

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

Αρ. Πρωτ. Εισ. 1520/10-5-2010

Από τη Δ.Ε.Υ.Α. ζητούνται διευκρινίσεις ως προς τη δυνατότητα απασχόλησης ειδικών επιστημονικών συμβούλων με σύμβαση έργου στην επιχείρηση, υπό την ισχύ του Ν. 3812/2009 (και 3833/2010), επίσης ερωτάται αν υπάρχει δυνατότητα απασχόλησης με άλλη νομική σχέση και αν χωρεί εφαρμογή του άρθρου 163 Ν. 3584/2007 στην εν λόγω περίπτωση

Επί του ανωτέρω ζητήματος έχω να σημειώσω τα ακόλουθα:

1. Σύμφωνα με το εναρκτήριο άρθρο του Νόμου 3812/2009 «*Αναμόρφωση του συστήματος προσλήψεων στο δημόσιο τομέα και άλλες διατάξεις*», ήτοι στα πλαίσια προσδιορισμού του ρυθμιστικού πεδίου του νέου νόμου, ορίζεται ότι:

«Άρθρο 1

Τροποποίηση και συμπλήρωση

του άρθρου 14 του ν. 2190/1994

Οι διατάξεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 14 του ν. 2190/1994 (ΦΕΚ 28 Α), όπως ισχύουν, αντικαθίστανται ως ακολούθως:

«1. Στις διατάξεις των κεφαλαίων Α`, Β` και Γ`, όπως ισχύουν, υπάγονται όλοι οι φορείς του δημόσιου τομέα, όπως αυτός οριοθετείται με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 6 του ν. 1256/1982 (ΦΕΚ 65 Α) και τις μεταγενέστερες

συμπληρώσεις του, πριν από την τροποποίηση του με το άρθρο 51 του ν. 1892/1990 (ΦΕΚ 101 Α). Στον κατά τα πιο πάνω δημόσιο τομέα και για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος και μόνο υπάγονται επίσης: (...)

γ. Οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού **και οι πάσης φύσεως επιχειρήσεις τους.**

Συνεπώς οι Δ.Ε.Υ.Α., ήδη εκ του γράμματος του νέου νόμου, σαφώς υπάγονται στο ρυθμιστικό πλαίσιο αυτού.

2. Το νέο νομοθετικό πλαίσιο σύναψης μίσθωσης έργου από των ΟΤΑ α' και β' βαθμού καθώς και των επιχειρήσεων αυτών των ΟΤΑ, άρα και των Δ.Ε.Υ.Α., διαμορφώνεται ως ακολούθως:

Το άρθρο 6 παράγραφος 1 του Ν. 2527/1997 μένει ως έχει:

«Για τη σύναψη σύμβασης μίσθωσης έργου από υπηρεσίες και νομικά 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 συνηθών καθηκόντων των υπαλλήλων του οικείου φορέα και αιτιολογία για τους λόγους που δεν μπορεί να εκτελεστεί από υπαλλήλους του. Με τη σύμβαση μίσθωσης έργου καθορίζονται οι τυχόν αναγκαίοι όροι και κάθε λεπτομέρεια, σχετικώς με τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του αναδόχου. Σύμβαση μίσθωσης έργου που καλύπτει πάγιες και διαρκείς ανάγκες είναι αυτοδικαίως και καθ'ολοκληρίαν άκυρη.»

Με το άρθρο **10 παράγραφος 1** του Νόμου 3812/2009 ορίζονται περαιτέρω τα ακόλουθα:

«Μετά την παράγραφο 1 του άρθρου 6 του Ν. 2527/1997 προστίθενται παράγραφοι 2,3 και 4 ως ακολούθως:

«2. Δεν επιτρέπεται η σύναψη σύμβασης μίσθωσης έργου:

α) για κάλυψη διοικητικών αναγκών ή γραμματειακής εξυπηρέτησης του φορέα

β) εφόσον από τις διατάξεις του οικείου οργανισμού ή κανονισμού προβλέπονται οργανικές θέσεις ειδικότητας αντίστοιχης με αυτές για τις οποίες προτείνεται η κατάρτιση σύμβασης μίσθωσης έργου με φυσικά πρόσωπα.

3. Η επιλογή των προσώπων που θα εκτελέσουν το έργο με αντίστοιχη σύμβαση γίνεται από την οικεία υπηρεσία ή τον φορέα με ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων που ορίζουν τα κριτήρια επιλογής του προσωπικού με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 όπως ισχύουν.

4. Από τις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου εξαιρούνται: (...)

2. Η παρ. 2 του άρθρου 6 του Ν. 2527/1997 αναριθμείται σε 5 και αντικαθίσταται ως ακολούθως:

« 5. Για την έκδοση της απόφασης που προβλέπεται στην παράγραφο 1, καθώς και για την προηγούμενη έγκριση, όπου αυτή προβλέπεται, κατά τις κείμενες διατάξεις, για τη σύναψη σύμβασης μίσθωσης έργου απαιτείται βεβαίωση του ΑΣΕΠ ότι πρόκειται για γνήσια σύμβαση έργου που δεν υποκρύπτει εξαρτημένη εργασία και δεν καλύπτονται με αυτή πάγιες και διαρκείς ανάγκες»

3. Οι επόμενες παράγραφοι του άρθρου 6 του Ν. 2527/1997 αναριθμούνται σε 6, 7, 8, 9, 10 και 11.»

3. Περαιτέρω με το άρθρο 14 «Μεταβατικές διατάξεις» του Νόμου 3812/2009 ορίζεται ότι:

« 1. Με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης ύστερα από πρόταση του ΑΣΕΠ μπορεί: α) να ορίζεται, κατά περίπτωση, μεταγενέστερη ημερομηνία ενάρξεως ισχύος της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 6 του Ν. 2527/1997, που προστέθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 10 του παρόντος νόμου, από την ημερομηνία δημοσίευσής του και πάντως σε καμία περίπτωση μετά τις 31.12.2010. (...)

Οι πιο πάνω αποφάσεις εκδίδονται ύστερα από αίτημα της οικείας υπηρεσίας ή του φορέα που υποβάλλεται μέσα σε προθεσμία έξι μηνών από την έναρξη του παρόντος νόμου.»

4. Τα πρακτικά συμπεράσματα για τις συμβάσεις μίσθωσης έργου των ΟΤΑ α' και β' βαθμού καθώς και των επιχειρήσεων αυτών των ΟΤΑ, άρα και των Δ.Ε.Υ.Α., είναι τα εξής:

i) Ο Α.Σ.Ε.Π. - και όχι πλέον η οικεία νομική υπηρεσία, όπως με το παλιό νομοθετικό καθεστώς – είναι αρμόδιος να βεβαιώσει τη μη – υπόκρυψη συμβάσεως εξαρτημένης εργασίας κάτω από το ένδυμα της επιχειρούμενης να συναφθεί σύμβασης έργου. **Συνεπώς για τη σύναψη νέων συμβάσεων εφαρμόζεται εφεξής η προαναφερθείσα παράγραφος 1 του άρθρου 10 του Νόμου 3812/2009, που προβλέπει ως προϋπόθεση τη βεβαίωση του Α.Σ.Ε.Π. ότι πρόκειται για γνήσια σύμβαση έργου.**

ii) Διαχωρισμός πρέπει να γίνει ως προς τη σύναψη συμβάσεων έργου για ζητήματα, τα οποία μπορούν να αναληφθούν από το υπάρχον εργατικό δυναμικό των ίδιων των υπηρεσιών. Η σύναψη τέτοιων συμβάσεων έργου απαγορεύεται από τη δημοσίευση του Νόμου 3812/2009 (βάσει της εισαγόμενης με το άρθρο 10 παράγραφος 1 νέας παραγράφου 2 του άρθρου 6 του Ν. 2527/1997). Πλην όμως, από το άρθρο 14 παράγραφος 1 του Νόμου 3812/2009 προβλέπεται η δυνατότητα έκδοσης απόφασης του Υπουργού Εσωτερικών,

Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης ύστερα από πρόταση του Α.Σ.Ε.Π. για μεταγενέστερη ημερομηνία ενάρξεως ισχύος του νέου καθεστώτος μόνο ως προς αυτή την κατηγορία συμβάσεων έργου. **Και πάλι όμως η σύναψη θα γίνεται με βεβαίωση του Α.Σ.Ε.Π. ως προς τη μη υπόκρυψη σύμβασης εξαρτημένης εργασίας.** Τέτοια απόφαση του Υπουργού δύναται να προκληθεί από σχετικό αίτημα της οικείας υπηρεσίας του φορέα **εντός 6 μηνών** από τη δημοσίευση του νέου νόμου, δηλαδή **εντός 6 μηνών** από την 28^η Δεκεμβρίου του 2009.

5. Οι διευκρινίσεις από τις εγκυκλίους

Τα ανωτέρω διαστήματα περιορίζονται αισθητά με τις εγκυκλίους του Υπουργείου:

i) Η εγκύκλιος 77296/30-12-2009 του Υπουργείου Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης θέτει στενό χρονικό όριο για το αίτημα προς τον ΑΣΕΠ για βεβαίωση μη – υπόκρυψης σύμβασης εξαρτημένης εργασίας την **11^η Ιανουαρίου 2010.**

Η διοίκηση εδώ θέλησε να προνοήσει για τα τεκταινόμενα μετά τη λήξη αυτών των ήδη έγκυρων και ενεργών συμβάσεων, και άρα θέλησε να ενημερωθεί για κάποιες τάξεις μεγέθους του αριθμού των ισχυρών συμβάσεων που πρόκειται να λήξουν μέσα στο 2010, ώστε να χαράξει δημοσιονομική σχεδίαση για τη μελλοντική κάλυψη των θεραπευομένων από αυτές τις συμβάσεις αναγκών.

ii) Η εγκύκλιος ΔΙΠΠ/Φ.2.9./20/31336/21-12-2009 καλεί τους αρμόδιους φορείς, οι οποίοι προτίθενται να συνάψουν σύμβαση έργου για ζητήματα, τα οποία μπορούν να αναληφθούν από το **προβλεπόμενο** (και όχι απαραίτητα υπάρχον) εργατικό δυναμικό των ίδιων των υπηρεσιών τους (άρθρο 10 παράγραφος 1 - νέα παράγραφος 2 του άρθρου 6 του Ν. 2527/1997 - σε συνδυασμό με το άρθρο 14 παράγραφος 1 του Νόμου), **να απευθύνονται προς το Α.Σ.Ε.Π. όσο πιο σύντομα γίνεται.** Το Α.Σ.Ε.Π. στη συνέχεια θα προβαίνει σε

πρόταση προς το Υπουργείο Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, προς έκδοση της προβλεπόμενης από το νόμο σχετικής υπουργικής απόφασης. **Αυτής της κατηγορίας οι συμβάσεις δεν μπορούν να συναφθούν πριν την έκδοση αυτής της υπουργικής απόφασης.** Εξυπακούεται δε πως ο φορέας που επιθυμεί τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων έργου (ήτοι συμβάσεων έργου για ζητήματα, τα οποία μπορούν να αναληφθούν από το υπάρχον εργατικό δυναμικό των ίδιων των υπηρεσιών του) θα απευθυνθεί στο Α.Σ.Ε.Π. **δix**, δηλ. τόσο για την βεβαίωση του Α.Σ.Ε.Π για τη μη – υπόκρυψη σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, όσο και για να προκαλέσει το Α.Σ.Ε.Π. σε πρόταση προς τον Υπουργό Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, προς έκδοση της προβλεπόμενης από το νόμο σχετικής υπουργικής απόφασης.

6. Προτεινόμενες δράσεις για τη Δ.Ε.Υ.Α.Β.Α.

i) Πρέπει να επισημανθεί ότι οι ανωτέρω πιεστικές προθεσμίες εκ των εγκυκλίων δεν δύνανται να παραλλάξουν το γράμμα και την επιταγή του νόμου. Συνεπώς πρέπει να θεωρηθεί ότι η υπουργική απόφαση του άρθρου 10, παράγραφος 1 του Νόμου 3812/2009, ήτοι του νέου άρθρου 6, παράγραφος 5 του Ν. 2527/1997 περί εγκρίσεως της σύναψης των σκοπούμενων συμβάσεων έργου και περί μη υπόκρυψης σύμβασης εξαρτημένης εργασίας μπορεί να εκδοθεί από το Α.Σ.Ε.Π.. Η όποια πιεστική εξ εγκυκλίου προθεσμία δεν δύναται να επηρεάσει τη ρύθμιση του νόμου, ο οποίος για το προκείμενο ζήτημα δεν θέτει προθεσμία. Συνεπώς η Δ.Ε.Υ.Α. πρέπει να προχωρήσει το συντομότερο σε αίτημα προς το Υπουργείο Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης σε συνεννόηση με το Α.Σ.Ε.Π.

ii) Υπάρχει ένα νευραλγικό ζήτημα, το οποίο χρήζει διευκρίνισης: Από τον Ο.Ε.Υ. της επιχείρησης, άρθρο 10, προβλέπεται απασχόληση ειδικών επιστημονικών συμβούλων στη Δ.Ε.Υ.Α. **με σύμβαση έργου**, ή η πρόσληψή τους ως εργαζομένων ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου; Αν

ισχύει το πρώτο, τότε αρκεί η προαναφερθείσα δια υπουργικής αποφάσεως έγκριση. Αν όμως ισχύει το δεύτερο, τότε πρόκειται για σύναψη συμβάσεων έργου για ζητήματα, τα οποία μπορούν να αναληφθούν από το υπάρχον ή εν πάσει προβλεπόμενο (σταθερό) εργατικό δυναμικό της ίδιας της επιχείρησης. Άρα χρειάζεται να επιτευχθεί και η βάσει της ανωτέρω αναλύσεως «δεύτερη» έγκριση από το Α.Σ.Ε.Π. (βλ. **4 ii** της γνωμοδότησης).

Ως προς αυτή τη «δεύτερη» έγκριση από το Α.Σ.Ε.Π., δηλ. την έγκριση κατ' άρθρο 14, παράγραφος 1, η προθεσμία ορίζεται εκ του νόμου ως εξάμηνη από τη δημοσίευση αυτού και δείχνει κατ' αρχήν να έχει εκπνεύσει, καθώς ο νόμος 3812/2009 δημοσιεύθηκε στις 28.12.2009. Πλην όμως η φύση της προθεσμίας αυτής δεν είναι απολύτως σαφής από άποψη νομικής μεθοδολογίας. Κρίνεται από τη θεωρία ότι οι προθεσμίες που τίθενται στο χώρο του διοικητικού δικαίου είναι δεσμευτικές για τους ιδιώτες (Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 11^η Έκδοση, σελ. 109, παράγραφος 91), ενώ για τη διοίκηση, αν δεν ορίζεται στο νόμο διαφορετικά, οι προθεσμίες θεωρούνται ενδεικτικές. Εν προκειμένω **η Δ.Ε.Υ.Α. είναι μεν νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, δεν δύναται όμως εν προκειμένω να θεωρηθεί ιδιώτης**, αφού η επιχείρηση σπεύδει να μεριμνήσει για τη θεραπεία κοινωνικών αναγκών (της υδρεύσεως και αποχετεύσεως). Άρα μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη πως η δμηνη προθεσμία μπορεί να θεωρηθεί ενδεικτική έναντι της Δ.Ε.Υ.Α., δεδομένης και της επιτακτικού χαρακτήρα των αναγκών, και άρα η έγκριση να χορηγηθεί και η αντίστοιχη υπουργική απόφαση να εκδοθεί. Συνεπώς η Δ.Ε.Υ.Α. πρέπει και ως προς αυτό το ζήτημα να προχωρήσει το συντομότερο σε αίτημα προς το Υπουργείο Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης σε συνεννόηση με το Α.Σ.Ε.Π.

7. Επικουρικά σημειώνεται ότι, βάσει του Νόμου 3833/2010 «*Μείωση αποδοχών, κτλ*», άρθρο 11:

«Εγκρίσεις πρόσληψης προσωπικού με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου και συμβάσεις μίσθωσης έργου για το έτος 2010 περιορίζονται κατά τριάντα τοις εκατό (30%), σε σχέση με τις αντίστοιχες εγκρίσεις του έτους 2009. (...)»

8. Σχετικά με το ερώτημα περί εφαρμογής του Άρθρου 163 – «Ειδικοί Σύμβουλοι - Επιστημονικοί Συνεργάτες - Ειδικοί Συνεργάτες των Ο.Τ.Α.» του Ν. 3584/2007, (Φ.Ε.Κ. Α' /143/28-6-2007) « Κύρωση του Κώδικα Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων» επί των Δ.Ε.Υ.Α. η απάντηση είναι αρνητική για τους ακόλουθους λόγους:

«Άρθρο 2

Έννοια όρων

1. Όπου στον παρόντα Κώδικα αναφέρονται "Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης" (Ο.Τ.Α.), νοούνται οι Δήμοι, οι Κοινότητες, τα Δημοτικά, Κοινοτικά Ιδρύματα και τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου αυτών, καθώς και οι Σύνδεσμοι Δήμων, Κοινοτήτων και Δήμων και Κοινοτήτων.

Άρθρο 3

Έκταση εφαρμογής - Διαίρεση ύλης

Στις διατάξεις του παρόντος Κώδικα υπάγεται το πάσης φύσεως προσωπικό των Ο.Τ.Α., ως κατωτέρω:

1. Στις διατάξεις του πρώτου μέρους υπάγεται το μόνιμο προσωπικό:

α. των Δήμων,

β. των Κοινοτήτων,

γ. των Δημοτικών και Κοινοτικών Ιδρυμάτων και

των Συνδέσμων και των λοιπών Ν.Π.Δ.Δ. των Ο.Τ.Α. (...)»

Καθίσταται από τον ανωτέρω προσδιορισμό του ρυθμιστικού πλαισίου του νόμου σαφές ότι τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου των Δ.Ε.Υ.Α. κείνται **εκτός** του πεδίου εφαρμογής του.

9. Ως προς το τεθέν γενικότερο ερώτημα περί τρόπων απασχόλησης δυναμικού, πρέπει να σημειωθεί πως η εν λόγω εργασία των εγκρίσεων συμβάσεων έργου εμφανίζεται ως η πλέον αρμόζουσα επιλογή για την επιχείρηση, δεδομένων των μέτρων περιορισμού των πάσης φύσης προσλήψεων βάσει των άρθρων 10. 11 του Νόμου 3833/2010.

Αθήνα, 14-6-2010

Ο γνωμοδοτών δικηγόρος

Πάνος Ζυγούρης