



ΑΤΟΜΙΚΗ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ με αρ. 236/2015

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΟΥ**

Αθήνα, 26 Οκτωβρίου 2015

Ταχ/Δ/νση : Καρ. Σερβίας 10
Ταχ. Κωδ. : 101 84 ΑΘΗΝΑ.
Τηλέφωνο : 210-3375039
FAX : 210-3375040

ΠΡΟΣ

Τη Γενική Διεύθυνση Ηλεκτρονικής
Διακυβέρνησης και Ανθρώπινου
Δυναμικού (Αυτοτελές Τμήμα
Διοίκησης) της Γενικής Γραμματείας
Δημόσιων Εσόδων του Υπουργείου
Οικονομικών.

ΣΧΕΤΙΚΟ το υπ' αρ. Α.Τ.Δ. 134580 ΕΞ 2015 ΕΜΠ/22-10-2015 έγγραφό σας.

Επί του ερωτήματος που θέσατε με το σχετικό έγγραφό σας, περί του εάν υφίσταται δυνατότητα επανασύναψης (βλ. άρθρο 49 του ν.4325/2015) ατομικών συμβάσεων έργου καθαρισμού αναφορικά με κτήρια δημοσίων Υπηρεσιών όπου υπάρχει προσωποπαγής ή οργανική θέση υπαλλήλου καθαριότητας που δεν είναι κενή, σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα:

Η απάντηση στο ερώτημα διέρχεται από τη διερεύνηση του άρθρου 49 του ν.4325/2015 σε σχέση αφενός προς το άρθρο 37 του ν.2072/1992 και αφετέρου προς το άρθρο 33 του ν.4270/2014.

I.- Η σχέση του άρθρου 49 του ν.4325/2015 προς το άρθρο 37 του ν.2072/1992

1) Το άρθρο 49 του ν.4325/2015 αποβλέπει στην ικανοποίηση της ανάγκης καθαρισμού κτηρίων δημοσίων Υπηρεσιών για το χρονικό διάστημα από την έναρξη ισχύος του έως την 31-12-2015. Ως μέσο ικανοποίησης της εν λόγω ανάγκης χρησιμοποιεί ο νόμος τις ήδη συναφθείσες, πριν από την ισχύ του ν.4325/2015,

συμβάσεις μίσθωσης έργου, με αντικείμενο τον καθαρισμό των δημόσιων Υπηρεσιών από ιδιώτες. Πιο συγκεκριμένα, επιτρέπεται η παράταση ισχύος τέτοιων συμβάσεων που δεν έχουν λήξει, ενώ επί συμβάσεων που έχει λήξει η ισχύς τους παρέχεται δυνατότητα επανασύναψης, με ημερομηνία λήξης και στις δύο περιπτώσεις την 31-12-2015.

2) Στο ειδικότερο ερώτημα, για το εάν η εφαρμογή του άρθρου 49 του ν.4325/2015 προϋποθέτει ότι συντρέχει η κατ'άρθρο 37 του ν.2072/1992 προϋπόθεση που αναφέρεται σε κενές θέσεις υπαλλήλων καθαριότητας, η απάντηση είναι ευχερής:

Το άρθρο 49 του ν.4325/2015 δεν θεσπίσθηκε ως περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 37 του ν.2072/1992 και γι' αυτό δεν διαλαμβάνει παραπομπή στο τελευταίο αυτό άρθρο, όπως συνέβη στην προϊσχύσασα αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 167 του ν.4099/2012.

Αντίθετα, το άρθρο 49 του ν.4325/2015 εμπεριέχει αυτοτελή ρύθμιση που εφαρμόζεται με τις προϋποθέσεις που προσδιορίζονται στο ίδιο το άρθρο. Ακριβώς για να άρει οποιαδήποτε σχετική αμφιβολία ο Νομοθέτης όρισε ότι η δυνατότητα παράτασης ή επανασύναψης σύμβασης μίσθωσης έργου καθαρισμού ισχύει «κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης». Τούτο σημαίνει ότι για την παράταση ή επανασύναψη δεν μπορεί να αποτελέσουν κωλύματα οι περιπτώσεις μη εφαρμογής οποιασδήποτε άλλης διάταξης, όπως είναι και το άρθρο 37 του ν.2072/1992.

Από την αμέσως ως άνω νομοθετική επισήμανση προκύπτει και ότι ο Νομοθέτης θέλησε να διαπλάσει με το άρθρο 49 του ν.4325/2015 μίαν όλως ειδική ρύθμιση, που και πράγματι ως τέτοια πρέπει να εκληφθεί για τον λόγο ότι αποβλέπει στις ανάγκες καθαρισμού κτηρίων δημόσιων Υπηρεσιών, που συνδέονται με συγκεκριμένη αλλά περιορισμένη χρονική περίοδο.

