



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθ. 194/2013

**ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΣΤ' ΤΜΗΜΑΤΟΣ**

Συνεδρίαση της 28-5-2013

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Νικόλαος Μαυρίκας, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Νομικοί Σύμβουλοι: Νικόλαος Μουδάτσος, Κωνσταντίνος Γεωργάκης,
Κωνσταντίνος Χαραλαμπίδης, Νικόλαος
Δασκαλαντωνάκης.

Αριθμ. Ερωτήματος: Α.Π. 15599/18-4-2013 έγγραφο της Δ/νσης Οργάνωσης
και Λειτουργίας Ο.Τ.Α. του Υπουργείου Εσωτερικών.

Περίληψη Ερωτήματος: Εάν κατά την έκδοση πράξης κατάταξης του
μεταφερόμενου προσωπικού από λυθείσες δημοτικές
κοινωφελείς επιχειρήσεις σε συσταθείσες προς αυτό
θέσεις στον δήμο ή νέο ν.π.δ.δ. αυτού μπορεί να
ελεγχθεί η νομιμότητα των συμβάσεων εργασίας
αορίστου χρόνου που είχε συνάψει το προσωπικό αυτό
με τις λυθείσες δημοτικές επιχειρήσεις.

Εισηγητής: Κων/νος Χαραλαμπίδης, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

Σχετικά με το παραπάνω Ερώτημα το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα ΣΤ') γνωμοδότησε ως ακολούθως:

I. Κατά το διδόμενο από την ερωτώσα υπηρεσία ιστορικό και τα στοιχεία του φακέλλου, το Δημοτικό Συμβούλιο Διρφύων-Μεσσαπίων, με τις 61/28-2-2011 και 62/28-2-2011 αποφάσεις του, αποφάσισε τη λύση της ΔΕΥΑ Μεσσαπίων και των κοινωφελών επιχειρήσεων (ΔΗΚΕΜΕ και ΔΗΚΕΔΙ) και τη μεταφορά προσωπικού ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου στον Δήμο και στο υπό σύσταση νέο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου του Δήμου, κατ' εφαρμογή των διατάξεων της παρ. 6 του άρθρου 26 του ν. 3938/2011.

Το μεταφερόμενο προσωπικό είχε προσληφθεί από τις επιχειρήσεις με συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου, ως επί το πλείστον στο πλαίσιο προγραμμάτων του ΟΑΕΔ για την απασχόληση ανέργων και ΑΜΕΑ, και συνέχισε να απασχολείται μετά τη λήξη των προγραμμάτων είτε με αποφάσεις των οικείων Διοικητικών Συμβουλίων για τη μετατροπή των συμβάσεων σε αορίστου χρόνου, είτε χωρίς καμία απόφαση.

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 2527/1997, όπως ίσχυαν κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, οι επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α. υπάγονταν, ήδη, στο σύστημα προσλήψεων του ν. 2190/94, δηλαδή όφειλαν να προσλαμβάνουν το προσωπικό με σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου κατόπιν προκήρυξης και υπό τον έλεγχο του ΑΣΕΠ. Επιπλέον, για τη μετατροπή των συμβάσεων ορισμένου χρόνου του προσωπικού των επιχειρήσεων των ΟΤΑ σε αορίστου χρόνου, εφαρμόστηκε η αποκλειστική διαδικασία του π.δ. 164/2004, με τελικώς αποφασίζον όργανο το ΑΣΕΠ.

Ειδικά στην περίπτωση του μεταφερόμενου προσωπικού ΑΜΕΑ, οι συμβάσεις μετατράπηκαν σε αορίστου χρόνου με αποφάσεις των διοικητικών συμβουλίων των επιχειρήσεων, κατ' εφαρμογή του άρθρου 11 του ν. 3227/2004.

Στη συνέχεια, με αποφάσεις των αρμοδίων οργάνων αποφασίστηκε η σύσταση των προσωρινών προσωποπαγών θέσεων και εκκρεμεί η κατάταξη του μεταφερόμενου προσωπικού στις θέσεις αυτές.

Στο πλαίσιο ελέγχου της νομιμότητας των προσλήψεων του μεταφερόμενου προσωπικού, το ΑΣΕΠ διαπίστωσε ότι οι συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου που συνήψαν οι εργαζόμενοι στις δημοτικές επιχειρήσεις ΔΕΥΑΜ και ΔΗΚΕΜΕ

είναι άκυρες, αφού δεν προσλήφθηκαν με τις διαδικασίες του ΑΣΕΠ σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2190/94 και, ως εκ τούτου, οι οποιεσδήποτε αποφάσεις των αρμοδίων οργάνων των επιχειρήσεων είναι παράνομες, υποδεικνύοντας πειθαρχικές και ποινικές ευθύνες των τότε διοικήσεων των επιχειρήσεων.

Επιπλέον, το Μονομελές Πρωτοδικείο Χαλκίδας, με την αριθ. 137/2011 απόφασή του, έκρινε, ότι οι συμβάσεις που συνήψαν οι ενάγοντες συμβασιούχοι της ΔΗΚΕΜΕ «χαρακτηρίζονται μεν από τα μέρη ως συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου, πλην όμως, ως τέτοιες είναι άκυρες, αφού οι επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α. υπάγονται στο σύστημα προσλήψεων του ν. 2190/94, ο οποίος δεν εφαρμόστηκε για αυτούς, αφού δεν προσελήφθησαν από το ΑΣΕΠ κατόπιν διενέργειας διαγωνισμού...». Στη συνέχεια η υπηρεσία μνημονεύει τις 413/10 και 203/12 γνωμοδοτήσεις του Ν.Σ.Κ. καθώς και την 208/11 πράξη του Τμήματος Ι του Ελεγκτικού Συνεδρίου και ερωτά «...αν το αρμόδιο όργανο για την κατάταξη του προσωπικού στις συσταθείσες θέσεις του Δήμου Διρφύων Μεσσαπίων (ο δήμαρχος) και του νπδδ αυτού (ο πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου) μπορεί να αρνηθεί να εκδώσει και να δημοσιεύσει τις πράξεις κατάταξης του προσωπικού στις συσταθείσες θέσεις, μετά τη διαπίστωση του ΑΣΕΠ ότι οι συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου που συνήψαν οι εργαζόμενοι στις δημοτικές επιχειρήσεις ΔΕΥΑΜ και ΔΗΜΕΚΕ είναι άκυρες».

II. Το άρθρο 109 του ν. 3852/10 («Καλλικράτης»), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 26 παρ. 6 ν. 3938/2011 (Α' 61), ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«1. Κοινωφελείς επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α., πρώτου βαθμού, που συνενώνονται σε ένα νέο δήμο, συγχωνεύονται υποχρεωτικά σε μία κοινωφελή επιχείρηση. Με απόφαση του οικείου δημοτικού συμβουλίου, η οποία λαμβάνεται μέσα σε προθεσμία δύο (2) μηνών από την εγκατάσταση των δημοτικών αρχών, ορίζεται η επωνυμία, ο σκοπός, η Διοίκηση, το κεφάλαιο, οι πόροι, η διάρκεια, η έδρα της κοινωφελούς επιχείρησης και κάθε άλλο στοιχείο αναγκαίο κατά την κρίση του δημοτικού συμβουλίου, η οποία δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας ελέγχου νομιμότητας. Κινητά και ακίνητα περιουσιακά στοιχεία των συγχωνευόμενων επιχειρήσεων περιέρχονται αυτοδικαίως στην επιχείρηση που προκύπτει, η οποία υπεισέρχεται ως καθολικός διάδοχος σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των συγχωνευόμενων επιχειρήσεων,

συμπεριλαμβανομένων και των συμβάσεων μίσθωσης έργου και εργασίας ορισμένου χρόνου μέχρι τη λήξη τους. Οι εκκρεμείς δίκες, στις οποίες διάδικο μέρος είναι οι συγχωνευθείσες επιχειρήσεις, συνεχίζονται αυτοδικαίως από τη νέα κοινωφελή επιχείρηση χωρίς να απαιτείται ειδική διαδικαστική πράξη συνέχισης για καθεμία από αυτές. Μέχρι τη δημοσίευση της ανωτέρω απόφασης παρατείνεται αυτοδικαίως η θητεία των διοικήσεων των υφιστάμενων επιχειρήσεων.

2. Το προσωπικό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου των επιχειρήσεων που συγχωνεύονται μεταφέρεται στη νέα επιχείρηση και κατατάσσεται σε αντίστοιχες θέσεις, με απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της. Ο χρόνος υπηρεσίας του προσωπικού στις επιχειρήσεις που συγχωνεύονται λαμβάνεται υπόψη για όλες τις μισθολογικές και ασφαλιστικές συνέπειες....

4. Με αιτιολογημένη απόφαση του δημοτικού συμβουλίου, η οποία λαμβάνεται με την απόλυτη πλειοψηφία του συνόλου των μελών του, μεταφέρεται τυχόν πλεονάζον προσωπικό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου των ανωτέρω επιχειρήσεων σε νομικά πρόσωπα του δήμου με την ίδια σχέση εργασίας. Το προσωπικό αυτό διέπεται ως προς τους όρους και το ύψος της αμοιβής της εργασίας του από τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας που ισχύουν εκάστοτε για το προσωπικό των νομικών προσώπων στα οποία μεταφέρεται. Ο χρόνος της προϋπηρεσίας του προσωπικού που μεταφέρεται λαμβάνεται υπόψη για όλες τις μισθολογικές και ασφαλιστικές συνέπειες.

5. Το προσωπικό που μεταφέρεται σε νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου του δήμου κατατάσσεται σε προσωποπαγείς θέσεις της ίδιας εκπαιδευτικής βαθμίδας και αντίστοιχης ή παρεμφερούς ειδικότητας. Η πράξη κατάταξης του προσωπικού εκδίδεται από το αρμόδιο για το διορισμό όργανο και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Το μεταφερόμενο προσωπικό σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου του δήμου κατατάσσεται σε αντίστοιχες θέσεις, με απόφαση του οικείου διοικητικού συμβουλίου.....

7. Σε περίπτωση λύσης κοινωφελούς επιχείρησης ή Δ.Ε.Υ.Α. και ανάληψης των δραστηριοτήτων της από τον οικείο δήμο ή από νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου αυτού, το προσωπικό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου και ορισμένου χρόνου μεταφέρεται στον αντίστοιχο φορέα με την ίδια σχέση εργασίας, ύστερα από απόφαση του δημοτικού συμβουλίου. Συμβάσεις έργου που έχουν συναφθεί από τις

επιχειρήσεις που λύνονται εκτελούνται από τον αντίστοιχο φορέα άσκησης των σχετικών αρμοδιοτήτων....».

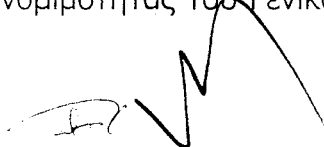
III. Κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η υποστατή ατομική εκτελεστή διοικητική πράξη, από την έναρξη της ισχύος της και μέχρι την ακύρωση, ανάκληση, κατάργηση ή λήξη της ισχύος της για οιονδήποτε λόγο, παράγει όλα τα έννομα αποτελέσματά της και αν ακόμα παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας και έχει ελάττωμα, το οποίο, σε περίπτωση προσβολής της, μπορεί να επιφέρει την ακύρωσή της. Παράγει, δηλαδή, το λεγόμενο «*τεκμήριο νομιμότητας*» συνέπεια του οποίου είναι και το ότι διοικητικές αρχές του Κράτους δεν μπορούν να ελέγξουν την νομιμότητα των πράξεων άλλων διοικητικών αρχών του Κράτους, εφόσον οι πράξεις αυτές, φέρουν τα γνωρίσματα έγκυρων πράξεων (πρβλ. ΣΤΕ 2771/2011ολομ., 2645/2011, ΝΟΜΟΣ, 2519/1982, 2287/1988) και δεν υπάρχει ειδική νομοθετική διάταξη, που να επιτρέπει τον έλεγχο αυτόν (ΣΤΕ 2281/1992).

Κατά την ερμηνεία της κρίσιμης εν προκειμένω διάταξης της παραγράφου 7 του άνω άρθρου 109 ν. 3852/10 γίνεται παγίως δεκτό ότι σε περίπτωση που, αντί συγχώνευσης, επέλθει η λύση δημοτικής κοινωφελούς επιχείρησης λόγω ανάληψης των δραστηριοτήτων της από τον οικείο δήμο ή ν.π.δ.δ. αυτού, θεσπίστηκε η δυνατότητα μεταφοράς του προσωπικού της στον αντίστοιχο φορέα, τούτο δε προκειμένου να καλυφθεί το υφιστάμενο κενό στις ρυθμίσεις του άρθρου 109 του ν. 3852/2010, με τις οποίες λαμβανόταν μέριμνα για το προσωπικό κοινωφελών επιχειρήσεων μόνο σε περίπτωση συγχώνευσής τους (βλ. οικεία αιτιολογική έκθεση). Στο πεδίο εφαρμογής της τελευταίας αυτής διάταξης εμπίπτει το προσωπικό των λυθεισών δημοτικών κοινωφελών επιχειρήσεων, που υπηρετούσε με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου και ορισμένου χρόνου, η δε μεταφορά στον αντίστοιχο φορέα (δήμο ή δημοτικό ν.π.δ.δ.) πραγματοποιείται, κατόπιν σχετικής απόφασης του δημοτικού συμβουλίου, με την ίδια σχέση εργασίας. Για τη νομιμότητα της εν λόγω μεταφοράς αρκεί το πραγματικό γεγονός της απασχόλησης του ανωτέρω προσωπικού στη λυθείσα κοινωφελή επιχείρηση με σχέση εργασίας αορίστου ή ορισμένου χρόνου, ανεξαρτήτως του αν έχουν τηρηθεί οι νόμιμες διαδικασίες για την πρόσληψη ή μεταφορά του σ' αυτήν, αφού τέτοια προϋπόθεση δεν τάσσεται ρητά ούτε, άλλωστε, συνάγεται από το σκοπό του νόμου, που συνίσταται στη διατήρηση όλων των θέσεων εργασίας του προσωπικού των κοινωφελών επιχειρήσεων που

λύονται στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3852/2010 και στην τακτοποίηση των εργαζομένων σ' αυτές (Ε.Σ. 6/2012, 208/2011, 165/2011 κ.α. πράξεις Τμήματος Ι πρβλ. και γνωμ. Ν.Σ.Κ. 203/12). Έτσι, η απόφαση του δημοτικού συμβουλίου περί μεταφοράς του προσωπικού των λυθεισών κοινωφελών επιχειρήσεων και Δ.Ε.Υ.Α. στον δήμο ή ν.π.δ.δ. αυτού συνιστά ατομική (σωρευτική) διοικητική πράξη, με την οποία το αρμόδιο για την έκδοσή της όργανο, διαπιστώνει την συνδρομή των νομίμων για την μεταφορά προϋποθέσεων και προσδιορίζει τους εργαζόμενους που μεταφέρονται. Η εν λόγω πράξη, διαθέτει, κατά τα λεχθέντα, «*τεκμήριο νομιμότητας*» και δεσμεύει τα διοικητικά όργανα, τα οποία στη συνέχεια επιλαμβάνονται ως αρμόδια για την έκδοση των λοιπών κατά τα ανωτέρω διοικητικών πράξεων που απαιτούνται για την ολοκλήρωση της διαδικασίας της μεταφοράς. Η δέσμευση αυτή έχει την έννοια ότι, εφόσον οι αποφάσεις περί μεταφοράς δεν έχουν ακυρωθεί ή ανακληθεί και εξακολουθούν να ισχύουν, τα τελευταία αυτά όργανα δεν δύνανται να αρνηθούν την έκδοση των πράξεων της αρμοδιότητάς τους, που είναι αναγκαίες για την ολοκλήρωση της διαδικασίας της μεταφοράς, επικαλούμενα, μετά έλεγχο νομιμότητας, που διενεργείται από αυτά παρεμπιπτόντως, την, κατά την γνώμη τους, έλλειψη νομιμότητας της πράξεως του περιφερειακού συμβουλίου περί μεταφοράς του προσωπικού, λόγω μη συνδρομής των νομίμων προϋποθέσεων της μεταφοράς, αφού δεν υφίσταται διάταξη νόμου, η οποία να προβλέπει, ειδικώς, την αρμοδιότητα και δυνατότητα τοιούτου ελέγχου (γνωμδ. Ν.Σ.Κ. 203/12 επί των ταυτόσημων διατάξεων του άρθ. 199 ν. 3852/10).

Εξάλλου αυτεπάγγελο ή κατόπιν προσφυγής έλεγχο νομιμότητας της περί μεταφοράς του περί ου ο λόγος προσωπικού απόφασης του δημοτικού συμβουλίου μπορεί να ασκήσει, εμπροθέσμως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 226 και 238 παρ. 1 ν. 3852/10 ο Γενικός Γραμματέας της οικείας Αποκεντρωμένης Διοίκησης.

Εν προκειμένω, από το διδόμενο πραγματικό και τα στοιχεία του φακέλλου του Ερωτήματος συνάγεται ότι το δημοτικό συμβούλιο του Δήμου Διρφύων-Μεσσαπίων, με τις 61 και 62/28-2-2011 αποφάσεις του, αποφάσισε τη λύση των κατονομαζομένων σε αυτές δημοτικών επιχειρήσεων εν ταυτώ δε και τη μεταφορά του προσωπικού με σχέση ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου αυτών στον Δήμο και σε υπό σύσταση ν.π.δ.δ. αυτού. Οι αποφάσεις αυτές διέφυγαν, λόγω παρόδου της σχετικής αποκλειστικής προθεσμίας, τον έλεγχο νομιμότητας του Γενικού Γραμματέα



της αρμόδιας Αποκεντρωμένης Διοίκησης και εξοπλίσθηκαν με το τεκμήριο νομιμότητας. Τούτο δεσμεύει τον δήμαρχο, ο οποίος δεν δύναται, κατά το στάδιο της έκδοσης των πράξεων σύστασης προσωποπαγών θέσεων και των πράξεων κατάταξης σε αυτές του μεταφερθέντος προσωπικού, να ελέγξει τη νομιμότητα των περί μεταφοράς αποφάσεων του δημοτικού συμβουλίου, καθό στερούμενος εκ του Νόμου της σχετικής αρμοδιότητας. Και τούτο ανεξαρτήτως των πορισμάτων του Α.Σ.Ε.Π. και του διατακτικού τυχόν δικαστικών αποφάσεων, εφόσον με αυτές δεν έχουν ακυρωθεί ρητώς οι άνω αποφάσεις περί μεταφοράς του προσωπικού των δημοτικών επιχειρήσεων.

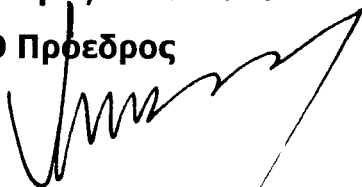
Οίκοθεν νοείται, ενόψει των προεκτεθέντων, ότι η αυτή λύση καλύπτει και το μεταφερθέν προσωπικό που είχε αρχικά προσληφθεί βάσει προγραμμάτων του Ο.Α.Ε.Δ. για ανέργους και ΑΜΕΑ, ανεξαρτήτως της τυχόν παράλληλης συνδρομής στο πρόσωπο καθενός ή ωρισμένων εξ αυτών επωφελών διατάξεων άλλης νομοθεσίας.

IV. Ενόψει όσων έχουν εκτεθεί, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα ΣΤ') γνωμοδοτεί, σχετικά με το εν αρχή Ερώτημα, ότι ο Δήμαρχος Διρφύων – Μεσσαπίων και ο πρόεδρος του διοικητικού συμβουλίου του νέου δημοτικού προσώπου δημοσίου δικαίου του Δήμου τούτου δεν νομιμοποιούνται να αρνηθούν την έκδοση και δημοσίευση των πράξεων κατάταξης σε συσταθείσες προσωποπαγείς θέσεις του Δήμου και του ν.π.δ.δ. του προσωπικού που, με τις 61 και 62/2011 αποφάσεις του δημοτικού συμβουλίου, μεταφέρθηκαν σε αυτά από τις λυθείσες ΔΕΥΑ Μεσσαπίων και τις επιχειρήσεις ΔΗΚΕΜΕ και ΔΕΚΕΔΙ.

ΕΘΕΩΡΗΘΗ

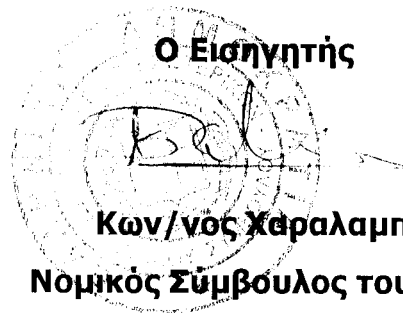
Αθήνα, 31-5-2013

Ο Πρόεδρος



Νικόλαος Μαυρικάς
Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Ο Εισηγητής



Κων/νος Χαραλαμπίδης
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους