



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός γνωμοδότησης 183 /2019
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(Α΄ ΤΜΗΜΑ)
Συνεδρίαση της 24ης Σεπτεμβρίου 2019

Σύνθεση:

Πρόεδρος : Ευγενία Βελώνη, Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.

Μέλη: Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Στυλιανή Χαριτάκη, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Γεώργιος Ανδρέου, Κωνσταντίνα Χριστοπούλου, Αγγελική Καστανά, Βασίλειος Καραγεώργος, Κωνσταντίνος Ζαμπάρας , Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγήτρια: Μαρία Βλάσση, Πάρεδρος του ΝΣΚ(γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός ερωτήματος: Το με αριθμό πρωτοκόλλου 2/21000/0026 /16.5.2018 έγγραφο του Υπουργείου Οικονομικών , Γενικής Γραμματείας Δημοσιονομικής Πολιτικής, Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, Γενικής Διεύθυνσης Θησαυροφυλακίου και Δημοσιονομικών Κανόνων, Διεύθυνσης Κατάρτισης, Συντονισμού, Εφαρμογής Δημοσιονομικών Κανόνων, Τμήματος Γ' .

Περίληψη ερωτήματος : Ερωτάται, εάν η διάταξη του άρθρου 37 του ν. 2072/1992 έχει καταργηθεί μετά την ισχύ των διατάξεων του ν. 4412/2016.

Στο πιο πάνω ερώτημα το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Α΄ ΤΜΗΜΑ) γνωμοδότησε ως εξής:

Νομοθετικό πλαίσιο

1. Στα άρθρα 2 και 681 του **Α.Κ.** ορίζονται τα εξής:

« **Άρθρο 2** Ο νόμος ορίζει για το μέλλον, δεν έχει αναδρομική δύναμη και διατηρεί την ισχύ του εφόσον άλλος κανόνας δικαίου δεν τον καταργήσει ρητά ή σιωπηρά

Άρθρο 681 Με τη σύμβαση έργου ο εργολάβος έχει υποχρέωση να εκτελέσει το έργο και ο εργοδότης να καταβάλει τη συμφωνημένη αμοιβή ».

2. Στο άρθρο 37 του ν. 2072/1992 (Α' 125) ορίζονται τα εξής: « Οι δημόσιες υπηρεσίες, τα νομικά πρόσωπα δημόσιου δικαίου (ν.π.δ.δ.) και οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης (ο.τ.α.) επιτρέπεται να αναθέτουν με σύμβαση έργου, κατά τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα, την εκτέλεση του έργου της καθαριότητας κτιριακών εγκαταστάσεων και των παραρτημάτων τους σε ειδικά συνεργεία καθαρισμού, εφόσον η αμοιβή του αναδόχου δεν υπερβαίνει την απαιτούμενη δαπάνη για την πλήρωση των κενών οργανικών θέσεων του οικείου κλάδου ή ειδικότητας. Αν δεν εκδηλωθεί ενδιαφέρον από εταιρείες ή επιχειρήσεις, επιτρέπεται η ανάθεση με σύμβαση έργου σε ιδιώτες επαγγελματίες.....».

3. Στο άρθρο 6 του ν. 2527/1997 (Α' 206) ορίζονται τα εξής: « 1. Για τη σύναψη σύμβασης μίσθωσης έργου από υπηρεσίες και νομικό πρόσωπα του δημόσιου τομέα με φυσικά πρόσωπα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 681 κ.ε. του Αστικού Κώδικα ή με άλλες ειδικές διατάξεις, απαιτείται η προηγούμενη έκδοση κοινής απόφασης του Υπουργού Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης και του κατά περίπτωση αρμόδιου υπουργού, με την οποία καθορίζεται ο αριθμός των προσώπων που θα απασχοληθούν, το συγκεκριμένο έργο που θα εκτελέσουν, το χρονικό διάστημα που απαιτείται για την ολική ή τμηματική παράδοση του έργου, το συνολικό ποσό της αμοιβής του αναδόχου, ο τόπος εκτέλεσης του έργου, καθώς και ότι το έργο δεν ανάγεται στον κύκλο των συνήθων καθηκόντων των υπαλλήλων του οικείου φορέα και αιτιολογία για τους λόγους που δεν μπορεί να εκτελεστεί από υπαλλήλους του.....».

4. Στο άρθρο 68 του ν. 3863/2010 « Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (Α' 115), όπως περαιτέρω τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με το άρθρο 2 του αν 1925/1951, το άρθρο 5 παρ. 4 του αν 263/1968, το άρθρο 24 του ν.3996/2011(Α 170), το άρθρο 326 παρ. 3 του ν. 4072/2012 (Α' 86), το άρθρο 22 ν.4144/2013(Α 88) και το άρθρο 39 παρ. Β του ν.4488/2017(Α 137), ορίζονται τα εξής: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή/και προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού

ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής:

α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων.

Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι

2.3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους περιλαμβάνονται τα στοιχεία α έως στ της πρώτης παραγράφου, καθώς και ειδικός όρος για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Όταν δεν αναγράφονται τα ανωτέρω στοιχεία και όροι, η σύμβαση είναι άκυρη και απορρίπτεται η δαπάνη πληρωμής.

45. Όταν οι υπηρεσίες ή οι επιτροπές παρακολούθησης καλής εκτέλεσης του έργου του αποδέκτη των υπηρεσιών διαπιστώνουν παραβάσεις των όρων του παρόντος άρθρου κατά τη διάρκεια υλοποίησης του έργου, η σύμβαση καταγγέλλεται από την αναθέτουσα αρχή.».

5. Στα άρθρα 1, 2, 3, 18, 130,131, 133, 377 και 379 του **v.4412/2016** « Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ) » (Α' 147/08.08.2016), ορίζονται τα εξής:

« **Άρθρο 1** Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής

1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), β) 2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και

διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221), β.....

3. Οι διατάξεις των άρθρων 116 έως 128¹ εφαρμόζονται αποκλειστικά στις συμβάσεις των περιπτώσεων α` της παραγράφου 2² με εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων του άρθρου 5.{ η παράγραφος 3 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 22 περ.6 του ν.4441/2016(A227)}

Άρθρο 2 Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο 6` της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)

1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή

5) ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών,.....

9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6³.

(α) (β) ως «δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην υποπερίπτωση α` της παρούσας περίπτωσης,

11) ως «οικονομικός φορέας» νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας.....

ΒΙΒΛΙΟ Ι ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΈΡΓΩΝ, ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Άρθρο 3 Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

¹ ΕΝΟΤΗΤΑ 3, ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ, Άρθρο 116 Επιλογή των διαδικασιών, Άρθρο 117 Συνοπτικός διαγωνισμός, Άρθρο 118 Απευθείας ανάθεση, Άρθρο 119 Συμβάσεις ενεργειών τεχνικής βοήθειας, Άρθρο 120 Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης Άρθρο 121 Προθεσμίες διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων, Άρθρο 123 Προσκλήσεις προς υποψηφίους κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων - Κριτήρια επιλογής, Άρθρο 124 Οικονομικές προσφορές στις δημόσιες συμβάσεις έργων, Άρθρο 125 Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών στις δημόσιες συμβάσεις έργων, Άρθρο 127 Ενστάσεις που ασκούνται κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, Άρθρο 128 Ανάθεση εξειδικευμένων υπηρεσιών για τη μελέτη και εκτέλεση συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων παραχώρησης έργων

² διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων

³ Αφορά «δημόσιες συμβάσεις έργων»

1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο.

Άρθρο 10 Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών (άρθρο 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες:

α) έχουν ως αντικείμενο την αγορά ή μίσθωση, με οποιουσδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης β) αφορούν την αγορά, την ανάπτυξη, την παραγωγή ή τη συμπαραγωγή υλικού προγραμμάτων που προορίζεται για υπηρεσίες οπτικοακουστικών, γ) αφορούν υπηρεσίες διαίτησας και συμβιβασμού, ε) αφορούν χρηματοπιστωτικές στ) αφορούν δάνεια είτε συνδέονται είτε όχι με την έκδοση, την πώληση, την αγορά ή τη μεταβίβαση τίτλων ή άλλων χρηματοπιστωτικών μέσων, ζ) αφορούν συμβάσεις εργασίας, η) αφορούν υπηρεσίες πολιτικής άμυνας,..... θ) αφορούν δημόσιες επιβατικές μεταφορές, ι) αφορούν υπηρεσίες πολιτικών εκστρατειών

Άρθρο 18 Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.....

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.....

5. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115).

{Η παράγραφος .5 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 107 παρ.1 ν.4497/2017 (Α 171)}

Άρθρο 130 Όροι εκτέλεσης της σύμβασης (άρθρο 70 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

1. Οι αναθέτουσες αρχές επιβάλλουν τον όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο,, Α. Ειδικά: α) στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης, περιλαμβάνονται, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου, τα στοιχεία που αναφέρονται στις περιπτώσεις α έως στ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α 115), όπως εκάστοτε ισχύει, καθώς και ο ειδικός όρος της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου

{ Η παράγραφος 1 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 22 ν.4496/2017(Α 170)}

Άρθρο 131 Υπεργολαβία (άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

1.....8. Ειδικά κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, εφαρμόζεται η παρ. 4 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α 115).

Άρθρο 133 Δικαίωμα μονομερούς λύσης της σύμβασης (άρθρο 73 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

12. Οι αναθέτουσες αρχές, υπό τις προϋποθέσεις που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις, καταγγέλλουν υποχρεωτικά μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, εφόσον συντρέχει η περίπτωση της παρ. 5 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α` 115).

Άρθρο 377 Καταργούμενες διατάξεις

1. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργούνται οι διατάξεις:

4. Καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη που είναι αντίθετη με τις διατάξεις του παρόντος ή ρυθμίζει τα θέματα αυτά με άλλον τρόπο.

Άρθρο 379 Έναρξη ισχύος (άρθρα 90 παράγραφοι 1-2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παράγραφοι 1-2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)

1«Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευση του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, ενόψει και του όλου νομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται και του σκοπού που εξυπηρετούν, συνάγονται τα ακόλουθα :

6. Με τη σύμβαση έργου, κατά το άρθρο 681 ΑΚ, ο ένας συμβαλλόμενος, που καλείται εργολάβος, αναλαμβάνει την υποχρέωση να εκτελέσει το έργο και ο

αντισυμβαλλόμενος, που καλείται εργοδότης, να καταβάλει τη συμφωνημένη αμοιβή με την παράδοση του έργου. Νοείται ως έργο κάθε τελικό αποτέλεσμα της εργασίας και δραστηριότητας του εργολάβου στο οποίο απέβλεψαν τα μέρη της σύμβασης, ενώ ως παράδοση του έργου νοείται η εκπλήρωση της κύριας υποχρέωσης του εργολάβου, που συνίσταται στην εκτέλεση του έργου και στην προσπόρισή του στον εργοδότη, δηλαδή η περιέλευση του έργου στη σφαίρα εξουσίας του εργοδότη. Η αμοιβή του εργολάβου μπορεί κατά την κατάρτιση της σύμβασης να ορισθεί κατ' αποκοπή, κατά μονάδα, επί τη βάσει προϋπολογισμού, απολογιστικώς, χρονικώς, σε ποσοστά ή και να καταλειφθεί ακαθόριστη ως προς το ποσό και τον τρόπο υπολογισμού της, καταβάλλεται δε κατά την παράδοση του έργου, εκτός αν η παράδοση τούτου συμφωνήθηκε κατά τμήματα, οπότε καταβάλλεται με την παράδοση κάθε τμήματος (ΑΠ 575/2015, 1665/2014, 119/2014, 882/2013).

7. Κατά την διάταξη του άρθρου 37 του ν. 2072/1992, οι δημόσιες υπηρεσίες, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης επιτρέπεται με ορισμένη συμβατική μορφή που επιλέγει ο ίδιος ο νομοθέτης και συγκεκριμένα τη μορφή της σύμβασης μίσθωσης έργου να αναθέτουν την καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεών τους και των παραρτημάτων αυτών σε ειδικά συνεργεία καθαρισμού, σε εταιρείες και επιχειρήσεις ή ιδιώτες επαγγελματίες, εφόσον η αμοιβή του αναδόχου δεν υπερβαίνει την απαιτούμενη δαπάνη για την πλήρωση των κενών οργανικών θέσεων του οικείου κλάδου ή ειδικότητας. (ΕΣ5/2004). Περαιτέρω, με την διάταξη του άρθρου 6 του ν. 2527/1997 καθορίζονται οι ουσιαστικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις, υπό τη συνδρομή των οποίων επιτρέπεται στις υπηρεσίες και τα νομικά πρόσωπα του δημοσίου τομέα να συνάπτουν συμβάσεις έργου με φυσικά πρόσωπα, καθώς και η διαδικασία σύναψης των συμβάσεων αυτών (έκδοση σχετικής κυα, στην οποία αναφέρονται ο αριθμός των προσώπων που θα απασχοληθούν, το συγκεκριμένο έργο που θα εκτελέσουν, το χρονικό διάστημα που απαιτείται για την ολική ή τμηματική παράδοση του έργου, ο τόπος εκτέλεσής τους, το συνολικό ποσό της αμοιβής του αναδόχου, καθώς και ότι το έργο δεν ανάγεται στον κύκλο των συνήθων καθηκόντων των υπαλλήλων του οικείου φορέα και τους λόγους που δεν μπορεί να εκτελεστεί από υπαλλήλους του, ΕΣ Τμήμα Ι Πράξεις 36/2016,41/2016 κ.ά.).

8. Η Ευρωπαϊκή Κοινότητα αποσκοπώντας στην ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού, στη δημιουργία συνθηκών ίσης μεταχείρισης και αποτροπή άνισης και διακριτικής μεταχείρισης, καθώς και στην επίτευξη διαφάνειας κατά τις

διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διάθεσης δημοσίου χρήματος, προέβη με Οδηγίες στο συντονισμό των εθνικών διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό, υιοθετήθηκαν τον Ιανουάριο του 2014 και δημοσιεύθηκαν στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις 28/3/2014, τρεις νέες οδηγίες. Η Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 αφορά τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

9. Εξάλλου, σύμφωνα με την σκέψη 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το σύστημα κανόνων και διαδικασιών που προβλέπει εφαρμόζεται σε όλες τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της, εφόσον αυτές δεν υπάγονται σε μία από τις εξαιρέσεις που περιλαμβάνονται στον Τίτλο Ι, Κεφάλαιο Ι, Τμήμα 3 « Εξαιρέσεις»⁴, ενώ, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να επικαλούνται διατάξεις της εσωτερικής τους έννομης τάξης για να δικαιολογήσουν τη μη τήρηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης⁵.

Αντίθετα, το Δικαστήριο ερμηνεύοντας τις διατάξεις της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης⁶, τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις καθώς και τις συναφείς αρχές του δικαίου της Ένωσης, δέχεται ότι δεν καταλείπεται πεδίο εφαρμογής τους όταν οι δημόσιες αρχές αποφασίζουν να εκπληρώσουν τα δημοσίου συμφέροντος καθήκοντά τους με τα δικά τους διοικητικά, τεχνικά και λοιπά μέσα⁷. Την αρχή αυτή, άλλωστε, αναγνωρίζει ρητά και η Οδηγία 2014/24 στην 5η αιτιολογική σκέψη του προοιμίου της⁸.

⁴ συμβάσεις στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (άρθρο 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ειδικές εξαιρέσεις στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (άρθρο 8 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), δημόσιες συμβάσεις που ανατίθενται και διαγωνισμοί μελετών που διοργανώνονται δυνάμει διεθνών κανόνων (άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών (άρθρο 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), συμβάσεις υπηρεσιών που ανατίθενται βάσει αποκλειστικού δικαιώματος (άρθρο 11 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), δημόσιες συμβάσεις μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα (άρθρο 12 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), επιδοτούμενες συμβάσεις και υπηρεσίες έρευνας και ανάπτυξης (άρθρα 13 και 14 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), συμβάσεις στον τομέα της άμυνας και της ασφάλειας (άρθρα 15,16 και 17 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.226 επ..

⁵ βλ. μεταξύ άλλων αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-114/02 Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2003, σελ. I-3783 σκέψη 11, της 23ης Απριλίου 2009, C-321/08 Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκέψη 9 και της 27ης Οκτωβρίου 2011, C-601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2011 σκέψη 41, άρθρο 63 ν.4430/2016 ΣΤΕ 1305/2017, 302/2019.

⁶ ιδίως τα άρθρα 49 και 56 αυτής.

⁷ ΣΤΕ 1305/2017 και οι εκεί αναφερόμενες αποφάσεις Δ.Ε.Ε Undis Servizi Srl C -553/15, σκ 30, Technische Universität Hamburg- Harburg, C 15-13, σκ. 25, Sea Arl C 573/07, σκ. 36 και 37, Stadt Halle και RPL Lochau c-26/03 σκ. 48 και 49 κ.ά.

⁸ Όπου αναφέρει ότι: «Θα πρέπει να υπενθυμιστεί ότι καμία διάταξη της παρούσας οδηγίας δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα μέσα πλην των δημοσίων συμβάσεων κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας. Η παροχή υπηρεσιών που βασίζεται σε νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή σε συμβάσεις εργασίας δεν θα πρέπει να καλύπτεται».

Επίσης, το Δικαστήριο δέχεται ότι κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που ενσωματώθηκε με το άρθρο 10, περίπτωση ζ' του ν. 4412/2016⁹, η έννοια «συμβάσεις απασχόλησης», καταλαμβάνει μόνο ατομικές συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου συναφθείσες με πρόσωπα τα οποία επελέγησαν βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, όπως είναι ο χρόνος ανεργίας, η προηγούμενη πείρα και ο αριθμός των συντηρούμενων από τα πρόσωπα αυτά ανηλίκων τέκνων.¹⁰

10. Ως «δημόσιες συμβάσεις» του ν.4412/2016¹¹, ο οποίος ενσωμάτωσε την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, με έναρξη ισχύος από 08/08/2016, εκτός αν διαφορετικά ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις του, νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων («οικονομικών παραγόντων») και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών. Οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών αφορούν την εκτέλεση εργασιών για λογαριασμό του Δημοσίου, και την προσφορά προς αυτό συνόλου άυλων αγαθών ή δραστηριοτήτων με τη μορφή ολοκληρωμένου έργου, οι οποίες εντάσσονται στον τριτογενή τομέα και αποβλέπουν στο αποτέλεσμα της εργασίας με την επίτευξη συγκεκριμένου τελικού αποτελέσματος και όχι μόνο στην εργασία¹². Ο νομικός, εξάλλου, χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης υπηρεσιών, –και συνακόλουθα η υπαγωγή της στο αντίστοιχο νομοθετικό καθεστώς της οικείας κατηγορίας δημοσίων συμβάσεων–, στηρίζεται στη φύση του αντικειμένου της σύμβασης και είναι ανεξάρτητος από τον χαρακτηρισμό της σύμβασης στην προκήρυξη από τον δημόσιο φορέα (αναθέτουσα αρχή)¹³.

11. Στο ρυθμιστικό πεδίο του παραπάνω νόμου ο νομοθέτης, κατά ρητή επιταγή (άρθρο πρώτο) υπήγαγε, με τις ειδικότερες διακρίσεις των παραγράφων 3 έως 7 του άρθρου 1, όλες τις συμβάσεις, ανεξάρτητα από το είδος (έργων, προμηθειών, υπηρεσιών, εκπόνησης μελετών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών¹⁴) και την εκτιμώμενη αξία αυτών (άνω ή κάτω των ορίων των άρθρων 5 και 235), ενώ όπου θέλησε διαφορετική ρύθμιση το προέβλεψε ρητά. Ο εθνικός νομοθέτης επέλεξε, δηλαδή, κατά γενικό κανόνα, οι διατάξεις του ν.4412/2016, που ενσωματώνουν τις

⁹ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.242 επ.

¹⁰ C-260/17 Ανοδική Services ΕΠΕ κατά ΓΝΑ Ο Ευαγγελισμός – Οφθαλμιατρείο Αθηνών –

¹¹ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.9 επ.

¹² βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.57 επ.

¹³ βλ. ΔΕΚ C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30, C-536/07, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκ. 54, ΕΑ ΣτΕ 205/2016, σκ. 22, ΕΑ ΣτΕ 630/2006 ΘΠΔΔ 2008, σ. 1205, με παρατηρήσεις Χ. Μητκίδη, βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.215 επ..

¹⁴ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ. 99 επ.

αντίστοιχες διατάξεις των Οδηγιών, να εφαρμόζονται και στις συμβάσεις κάτω των ορίων. Στο πλαίσιο αυτό, οι αναθέτουσες αρχές για τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων μπορούν να προσφεύγουν κατ' επιλογή τους στις διαδικασίες που προβλέπονται στο ν.4412/2016¹⁵, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που ο νόμος αυτός θέτει για κάθε διαδικασία .

12. Τις παραπάνω δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών¹⁶ ο εθνικός νομοθέτης υπήγαγε στο βιβλίο Ι του ν. 4412/2016, σε αυτές δε εντάσσονται και οι συμβάσεις για τον καθαρισμό κτηρίων, για τις οποίες, μάλιστα, γίνεται ρητή αναφορά στα άρθρα 18 παράγραφος 5, 130 παράγραφος 2, 131 παράγραφος 8 και 133 παράγραφος 2 του νόμου τούτου, με παραπομπή και στο άρθρο 68 του ν. 3863/2010¹⁷, που προβλέπει, μεταξύ άλλων, τα ουσιώδη στοιχεία της προσφοράς του εργολάβου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και της σύμβασης που θα συναφθεί καθώς και τη συμπερίληψη σε αυτές ειδικού όρου για την τήρηση από τον ανάδοχο καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης των υποχρεώσεων που απορρέουν από το κοινωνικοασφαλιστικό και εργατικό δίκαιο, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, ακυρότητας και δικαιώματος καταγγελίας αυτής αντίστοιχα, σε περίπτωση παράβασής τους.

13. Από τις προαναφερόμενες διατάξεις του ν.4412/2016, καταρχάς, δεν θεσπίζεται υποχρέωση για την παροχή υπηρεσιών και συνακόλουθα και των υπηρεσιών καθαριότητας από το κράτος μέσω εξωτερικών φορέων, ήτοι εργολάβων, ούτε υφίσταται υποχρέωση των αρχών και φορέων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ν.4412/2016, να προκηρύσσουν ή καθ' οιονδήποτε τρόπο εκκινούν συγκεκριμένη

¹⁵ ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες των άρθρων 27 και 28 του ν.4412/2016 αντίστοιχα ή στις συμπράξεις καινοτομίας του άρθρου 31 του ίδιου νόμου ή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του ως άνω νόμου Για δημόσιες συμβάσεις κάτω των ορίων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν και στη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού, στο σύστημα προεπιλογής και στις διαδικασίες της απευθείας ανάθεσης , σύμφωνα με τα άρθρα 116-118 του ν.4412/2016, ΑΠΟΦ 158/2016 Έγκριση "Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης" (ΤΕΥΔ),άρθ. 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, ΑΑ 24/2016 απάντηση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, άρθρο 2, παρ. 1, εδ. 31 του ν. 4412/2016, ως απευθείας ανάθεση νοείται η διαδικασία ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα, στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς αναθέτουν σύμβαση στο φορέα της επιλογής τους, κατόπιν έρευνας αγοράς και διαβούλευσης με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς. Συνεπώς, οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς έχουν την ευχέρεια να απευθύνονται σε συγκεκριμένους οικονομικές φορείς της επιλογής τους. Περαιτέρω, η ευχέρεια αυτή δεν αποκλείει την πιθανότητα άλλος οικονομικός φορέας να υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να εξετάσει και την εν λόγω προσφορά.

¹⁶ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ. 57 επ., 126 επ.

¹⁷ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ. 597 επ.

κατά χρόνο, τόπο, τρόπο, όρους διαδικασία ανάθεσης σύμβασης για την κάλυψη κάποιας ανάγκης τους¹⁸.

Στην περίπτωση, όμως, επιλογής σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, όλες οι σχετικές διαδικασίες διέπονται από το ν. 4412/2016 και πρέπει να είναι σύμφωνες με τις αρχές¹⁹ του ενωσιακού και εθνικού δικαίου, όπως αυτές προσδιορίζονται και στο άρθρο 18 του παραπάνω νόμου²⁰.

Ειδικότερα, για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών και ως εκ τούτου και καθαριότητας, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν.4412/2016²¹ προβλέπονται ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες²² ή συμπράξεις καινοτομίας²³ ή ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή ανταγωνιστικός διάλογος, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του ως άνω νόμου. Για δε τις δημόσιες συμβάσεις κάτω των ορίων²⁴ οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν, πλέον των ως άνω διαδικασιών και στη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού, στο σύστημα προεπιλογής καθώς και στις διαδικασίες της απευθείας ανάθεσης, σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους και τις προϋποθέσεις του ν.4412/2016.

14. Με τις ως άνω διατάξεις, οργανώνεται, δηλαδή, ένα ολοκληρωμένο σύστημα ανάθεσης και σύναψης των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο και τις αρχές του και καθορίζονται τόσο οι ουσιαστικές όσο και οι διαδικαστικές προϋποθέσεις, οι οποίες παρεκκλίνουν ουσιαστικώς των προβλεπόμενων στις διατάξεις του άρθρου 37 του ν. 2072/1992.

Ός εκ τούτου, οι ανωτέρω διατάξεις του ν.4412/2016, σύμφωνα με τη βούληση του νομοθέτη, όπως προκύπτει από το γράμμα και το πνεύμα των διατάξεων αυτών, αλλά και την καταργητική διάταξη του άρθρου 377, εκτοπίζουν την εφαρμογή του άρθρου 37 του ν. 2072/1992. Επιπροσθέτως, και τούτο διότι οι διατάξεις του ν. 4412/2016, που έχουν την αυτή τυπική ισχύ είναι νεότερες, εφαρμοζόμενου, εν

¹⁸ βλ. υπόθεση C-15/13, Dantenlotsen Informationssysteme και C-26/03, Stand Halle και RPL Lochau, Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών 21/2018, 25/2018.

¹⁹ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.147 επ. και 174 επ., ΕΙΔΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ 1/2014 (Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. ζ, Ν. 4013/2011) Θέμα: Έλεγχος του ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού (αρ. διακήρυξης 1/2013) του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών (ΕΚΠΑ) και των διαδικασιών ανάθεσης των υπηρεσιών καθαριότητας των κτηρίων του Πανεπιστημίου και διακοπή των σχετικών Συμβάσεων.

²⁰ ειδικότερα, με τις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως της ίσης μεταχείρισης, της μη εφαρμογής διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της αναλογικότητας και της διαφάνειας και να τηρούνται οι αρχές του ανταγωνισμού, της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και της αποδοτικότητας.

²¹ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.259 επ.

²² άρθρα 27 και 28 του ν.4412/2016

²³ άρθρου 31 του ν.4412/2016

²⁴ βλ. Δ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση σελ.215 επ.

προκειμένω, του νομικού αξιώματος, που προκύπτει από το άρθρο 2 του Α.Κ., κατά το οποίο μεταγενέστερος νόμος καταργεί τον προγενέστερο .

15. Κατά τη γνώμη του Νομικού Συμβούλου Βασιλείου Καραγεώργου, στις διατάξεις του άρθρου 37 του ν. 2072/1992 ορίζεται το μεν η νομοθεσία που διέπει τη διαδικασία ανάθεσης, από τις δημόσιες υπηρεσίες, τα ν.π.δ.δ. και τους ο.τ.α., του έργου και των υπηρεσιών καθαριότητας κτιριακών εγκαταστάσεων το δε προϋπόθεση προσφυγής στη διαδικασία ανάθεσης, συνιστάμενη στον προσδιορισμό αμοιβής για το έργο και τις υπηρεσίες που δεν υπερβαίνει την απαιτούμενη δαπάνη για την πλήρωση των κενών οργανικών θέσεων του οικείου κλάδου ή ειδικότητας. Οι διατάξεις του ν. 4412/2016 ορίζουν τη διαδικασία ανάθεσης, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέξει αυτήν ως τρόπο ικανοποίησης των ανωτέρω αναγκών, δεν ορίζουν, όμως, υποχρέωση προσφυγής στη διαδικασία ανάθεσης. Τούτο, εν προκειμένω, ορίζεται στην δημοσιονομικού χαρακτήρα ανωτέρω διάταξη του άρθρου 37 του ν. 2072/1992, η οποία, μη αντιπθεμένη στις διατάξεις του ν. 2072/1992, διατηρείται σε ισχύ. Συνεπώς, κατά τη γνώμη αυτή, διά των διατάξεων του ν. 4412/2016, καταργήθηκαν οι διατάξεις του άρθρου 37 του ν. 2072/1992 στο μέτρο που θέτουν κανόνες της διαδικασίας, όχι δε προϋπόθεση ανάθεσης.

Απάντηση

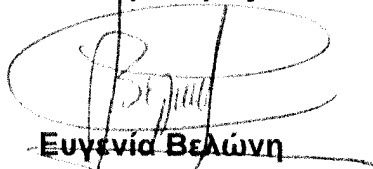
16. Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, στο ερώτημα που υποβλήθηκε, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Α' Τμήμα) γνωμοδοτεί, κατά πλειοψηφία, ως εξής :

Οι διατάξεις του ν.4412/2016 περί των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, ρυθμίζουν και τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και δεν καταλείπουν πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 37 του ν. 2072/1992, η οποία ,ως εκ τούτου, μετά τη θέση σε ισχύ του ν.4412/2016 (08/08/2016), θεωρείται καταργηθείσα.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

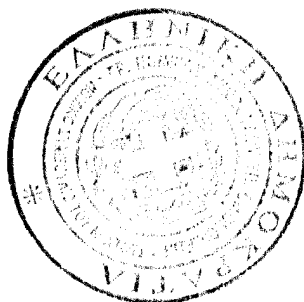
Αθήνα, 26.09.2019

Η Πρόεδρος

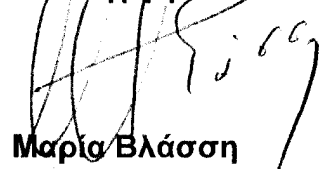


Ευγενία Βελώνη

Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.



Η Εισηγήτρια



Μαρία Βλάσση

Πάρεδρος του Ν.Σ.Κ.