Ως εκ τούτου, η ρύθμιση του άρθρου 49 του ν.4325/2015 εκτοπίζει την εφαρμογή της ρύθμισης του άρθρου 37 του ν.2072/1992, σύμφωνα με τη νομοθετική βούληση, αλλά και για τον επιπρόσθετο λόγο ότι από αυτές τις διατάξεις, που έχουν την αυτή τυπική ισχύ, η πρώτη είναι νεότερη και ειδικότερη της άλλης, εφαρμοζόμενου εν προκειμένω του νομικού αξιώματος κατά το οποίο ο μεταγενέστερος και ειδικός νόμος κατισχύει του προγενέστερου και γενικού νόμου («lex prosterior et specialis derogat legi priori et generali»).



3) Επομένως, κατ'ορθή ερμηνεία του άρθρου 49 του ν.4325/2015 η εμπεριεχόμενη σε αυτό ρύθμιση εφαρμόζεται επί τη βάσει των προϋποθέσεων που ορίζονται στο ίδιο το άρθρο, αποκλεισμένης της εφαρμογής του άρθρου 37 του ν.2072/1992 στα θέματα παράτασης ή επανασύναψης που ρυθμίζει το ίδιο το άρθρο 49 του ν.4325/2015. Ή με άλλη διατύπωση, κατά την εφαρμογή του άρθρου 49 του ν.4325/2015 δεν ασκεί νομική επιρροή και γι' αυτό δεν εξετάζεται, κατ'εφαρμογή του άρθρου 37 του ν.2072/1992, η ύπαρξη ή μη προσωποπαγούς ή οργανικής θέσης υπαλλήλου καθαριότητας, ούτε εξετάζεται εάν είναι ή δεν είναι κενή τέτοια θέση που τυχόν διαπιστώνεται ότι υφίσταται.

II.- Το συμπέρασμα αυτό μετριάζεται από τη διερεύνηση της σχέσης του άρθρου 49 του ν.4325/2015 προς το άρθρο 33 του ν.4270/2014

1) Ήδη στον τίτλο αλλά και στο άρθρο 1 του ν.4270/2014 δηλώνεται ότι σκοπός του Νόμου είναι μεταξύ άλλων η ενσωμάτωση στην ελληνική έννομη τάξη της ευρωπαϊκής Οδηγίας 2011/85/ΕΕ, που, ως γνωστόν, εφαρμόζεται ακόμη και εκτοπίζοντας τυχόν αντίθετες διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας. Περαιτέρω, μεταξύ των αρχών διαχείρισης των οικονομικών του Κράτους που έχει θεσπίσει το άρθρο 33 του ν.4270/2014 συμπεριλαμβάνεται η αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, η οποία εξειδικεύεται στην αρχή της οικονομικότητας. Σύμφωνα με αυτήν, πρέπει να επιλέγονται από τα μέσα εφαρμογής κυβερνητικών πολιτικών εκείνα που συνεπάγονται (ενν. ceteris paribus) την ελάχιστη δημοσιονομική επιβάρυνση και συνίστανται στη χρήση των αναγκαίων μόνο διοικητικών πόρων.

Η εφαρμογή του άρθρου 49 του ν.4325/2015 δεν μπορεί να αποσυνδεθεί από την τήρηση των αρχών της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και οικονομικότητας, με το επιχείρημα ότι η ρύθμιση του ως άνω άρθρου είναι ειδικότερη και νεότερη της ρύθμισης του άρθρου 33 του ν.4270/2014. Ο λόγος έγκειται στην εξής κρίσιμη διαπίστωση: οι δημόσιοι λειτουργοί και υπάλληλοι οφείλουν πίστη και αφοσίωση στην Πατρίδα (βλ. τα άρθρα 103 παρ. 1, 59 παρ. 1 και 33 παρ. 2 του Συντάγματος, 19 και 24 του Υ.Κ., ν.3528/2007). Από την πίστη στην Πατρίδα και το Κράτος απορρέει η ειδικότερη υποχρέωση διαφύλαξης του δημόσιου συμφέροντος, που εκπληρώνεται και με την χρηστή δημοσιονομική διαχείριση από τους δημόσιους λειτουργούς και υπαλλήλους, οι οποίοι ασκούν σχετικές με τη δημοσιονομική διαχείριση αρμοδιότητες.

Ώστε, οι αρχές της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και οικονομικότητας ανευρίσκουν έρεισμα όχι μόνον στο άρθρο 33 του ν.4270/2014 αλλά και στο

Σύνταγμα, δηλ. έχουν υπ' αυτήν την έννοια υπερνομοθετική ισχύ, όπως και με την εκδοχή ότι πρόκειται για αρχές που πράγματι κατοχυρώνει, αν όχι με το γράμμα πάντως με το πνεύμα των ρυθμίσεών της, η προαναφερόμενη Οδηγία.

Κατά συνέπεια, η τήρηση των εν λόγω αρχών δεν μπορεί να παρακαμφθεί ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι υφίσταται αντίθεση μεταξύ του άρθρου 33 του ν.4270/2014 και του άρθρου 49 του ν.4325/2015, σύμφωνα και με το νομικό αξίωμα ότι ο ανώτερος νόμος κατ'εξουσίαν του κατώτερου νόμου (*lex superior derogat legi inferiori*).

Στην πραγματικότητα δεν διαπιστώνεται αντίθεση, καθ' όσον ο Νομοθέτης προφανώς θέλησε να εφαρμόζεται το άρθρο 49 του ν.4325/2015 στο πλαίσιο τήρησης της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, και οπωσδήποτε όχι αντίθετα προς αυτήν. Η λογική αυτή άποψη συμφωνεί με την ερμηνευτική αρχή, ότι οι κατώτεροι νόμοι πρέπει να ερμηνεύονται στο φως των ρυθμίσεων των ανωτέρων νόμων, δηλ. εν προκειμένω του Συντάγματος ή και της Οδηγίας που κατοχυρώνουν την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, όπως το περιεχόμενό της αποσαφηνίζεται στο άρθρο 33 του ν.4270/2014.

2) Με άλλες λέξεις, η παράταση ή επανασύναψη επιτρέπεται στο άρθρο 49 του ν. 4325/2015 υπό τον σιωπηρώς εξυπακουόμενο όρο, στη ρύθμιση, ότι τηρείται και εν πάση περιπτώσει δεν παραβιάζεται με την επιτρεπόμενη παράταση σύμβασης ή επανασύναψή της η αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης του άρθρου 33 του ν. 4270/2014.

Κατ' αυτόν τον τρόπο, εισάγεται ως όρος του επιτρεπτού της παράτασης ή επανασύναψης η αναγκαιότητά τους για τον καθαρισμό των δημόσιων Υπηρεσιών, με δεδομένο ότι δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ως συνταγματικά επιβαλλόμενη η ικανοποίηση της ανάγκης για επαρκή καθαρισμό όλων των δημόσιων Υπηρεσιών, ιδίως ενόψει και της αρχής της ίσης μεταχείρισης των δημόσιων υπαλλήλων (βλ. άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος), όπως και της υποχρέωσης σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (βλ. άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος).

Η παραδοχή της αναγκαιότητας ως όρου για την παράταση ή επανασύναψη στηρίζεται επιπλέον και στην παράγραφο 2 του άρθρου 91 του ν.4270/2014, σύμφωνα με την οποία η νομιμότητα μίας δαπάνης του Δημοσίου επαρκώς θεμελιώνεται στο γεγονός ότι «εξυπηρετεί τους σκοπούς του φορέα».



Για τη διαπίστωση της ανάγκης επανασύναψης δεν είναι επαρκείς, από την άποψη της αιτιολογίας, σχηματοποιημένες και γενικές κρίσεις, αλλά απαιτείται στάθμιση των συγκεκριμένων συνθηκών που επικρατούν στην καθεμία Υπηρεσία για το χρονικό διάστημα ισχύος του άρθρου 49 του ν.4325/2015.

Για παράδειγμα, δεν επαρκεί ως αιτιολογία, για τον αποκλεισμό της επανασύναψης, η αναφορά σε ανάληψη υπηρεσίας από δύο επαναφερθείσες καθαρίστριες πλήρους απασχόλησης, με συνέπεια οι εργατοώρες απασχόλησής τους στον καθαρισμό να υπερκαλύπτουν τις εργατοώρες καθαρισμού του προηγουμένως απασχοληθέντος ιδιωτικού συνεργείου.

Και τούτο, διότι σε περίπτωση που θα υπάρξει νόμιμο κώλυμα απουσίας της μίας ή και των δύο καθαριστριών(π.χ. άδεια) και η απουσία αυτή συνδυάζεται με την αδυναμία μεταφοράς άλλου υπαλλήλου καθαριότητας, είναι προφανές ότι, παρά την ανάληψη υπηρεσίας από καθαρίστριες που επαναφέρθηκαν και τοποθετήθηκαν, συντρέχει το στοιχείο της ανάγκης άμεσης επανασύναψης, για να μην στερηθεί η ορισμένη Υπηρεσία τον καθαρισμό της ή τον επαρκή καθαρισμό, αν διαπιστώνεται ανάγκη καθαρισμού κατά ένα μέρος, με τοπική ή χρονική σημασία.

Εξυπακούεται ότι, εάν διαπιστωθεί κενή θέση υπαλλήλου καθαριότητας, π.χ. λόγω μη τοποθέτησης ή παραίτησης από την καθαρίστρια που ανέλαβε υπηρεσία, χωρίς δυνατότητα έγκαιρης μεταφοράς τυχόν πλεονάζοντος προσωπικού, επίσης συντρέχει η ανάγκη επανασύναψης, μάλιστα και με κριτήριο τη ρύθμιση του άρθρου 37 του ν.2072/1992, που επί του προκειμένου βοηθεί με το πνεύμα και τον σκοπό της.

Όπως όμως εξαρχής επισημάνθηκε, η ρύθμιση αυτή δεν είναι εφαρμοστέα και γι' αυτό στερείται, κατ' αρχήν, πρακτικής σημασίας η νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου που την ερμηνεύει.

3) Στην υπ' αρ. 41 Πράξη του IV Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, έχει ενδιαφέρον η χρήση της εκφράσεως για την ανάθεση του καθαρισμού δημόσιων Υπηρεσιών από το Κράτος, αντί της αντίστοιχης νομοθετικής εκφράσεως για την ίδια ανάθεση που κάνουν οι δημόσιες Υπηρεσίες. Η εναλλαγή των δύο εκφράσεων σημαίνει ότι το Ελεγκτικό Συνέδριο ακολουθεί την ορθή αντίληψη, ότι δηλ. τις εν λόγω συμβάσεις δεν μπορεί να συνάψει, ως συμβαλλόμενο μέρος, η δημόσια Υπηρεσία ή ο Προϊστάμενός της, εκλαμβάνόμενος ως απρόσωπο όργανο, διότι δεν

έχουν την ικανότητα δικαίου, άρα ούτε την ικανότητα συνάψεως συμβάσεων (βλ. ιδίως άρθρα 34, 61, 127, 128, 130, 170 και 361 του Αστικού Κώδικα).

Τη σύμβαση καταρτίζει επ'ονόματι του Ελληνικού Δημοσίου ο ορισμένος Προϊστάμενος της δημόσιας Υπηρεσίας, ως νόμιμος εκπρόσωπος του Δημοσίου.

4) Επομένως, ο ως άνω Προϊστάμενος οφείλει, πριν από την επανασύναψη, να ερευνήσει και να διαπιστώσει την κατά το άρθρο 33 του ν.4270/2014 ανάγκη για την επανασύναψη, εάν δε καταλήξει σε θετική κρίση πρέπει να την αιτιολογήσει γραπτώς και με τρόπο συγκεκριμένο, όπως παραπάνω υποδεικνύεται, διότι πρόκειται για κρίση υπηρεσιακώς ελέγξιμη.

III.- Κατ' ακολουθία των προεκτιθεμένων, προσήκει η απάντηση στο ερώτημά σας, ότι η δυνατότητα για την επανασύναψη κατ' άρθρο 49 του ν.4325/2015 ατομικών συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου, με αντικείμενο τον καθαρισμό δημόσιων Υπηρεσιών έως 31-12-2015, δεν προϋποθέτει τη διαλαμβανόμενη στο μη εν προκειμένω εφαρμοστέο άρθρο 37 του ν.2072/1992 προϋπόθεση για την ύπαρξη κενής οργανικής (ή προσωποπαγούς) θέσης υπαλλήλου καθαριότητας, όμως ισχύει ως όρος επιτρεπτού της επανασύναψης της υπόψη σύμβασης η αναγκαιότητά της, που εξετάζεται και διαπιστώνεται κατά τρόπο επαρκώς αιτιολογημένο με αναφορά στις συγκεκριμένες συνθήκες καθαρισμού της εκάστοτε Υπηρεσίας, στο πλαίσιο τήρησης των κατ' άρθρο 33 του ν.4270/2014 αρχών της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και της οικονομικότητας.

Ο Γνωμοδοτών Νομικός Σύμβουλος του Κράτους

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΚΗΠΟΥΡΟΣ

