιες συμβάσεις» και συγκεκριμένα στις «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» της Οδηγίας 2014/24 ΕΚ και του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου θα πρέπει να τηρείται η προβλεπόμενη διαδικασία για τη σύναψή τους, σύμφωνα με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο.

Στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, δίνονται οι ορισμοί της "δημόσιας σύμβασης", της "δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών", των "αναθετουσών αρχών", καθώς και του "οικονομικού φορέα", έννοια η οποία, σύμφωνα με την 14η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, θα πρέπει να ερμηνεύεται διασταλτικά. Ο ορισμός μια σύμβασης ως «δημόσιας σύμβασης» ανάγεται στο ενωσιακό δίκαιο και δεν ασκεί επιρροή ο χαρακτηρισμός της από το εθνικό δίκαιο για να κριθεί αν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18 (βλ. C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30, C-536/07, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκ. 54), αλλά ούτε και ο προσδιδόμενος από τα αντισυμβαλλόμενα μέρη νομικός χαρακτηρισμός (βλ. C-536/07, σκ. 54). Επίσης για τη στοιχειοθέτηση της έννοιας του «οικονομικού φορέα» αρκεί η δυνατότητα υποβολής προσφοράς από κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της σύμβασης, ανεξαρτήτως αν διαθέτει την οργανωτική δομή επιχειρήσεως ή εάν δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνον

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

ευκαιριακά ή αν ασκεί κερδοσκοπική δραστηριότητα (βλ. C-305/08, CoNISMa, σκ. 42, 43, 45, C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ., σκ. 26, C-386/11, Piepenbrock, σκ. 29). Πράγματι, όπως έχει κριθεί (C-305/08, CoNISMa, σκ. 35), η βούληση του κοινοτικού νομοθέτη δεν ήταν να περιορίσει την έννοια του «οικονομικού φορέα που προσφέρει υπηρεσίες στην αγορά» μόνον στους φορείς που διαθέτουν την οργανωτική δομή επιχειρήσεως, ούτε να καθιερώσει ιδιαίτερες προϋποθέσεις που θα είχαν ως συνέπεια να δημιουργείται εκ των προτέρων περιορισμός στην πρόσβαση στους δημόσιους διαγωνισμούς, θεμελιούμενος στη νομική μορφή και στην εσωτερική οργάνωση των οικονομικών φορέων. Για να θεωρηθεί μία σύμβαση ως δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, θα πρέπει να έχει συναφθεί μεταξύ μίας αναθέτουσας αρχής και μεταξύ ενός οικονομικού φορέα και να έχει ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών.

Η δημιουργία συνθηκών ελεύθερου ανταγωνισμού σύμφωνα με την αρχή της οικονομίας της ανοικτής αγοράς αποτελεί σημαντική προγραμματική στόχευση της ευρωπαϊκής ενοποιητικής διαδικασίας (άρθρο 119 παρ.1 ΣυνθΛΕΕ). Στους σκοπούς της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, εντάσσεται το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ενώ συνάδει προς τους επιδιωκόμενους από το κοινοτικό δίκαιο σκοπούς, η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς (ΔΕΚ απόφαση της 23.12.2009, C-305/08 *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le scienze del mare*, σκέψη 37). Το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτό ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά.

Βάσει της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού που διαπνέει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, δεν νοείται να επικεντρώνεται η ζήτηση σε φυσικά πρόσωπα μόνο, κατά αδικαιολόγητο αποκλεισμό των νομικών προσώπων. Θα πρέπει να εξασφαλίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό οικονομικών φορέων,

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

συμπληρώνεται δε και ενισχύεται από την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων και από την αρχή της ίσης μεταχείρισης, η οποία ισοδυναμεί με την ίδια την ουσία περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες αποσκοπούν ιδίως στην προαγωγή της αναπτύξεως πραγματικού ανταγωνισμού. Θα πρέπει να εξασφαλίζεται ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες και δεν θα πρέπει να δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό (ΔΕφΠειρ 41/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ).

Σύμφωνα με το άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «...Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο. Ο σχεδιασμός των προμηθειών δεν γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του διαγωνισμού. Ο διαγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι προμήθειες έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων...». Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «... Οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένοι, έχουν δικαίωμα να παρέχουν τη συγκεκριμένη υπηρεσία δεν απορρίπτονται με μοναδική αιτιολογία το γεγονός ότι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους μέλους στο οποίο πραγματοποιείται η ανάθεση της σύμβασης, θα έπρεπε να είναι είτε φυσικά, είτε νομικά πρόσωπα...».

Συνεπώς βάσει των άρθρων 18 παρ. 1 εδ. α' και 19 παρ. 1 εδ. α' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές έχουν υποχρέωση να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις, να ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο και να μην προβαίνουν σε διάκριση των οικονομικών φορέων με κριτήριο εάν είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Επίσης ο σχεδιασμός των προμηθειών δεν θα πρέπει να γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό τους από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του διαγωνισμού, περίπτωση η οποία συντρέχει όταν οι προμήθειες έχουν σχεδιασθεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Εκ των ανωτέρω, σε συνδυασμό με τη διαχρονική νομολογία του ΔΕΕ, όσον αφορά το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, συνάγεται ότι ο κύριος σκοπός των κανόνων του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα των δημοσίων

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

συμβάσεων είναι το άνοιγμα των τομέων της εκτελέσεως έργων, της προμήθειας προϊόντων και της παροχής υπηρεσιών στον ανόθευτο ανταγωνισμό εντός όλων των κρατών μελών (βλ. σχετικά την δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18). Ο σκοπός αυτός συνεπάγεται την υποχρέωση κάθε αναθέτουσας αρχής να εφαρμόζει τους σχετικούς κανόνες δικαίου της Ένωσης, εφόσον πληρούνται οι προβλεπόμενες από τους κανόνες αυτούς προϋποθέσεις, κάθε δε εξαίρεση από την εφαρμογή της υποχρεώσεως αυτής πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά (βλ. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme* σκ. 22- 23, C-26/03, *Stadt Halle* και RPL *Lochau*, σκ. 44,46).

Στην προκειμένη, ουσιαστικά προσκαλούνται να συμμετάσχουν στην παροχή υπηρεσιών καθαριότητας μόνο φυσικά πρόσωπα και αποκλείεται έτσι, χωρίς σαφή και συγκεκριμένη αιτιολογία, η συμμετοχή νομικών προσώπων. Πρόκειται για καταφανή παραβίαση της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθώς ουσιαστικά οριοθετεί για συγκεκριμένη κατηγορία (φυσικών) προσώπων τη δυνατότητα συμμετοχής σε συγκεκριμένη οικονομική δραστηριότητα, η πρόσκληση απευθύνεται σε φυσικά πρόσωπα μόνο και αποκλείει όλες τις εταιρείες καθαρισμού, χωρίς την παράθεση οποιοσδήποτε γενικής ή ειδικής αιτιολογίας ή επίκλησης λόγων δημοσίου συμφέροντος, τη στιγμή μάλιστα που ο εν λόγω περιορισμός δεν είναι αναγκαίος για την αποτελεσματική παροχή των αιτούμενων υπηρεσιών.

III. Επειδή για τους ως άνω λόγους, η υπ' αριθ. ΣΟΧ 1/2019 (με αριθμό πρωτ. 58004/19.12.2018) ανακοίνωση του ΝΠΔΔ με την επωνυμία «ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ΑΧΕΠΑ» για τη σύναψη εκατόν δεκαπέντε (115) συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, ιδιωτικού δικαίου, για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων και επειγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες καθαριότητας του, ως και η από 14.06.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ» (Συνεδρίαση 16η- θέμα 3ο), με την οποία αποφασίστηκε και εγκρίθηκε η προκήρυξη των ως άνω θέσεων για τη σύναψη εκατόν δεκαπέντε (115) ατομικών συμβάσεων εργασίας, ορισμένου χρόνου, για την καθαριότητα του Π.Γ.Ν.Θ «ΑΧΕΠΑ», ως ΚΟΛ η από 29.11.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΑΧΕΠΑ» (Συνεδρίαση 29η - Θέμα 6ο), περί τροποποίησης της αρχικής έγκρισης σύναψης των

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

εκατόν δεκαπέντε (115) ατομικών συμβάσεων εργασίας, θα πρέπει να ακυρωθούν.

Επειδή η παρούσα προδικαστική προσφυγή μας ασκείται παραδεκτώσ ενώπιον σας. Σύμφωνα με το άρθρο 346 του Ν.4412/2016: « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368.2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή...».

Επίσης, στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα, που απέστειλε το ΣτΕ στο ΔΕΕ με την υπ' αριθ. C-260/2017 απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2018, απάντησε ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, αλλά αντ' αυτού να συνάψει ατομικές συμβάσεις εργασίας, αποκλείοντας με τον τρόπο αυτό οικονομικό φορέα ο οποίος θα είχε συμφέρον να του ανατεθεί η σύμβαση, υπόκειται σε προσφυγή.

Συγκεκριμένα, η απάντηση, η οποία δόθηκε στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα από το ΔΕΕ, έχει επί λέξει ως εξής:

«...Το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 συνεπάγεται, με τη χρήση της φράσεως «όσον αφορά τις διαδικασίες», ότι κάθε απόφαση της αναθέτουσας αρχής που διέπεται από τους κανόνες του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων και η οποία ενδέχεται να τους παραβιάσει υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της ίδιας οδηγίας. Επομένως, η διάταξη αυτή αναφέρεται

Αριθμός απόφασης: A159/2019

γενικώς στις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να διακρίνει μεταξύ των αποφάσεων αυτών αναλόγως του περιεχομένου τους ή του χρόνου εκδόσεώς τους (απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, *Marina del Mediterráneo κλπ.*, C-391/15, EU:C:2017:268, σκέψη 26 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Αυτή η ευρεία ερμηνεία της έννοιας της «αποφάσεως» αναθέτουσας αρχής επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι η διάταξη του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 δεν προβλέπει κανέναν περιορισμό ως προς τη φύση και το περιεχόμενο των αποφάσεων τις οποίες αφορά. Επιπλέον, τυχόν περιοριστική ερμηνεία της έννοιας αυτής δεν θα ήταν συμβατή με το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της εν λόγω οδηγίας, το οποίο επιβάλλει στα κράτη μέλη να προβλέπουν διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων κατά οποιασδήποτε αποφάσεως των αναθετουσών αρχών (απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, *Marina del Mediterráneo κλπ.*, C-391/15, EU:C:2017:268, σκέψη 27 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)

Υπενθυμίζεται εξάλλου ότι συνιστά απόφαση δεκτική προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, κάθε πράξη αναθέτουσας αρχής σχετική με δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24 και η οποία δύναται να έχει έννομα αποτελέσματα, ανεξαρτήτως του αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του τυπικού πλαισίου διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως (απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, *Stadt Halle και RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 34).

Συναφώς, οσάκις αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να μην κινήσει διαδικασία συνάψεως με το σκεπτικό ότι η εν λόγω σύμβαση δεν εμπίπτει, κατά την άποψή της, στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης, η απόφαση αυτή επιδέχεται δικαστικό έλεγχο (βλ. σχετικώς, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, *Stadt Halle και RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 33).

Πράγματι, η άποψη κατά την οποία η οδηγία 89/665 δεν επιτάσσει δικαστική προστασία εκτός του τυπικού πλαισίου διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, με συνέπεια τόσο η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει τέτοια διαδικασία όσο και η απόφαση επί του ζητήματος αν δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης να μην είναι δεκτικές προσφυγής, θα είχε ως αποτέλεσμα να καταστήσει

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

προαιρετική, εξαρτώμενη από τη βούληση κάθε αναθέτουσας αρχής, την εφαρμογή των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης, μολονότι η εφαρμογή αυτή είναι παρά ταύτα υποχρεωτική οσάκις πληρούνται οι προβλεπόμενες από τους κανόνες αυτούς προϋποθέσεις (βλ. σχετικώς, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, *Stadt Halle και RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψεις 36 και 37).

Κατά συνέπεια, στο τρίτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι κατά της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να συνάψει συμβάσεις απασχόλησης με φυσικά πρόσωπα για την παροχή ορισμένων υπηρεσιών, χωρίς να κινήσει διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως σύμφωνα με την οδηγία 2014/24, για τον λόγο ότι κατά την άποψή της, οι συμβάσεις αυτές δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της συγκεκριμένης οδηγίας, δύναται να ασκήσει προσφυγή οικονομικός φορέας ο οποίος θα είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση με αντικείμενο όμοιο εκείνου των εν λόγω συμβάσεων και ο οποίος φρονεί ότι οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας [...].».

10. 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 εμπίπτουν 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).

11. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

12. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.

2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή.

3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

14. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».* Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ'ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

15. Επειδή στο άρθρο 63 παρ. 1 του ν. 4430/2016 (Α' 205) ορίζονται τα εξής: *«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*

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

ρυθμίσεις του παρόντος άρθρου μπορούν να εφαρμοστούν μέχρι 31.12.2018 [...]» (με το άρθρο 6 παρ. 3 ν. 4558/2018, Α' 140, προβλέφθηκε ήδη η δυνατότητα εφαρμογής του ως άνω άρθρου του ν. 4430/2016 έως τις 31.12.2019).

16. Επειδή, περαιτέρω, η οδηγία 89/665/ΕΟΚ «για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων» (L 395), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζει στο άρθρο 1, ότι: «1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις οι οποίες αναφέρονται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ [...] εκτός εάν οι εν λόγω συμβάσεις εξαιρούνται κατ' εφαρμογή των άρθρων [...] 10 [...] της εν λόγω οδηγίας [...]. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ [...], οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων αναθεωρήσεων [=προσφυγών, “may be reviewed”, “peuvent faire l’objet de recours”], υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2 έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την ενωσιακή νομοθεσία περί διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες μεταφοράς της εν λόγω οδηγίας. 2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που ισχυρίζονται ότι υπέστησαν ζημία στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων που εφαρμόζουν το κοινοτικό δίκαιο και των άλλων εθνικών κανόνων. 3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση [...]».

Κατά το άρθρο 2 της ανωτέρω οδηγίας «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζει το άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου: α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με τη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή της εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές [.....].».

17. 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).

18. 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 [...]*.

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

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/EK, 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,

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

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

19. Επειδή, εκ των ανωτέρω, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 επόμε. του ν.4412/2016, που ενσωμάτωσε την Οδηγία 89/665/ΕΚ, ως τροποποιηθείσα ισχύει κατά πράξεων που αποφαίνονται επί συμβάσεων εργασίας, οι οποίες ρητώς εξαιρούνται και δεν εμπίπτουν *ratione materiae* στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ 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-

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

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.

20. Επειδή 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 συμβάσεως 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 αυτοδιοικήσεως 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 16-17). Σε καμία περίπτωση, συνεπώς, δεν απαγορεύεται, επί τη βάση ακριβώς εκτιμήσεων οικονομικής φύσεως, ένας οργανισμός δημοσίου δικαίου να προσφύγει σε ίδια μέσα, προκειμένου να εξυπηρετήσει τις ανάγκες του. Στο πλαίσιο αυτό, ο Οργανισμός 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 ο Οργανισμός (βλ. ΔΕΕ C - 389/92, *Ballast Nedam Groep*, σκέψη 13, C- 76/98, *Holst Italia*, σκέψη 26, C-399/98, *Ordine degli Architetti* κ.λπ., σκέψη 90, C-305/08, *CoNISMa* και C451/08, *Helmut Mueller GmbH*, σκέψεις 60 - 61).

21. 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 και C-360/96, *BFI Holding*, σκέψη 41).

22. Επειδή, από το σύνολο των περιστάσεων της κρινόμενης υπόθεσης και ιδίως από το περιεχόμενο των μνημονευμένων ρυθμίσεων του άρθρου 63

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

του ν. 4430/2016, σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της σχετικής αιτιολογικής έκθεσης, προκύπτει ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του ΠΓΝΘ «ΑΧΕΠΑ», εκδόθηκαν υπό την αντίληψη ότι οι κατά το άρθρο 63 του ν. 4430/2016 συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου μπορούν να συναφθούν επιτρεπτός εκτός των διαδικασιών της οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Τούτο δε, διότι αποτελούν «συμβάσεις απασχόλησης» κατά την έννοια του άρθρου 10 περ. ζ' της οδηγίας 2014/14, με το οποίο οι συμβάσεις αυτές εξαιρούνται ρητώς του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας. Το ΔΕΕ, απαντώντας με την από 25.10.2018 απόφασή του σε σχετικό προδικαστικό ερώτημα, το οποίο τέθηκε με την 1305/2017 απόφαση του Γ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας και αφορούσε τη δικαστική προστασία που πρέπει να παρασχεθεί στην περίπτωση αυτή σε οικονομικό φορέα όπως η αιτούσα εταιρεία, δέχθηκε ότι: *«Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ [...] έχει την έννοια ότι κατά της αποφάσεως αναθέτουσας αρχής να συνάψει συμβάσεις απασχόλησης με φυσικά πρόσωπα για την παροχή ορισμένων υπηρεσιών, χωρίς να κινήσει διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως σύμφωνα με την οδηγία 2014/24 [...] για τον λόγο ότι, κατά την άποψή της, οι συμβάσεις αυτές δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της συγκεκριμένης οδηγίας, δύναται να ασκήσει προσφυγή [κατά την οδηγία 89/665] οικονομικός φορέας ο οποίος θα είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση με αντικείμενο όμοιο εκείνου των εν λόγω συμβάσεων και ο οποίος φρονεί ότι οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας».*

23. Επειδή, όπως, εξάλλου, προκύπτει από την πρώτη προσβαλλόμενη, η αξία των υπό ανάθεση συμβάσεων αναμενόταν να ανέλθει σε 756.550,44 ευρώ για 5 μήνες έως τις 31-12-2018, ενώ όπως προκύπτει από την δεύτερη προσβαλλόμενη όμοια απόφαση, σε 1.815.721,05 ευρώ ανά έτος με χρονική διάρκεια έως 24 μήνες (2019-2020) για 115 εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης. Αν, συνεπώς, επιλεγόταν η σύναψη δημόσιας σύμβασης με το ίδιο αντικείμενο, αυτή θα ενέπιπτε λόγω αντικειμένου και προϋπολογιζόμενης αξίας στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24, ως υποπερίπτωση σύμβασης.

24. Επειδή, περαιτέρω, η αιτούσα εταιρεία ασκεί την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ως οικονομικός φορέας, ο οποίος επικαλείται έννομο

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση με όμοιο περιεχόμενο, προβάλλοντας μεταξύ άλλων: (α) ότι η συστηματική ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24 οδηγεί στο ασφαλές συμπέρασμα ότι ο κανόνας είναι το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό και ότι η αυτοοργάνωση, οι συμβάσεις απασχόλησης ή η παροχή υπηρεσιών διανομοθετικών ή κανονιστικών διατάξεων αποτελούν την εξαίρεση που πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά και (β) ότι ούτε ο χαρακτηρισμός των προσβαλλόμενων πράξεων από το καθού ως διαδικασίας σύναψης ατομικών συμβάσεων εργασίας επηρεάζει το δικαίωμά της να προσβάλει την απόφασή του να μην κινήσει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατ' εφαρμογή της Οδηγίας 2014/24 και ούτε ο χαρακτηρισμός των επίμαχων συμβάσεων ως «ατομικών συμβάσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου» ασκεί οποιαδήποτε επιρροή επί του δικαιώματός της να ασκήσει προδικαστική προσφυγή.

25. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά και εν όψει όσων δεκτά με την από 25.10.2018 και με αρ. C-260/2017 απόφαση του ΔΕΕ, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, με την οποία προεχόντως αμφισβητείται από οικονομικό φορέα ο χαρακτήρας των υπό ανάθεση συμβάσεων ως εξαιρουμένων ή μη από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24, είναι εξεταστέα, κατ' αρχήν, κατά τις διατάξεις της οδηγίας 89/665 και του ν. 4412/2016, για την εξέταση της οποίας θα ήταν κατ' αρχήν αρμόδια η ΑΕΠΠ.

27. Επειδή με τις μνημονευμένες διατάξεις της οδηγίας 89/665 και του ν. 4412/2016 προβλέφθηκε η οργάνωση συστήματος παροχής έννομης προστασίας (οριστικής και προσωρινής) για τις διαφορές που αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων οι οποίες εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους, εφόσον εγείρονται από ενδιαφερόμενο ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση υπαγόμενη στο εν λόγω πεδίο εφαρμογής και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από σχετική παράνομη πράξη ή παράλειψη αναθέτουσας αρχής (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 54/2018). Ενόψει, εξάλλου όσων, κατά τα προεκτεθέντα, έγιναν δεκτά με την από 25.10.2018 απόφαση του ΔΕΕ σχετικά με τη δυνατότητα οικονομικού φορέα να τύχει έννομης προστασίας κατά τις διατάξεις της οδηγίας 89/665 (και του ν. 4412/2016), εφόσον ο φορέας αυτός αμφισβητεί τη νομιμότητα απόφασης αναθέτουσας αρχής να

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

κινήσει διαδικασία σύναψης σύμβασης εκτός της οδηγίας 2014/24, η κατά τα άρθρα 1 παρ. 3 της οδηγίας 89/665 και 360 του ν. 4412/2016 έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης», για την οποία ο προσφεύγων φορέας έχει ή θα είχε συμφέρον να του ανατεθεί, αφορά προδήλως τη σύναψη δημόσιας σύμβασης ομοίου αντικειμένου, στη διαδικασία ανάθεσης της οποίας ο φορέας θα μπορούσε να λάβει μέρος. Πάντως και στην περίπτωση αυτή, προϋπόθεση για την παροχή δικαστικής προστασίας κατά την οδηγία 89/665 και τις διατάξεις μεταφοράς της στο εσωτερικό δίκαιο αποτελεί η σύμβαση, τη σύναψη της οποίας επιχειρεί η δημόσια αρχή εκτός της οικείας οδηγίας (εν προκειμένω της οδηγίας 2014/24), να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της τελευταίας, δηλαδή να είναι βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός του φορέα που ζητεί προστασία κατά τις ανωτέρω δικονομικές διατάξεις, διότι σε διαφορετική περίπτωση δεν μπορεί να εφαρμοσθεί ούτε η οδηγία 2014/24 ούτε η οδηγία 89/665 και ο ν. 4412/2016 (πρβλ. ΕΑ 271/2014, 512/2012, 609/2010, 1232/2009).

27. Επειδή, ως έχει κριθεί, σύμφωνα με την από 25.10.2018 απόφαση του ΔΕΕ, κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 10 περ. ζ' της οδηγίας 2014/24, η έννοια «συμβάσεις απασχόλησης» της διάταξης αυτής (η οποία είναι ταυτόσημη με την έννοια «συμβάσεις εργασίας», την οποία χρησιμοποιεί η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 10 περ. ζ' του ν. 4412/2016, με τον οποίο η ανωτέρω οδηγία μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο) καταλαμβάνει συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου, όπως οι προβλεπόμενες από το άρθρο 63 του ν. 4430/2016 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολομ. 68/2019). Ειδικότερα, κατά την ανωτέρω απόφαση του ΔΕΕ (σκέψεις 26-27), από την αιτιολογική σκέψη 5 της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η τελευταία δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε τρίτους ή εν γένει σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα μέσα (διαφορετικά από τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά την έννοια της εν λόγω οδηγίας) και ότι η παροχή υπηρεσιών που βασίζεται σε νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή σε συμβάσεις απασχόλησης δεν θα πρέπει να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής. Η σύναψη, συνεπώς, συμβάσεων απασχόλησης αποτελεί για τις δημόσιες αρχές μέσο, ώστε να παρέχουν οι ίδιες τις σχετικές υπηρεσίες και, ως εκ τούτου, εξαιρείται από τις υποχρεώσεις σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων που

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

διαλαμβάνονται στην εν λόγω οδηγία. Σύμφωνα, περαιτέρω, με την ίδια απόφαση του ΔΕΕ, το γεγονός ότι στην προαναφερθείσα αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24 διευκρινίζεται, αναφορικά με την ανωτέρω δυνατότητα των δημοσίων αρχών, ότι *«αυτό [η εκπλήρωση υποχρεώσεων με ίδια μέσα] μπορεί να συμβαίνει, επί παραδείγματι, με ορισμένες διοικητικές και κρατικές υπηρεσίες, όπως είναι οι εκτελεστικές και οι νομοθετικές υπηρεσίες, ή με ορισμένες υπηρεσίες υπέρ του κοινωνικού συνόλου, όπως είναι οι υπηρεσίες στον τομέα των εξωτερικών υποθέσεων ή της δικαιοσύνης ή οι υπηρεσίες υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης»*, καταδεικνύει *«επαρκώς ότι η απαρίθμηση έχει ενδεικτικό χαρακτήρα»* και όχι περιοριστικό. Όπως, περαιτέρω, προκύπτει από την απόφαση του ΔΕΕ (σκέψεις 28-32), η σύναψη σύμβασης απασχόλησης *«δημιουργεί, ως εκ της φύσεώς της, σχέση εργασίας μεταξύ του εργαζομένου και του εργοδότη»*, κατά πάγια δε νομολογία, εντός του ευρύτερου πλαισίου του δικαίου της Ένωσης, το χαρακτηριστικό γνώρισμα της σχέσης εργασίας συνίσταται στο ότι ένα πρόσωπο παρέχει, επί ορισμένο χρονικό διάστημα, προς όφελος άλλου προσώπου και υπό τη διεύθυνσή του, υπηρεσίες έναντι των οποίων λαμβάνει αμοιβή. Για το λόγο αυτό, η έννοια «συμβάσεις απασχόλησης» κατά το άρθρο 10 περ. ζ' της οδηγίας 2014/24 αφορά όλες τις συμβάσεις, βάσει των οποίων δημόσια αρχή προσλαμβάνει φυσικά πρόσωπα, προκειμένου να παρέχει η ίδια υπηρεσίες και οι οποίες δημιουργούν σχέση εξαρτημένης εργασίας υπό την ανωτέρω έννοια, απόκειται δε εν τέλει στο αιτούν εθνικό δικαστήριο (εν προκειμένω στο Συμβούλιο της Επικρατείας) να εκτιμήσει, με γνώμονα τα προεκτεθέντα, αν οι επίμαχες στην κρινόμενη υπόθεση συμβάσεις αποτελούν «συμβάσεις απασχόλησης» κατά την έννοια της ανωτέρω διάταξης της οδηγίας 2014/24, αν και, όπως ρητώς σημείωσε το ΔΕΕ με την ανωτέρω απόφασή του (σκέψη 32), *«ουδόλως προκύπτει από τη διαβιβασθείσα στο Δικαστήριο δικογραφία ότι τούτο δεν συμβαίνει εν προκειμένω»*.

28. Επειδή, ως έχει κριθεί από την Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, από τις διατάξεις του άρθρου 63 του ν. 4430/2016, καθώς και από τη σχετική αιτιολογική έκθεση προκύπτει ότι οι συμβάσεις του άρθρου αυτού αποτελούν, κατά τη σαφή βούληση του νομοθέτη, συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας, οι οποίες φέρουν τα προαναφερθέντα χαρακτηριστικά, ώστε να εμπίπτουν στην έννοια των

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

«συμβάσεων απασχόλησης» του άρθρου 10 περ. ζ΄ της οδηγίας 2014/24 (ΣΤΕ ΕΑ Ολομ. 68/2019, σκ. 10). Από κανένα δε στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι οι συμβάσεις τις οποίες αφορούν οι επίμαχες αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του ως άνω νοσοκομείου δεν θα αποτελούν πραγματικές συμβάσεις εργασίας, αλλά θα υποκρύπτουν άλλο τύπο σύμβασης, ώστε να ανακύπτει ζήτημα καταχρηστικής παραλείψεως εφαρμογής εκ μέρους του των διατάξεων της οδηγίας 2014/24 (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 512/2012).

29. Επειδή από τη διάταξη, εξάλλου, του άρθρου 10 περ. ζ΄ της Οδηγίας 2014/24 ουδόλως προκύπτει ότι ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης απασχόλησης, με συνέπεια την εξαίρεσή της από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, εξαρτάται από προϋποθέσεις συνδεόμενες με το κύρος της και μάλιστα προβλεπόμενες ή συναγόμενες από το εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών. Αντίθετη, άλλωστε, εκδοχή θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με την ανάγκη ομοιόμορφης ερμηνείας και εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης, το οποίο δεν παραπέμπει για το ανωτέρω ζήτημα στο δίκαιο των κρατών μελών (βλ. τη σκέψη 25 της από 25.10.2018 απόφασης του ΔΕΕ). Σύμφωνα, συνεπώς, με την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 10 περ. ζ΄ της οδηγίας 2014/24, οι επίμαχες στην προκειμένη περίπτωση συμβάσεις εργασίας δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24 και, επομένως, ούτε υφίσταται παράλειψη του ως άνω νοσοκομείου να κινήσει διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κατά την ανωτέρω οδηγία ούτε δύναται να προσβληθούν παραδεκτως οι προσβαλλόμενες πράξεις, κατά τα εκτεθέντα στις προηγούμενες σκέψεις, στο πλαίσιο της έννομης προστασίας που παρέχεται κατά την οδηγία 89/665 και τις διατάξεις που θεσπίζονται για τη μεταφορά της στο εσωτερικό δίκαιο (εν προκειμένω το ν. 4412/2016), με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

30. Επειδή οι ως άνω προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν κατ' εφαρμογήν του άρθρου 63 του Ν.4430/2016 που προβλέπει τη δυνατότητα σύναψης συμβάσεων εργασίας που ρητώς εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά τα ως άνω, και κατ' επέκταση του πεδίου εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΚ κατά τη ρητή διάταξη της παρ. 1 του άρθρου αυτής που καθορίζει την παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς, το αντικείμενο των

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

προσβαλλόμενων πράξεων αφενός αποκλείει, εν προκειμένω, την εφαρμογή της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ ως ισχύει και αφετέρου οι εν λόγω πράξεις δεν μπορούν να θεωρηθούν ως προπαρασκευαστικές ή έστω αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως εφόσον λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο διαδικασίας και αλληλουχίας πράξεων που σκοπούν στη σύναψη συμβάσεων εργασίας.

31. Επειδή, συνακόλουθα, οι ως άνω πράξεις απαραδέκτως προσβάλλονται ενώπιον τη ΑΕΠΠ καθώς εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και της έννομης προστασίας στο πλαίσιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

32.Επειδή, περαιτέρω, επισημαίνεται ότι αμφότερα τα ανωτέρω συστήματα (είτε κατά το στάδιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης είτε κατά την πρόσληψη προσωπικού ΝΠΔΔ) προβλέπουν την παροχή αποτελεσματικής έννομης/δικαστικής προστασίας (κατά τα άρθρα 20 παρ. 1 Συντ., 47 ΧΘΔΕΕ και 6 ΕΣΔΑ), υφισταμένης της δυνατότητας έκδοσης προσωρινής διαταγής και ταχείας εκδίκασης της αίτησης, ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού από τους διαδίκους, αναλόγως της κρισιμότητας και των περιστάσεων, της εκάστοτε υπόθεσης.

33. Επειδή, επομένως το ερώτημα που, αναρμοδίως και άρα απαραδέκτως, τίθεται ενώπιον της ΑΕΠΠ 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.

34. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προσβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου

Αριθμός απόφασης: Α159/2019

συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

35. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή είναι προδήλως απαράδεκτη και, ως εκ τούτου, δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής.

36. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

37. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής της αιτούσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10-04-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο Γραμματέας
ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΤΡΗΣ