

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26/3/2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)- Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 288/26-3-2018 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», με δ.τ «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά 1. Κατά του Γενικού Νοσοκομείου», 2. Της υπ' αριθ. ΣΟΧ 2/2017 (αριθ. πρωτ. 15650/16.11.2017) Ανακοίνωσης της Διοίκησης«.....», για την Πρόσληψη εποχικού προσωπικού με σύναψη εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, συνολικά δώδεκα (12) ατόμων για τις υπηρεσίες σίτισης για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επειγουσών περιστάσεων για τις ανάγκες εστίασης του ως άνω Νοσοκομείου, με βάση τα άρθρα 21 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει, 63 του ν. 4430/2016 και 107 του ν. 4461/2017, 3. της υπ' αριθμ. 25/θέματα 30^ο και 31^ο /28.09.2017 απόφασης τακτικής συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου Πειραιά «ΤΖΑΝΕΙΟ», και 4. κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί 1. η προσβαλλομένη πρόσκληση ΣΟΧ 2/2017 (16-11-2017), 2. η υπ' αριθμ. 25/θέματα 30^ο και 31^ο /28.09.2017 απόφαση τακτικής συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του«.....» και 3. κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξης ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 198480833958 0522 0040, το οποίο πληρώθηκε την 23/3/2018 ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€.)

2. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η κρινόμενη Προδικαστική, η οποία κατατέθηκε απευθείας στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, δυνάμει των άρθρων 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 και 8 παρ. 3-5 του Π.Δ 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» καθώς η προσβαλλομένη διαδικασία πρόσληψης προσωπικού μέσω συμβάσεων εργασίας δεν μπορεί να διενεργηθεί μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι κατατέθηκε εντός της δεκαήμερης προθεσμίας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, από την πλήρη γνώση των προσβαλλομένων πράξεων, ήτοι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, την 14/3/2018, ότε και έλαβε τα σχετικά έγγραφα των προσβαλλόμενων πράξεων κατόπιν της από 5/3/2018 σχετικής εισαγγελικής παραγγελίας.

4. Επειδή η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της με έννομο συμφέρον καθώς, όπως αναφέρει στη σελίδα 4 της Προσφυγής της, είναι εξειδικευμένη στο χώρο παροχής υπηρεσιών εστίασης, καθώς έχει ήδη αναλάβει, εκτελεί και έχει εκτελέσει με απόλυτη επιτυχία ανάλογες, με τις δημοπρατούμενες υπηρεσίες με αναθέτουσες αρχές διάφορους φορείς του Δημοσίου. Μάλιστα, όπως η ίδια ισχυρίζεται παρέχει τις σχετικές υπηρεσίες εστίασης στο εν λόγω νοσοκομείο κατόπιν Δημόσιου Διαγωνισμού (9903/2018) και ισχυρίζεται (στη σελίδα 13 της Προσφυγής της) πως με τις προσβαλλόμενες

Αριθμός Απόφασης : 306 /2018

πράξεις επιλέγεται η αποφυγή 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. Τα δε συμφέροντα της ευθέως πλήττονται και ζημιώνεται η προσφεύγουσα λόγω του αποκλεισμού της δυνατότητας συμμετοχής της προς ανάληψη του έργου παροχής υπηρεσιών εστίασης, που εντάσσεται ρητά στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών των Προσαρτημάτων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ καθώς και ζημιώνεται από τις εκδοθείσες προσβαλλόμενες πράξεις, δεδομένου ότι τούτη, ερειδόμενη σε αντικοινοτική και αντισυνταγματική διάταξη νόμου, αποκλείει την προσφεύγουσα από την συμμετοχή της σε διαγωνισμούς για την παροχή των υπό κρίση υπηρεσιών αλλά και εν γένει την αποκλείει ανεπίτρεπτα από κάθε οικονομική δραστηριότητα ενώ παράλληλα προβλέπει συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου κατά του άρθρου 103 του Συντάγματος.

5. Επειδή η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, κατά τα άνω, στρεφόμενη κατά των προσβαλλόμενων πράξεων, επικαλούμενη παραβίαση της κοινοτικής Οδηγίας για τις Δημόσιες Συμβάσεις, μη νόμιμη παράλειψη διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού καθόσον η διάταξη του άρθρου 63 του ν.4430/2016 δεν παρέχει νομίμως έρεισμα επίκλησης εξαιρέσης από το πεδίο του ν.4412/2016 διότι αντιστρατεύεται το άρθρο 103 του Συντάγματος, κατάφωρη παραβίαση της αρχής της διάκρισης των εξουσιών, ανεπίτρεπτη και αντισυνταγματική παράκαμψη ad hoc αποφάσεων του ΣΤΕ, παραβίαση του κοινοτικού κεκτημένου περί ανταγωνισμού, παραβίαση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Ένωσης, μη νόμιμη δυνατότητα επίκλησης, αλλά και μη επίκληση απρόβλεπτων και επειγουσών περιστάσεων, παραβίαση των άρθρων 5 παρ.1, 25 παρ.1 και 4 παρ.1, 106 του Συντάγματος, παραβίαση των προϋποθέσεων που θέτει το άρθρο 63 του ν. ν.4430/2016 και της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης που θεσπίζεται με το άρθρο 33 του ν. 4270/2014 και ότι ελλείπει η αιτιολογία της απόφασης και το δημοσιονομικό όφελος με βάση ειδικότερα τεθέντα στοιχεία.

6. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 97α. του Ν. 4368/2016 «Μέτρα για την επιτάχυνση του κυβερνητικού έργου και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 21)

ορίζεται ότι: «Κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου, οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες του Υπουργείου Υγείας, καθώς και τα ΝΠΔΔ και ΝΠΙΔ, που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας, με απόφαση του ΔΣ ή της Διοίκησης ή του κατά περίπτωση αρμόδιου οργάνου τους, δύνανται για την καθαριότητα των κτιρίων της ευθύνης τους και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, καθώς και για τις ανάγκες σίτισης και φύλαξης τους, να συνάπτουν ατομικές συμβάσεις έργου ή μίσθωσης έργου ή παροχής υπηρεσιών, μέχρι τις 31.12.2017, με φυσικά πρόσωπα, που εργάζονταν ή εργάζονται αυτοπροσώπως, χωρίς να απασχολούν προσωπικό, στον καθαρισμό ή τη φύλαξη ή τη σίτιση των παραπάνω φορέων, βάσει οποιασδήποτε έννομης σχέσης ή σύμβασης, συναφθείσας είτε απευθείας με τους φορείς αυτούς είτε με τρίτα φυσικά ή νομικά πρόσωπα» [αντίστοιχες οι ρυθμίσεις του άρθρου 167 Ν. 4099/2012 «Οργανισμοί συλλογικών επενδύσεων σε κινητές αξίες και ανώνυμες εταιρείες διαχείρισης αμοιβαίων κεφαλαίων [...]» (ΦΕΚ Α΄ 250)].

7. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016 «Κοινωνική και Αλληλέγγυα Οικονομία και ανάπτυξη των φορέων της και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 205), ορίζεται στην παρ. 1 ότι: «Οι κεντρικές, οι αποκεντρωμένες και όλες εν γένει οι υπηρεσίες των Υπουργείων, καθώς και τα ΝΠΔΔ και ΝΠΙΔ 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 ρυθμίσεις του παρόντος άρθρου μπορούν να εφαρμοστούν μέχρι 31.12.2018». Στην παρ. 3: «Για την επιλογή των προσώπων αυτών καταρτίζεται προσωρινός πίνακας κατάταξης, κατ' εφαρμογή των παραγράφων 6, 7, 8, 9, 10, 10Α, 11Α, 11Β και 12 του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 (ΦΕΚ Α' 28) και των κατ' εξουσιοδότηση κανονιστικών πράξεων [...] Με πράξη του αρμόδιου οργάνου διοίκησης των φορέων της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου, κυρώνονται οι προαναφερόμενοι προσωρινοί πίνακες κατάταξης και αποστέλλονται προς το ΑΣΕΠ εντός 5 ημερών από τη σύνταξή τους [...]». Στην παρ. 7: «Εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις των παραγράφων 1 και 2, οι αρμόδιοι φορείς της παραγράφου 1 δύνανται να συνάψουν συμβάσεις εργασίας με τα επιλεγέντα πρόσωπα κατ' εφαρμογή του άρθρου 97 του Ν. 4368/2016 (ΦΕΚ Α' 21) ή του άρθρου 72 του Ν. 4369/2016 (ΦΕΚ Α' 33) ή του άρθρου 44 του Ν. 4403/2016 (ΦΕΚ Α' 125) ή του άρθρου 81 του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148). Οι ως άνω συμβάσεις συνάπτονται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης νόμου. Με απόφαση του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, δύνανται να ρυθμίζονται οι λεπτομέρειες εφαρμογής της παρούσας παραγράφου».

8. Επειδή, δυνάμει του άρθρου 107 του Ν. 4461/2017 «Μεταρρύθμιση της Διοικητικής Οργάνωσης των υπηρεσιών ψυχικής υγείας, Κέντρα Εμπειρογνωμοσύνης σπάνιων και πολύπλοκων νοσημάτων, τροποποίηση συνταξιοδοτικών ρυθμίσεων του Ν. 4387/2016 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 31), διορθώνεται-τροποποιείται το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 κατ' επέκταση της δυνατότητας εφαρμογής του σε νομικά πρόσωπα οποιασδήποτε μορφής που υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου Υγείας, υπό την ευθύνη των οποίων λειτουργούν ή πρόκειται να λειτουργήσουν χώροι παροχής πρωτοβάθμιας ή δευτεροβάθμιας ή τριτοβάθμιας φροντίδας υγείας.

9. Επειδή, στο άρθρο 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), ορίζεται στην παρ. 9: «*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) άρθρο 3 (Θέματα προκηρύξεων-ανακοινώσεων) ορίζεται στην παρ. 1: «*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 [...]».*

10. Επειδή, στις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, όπου θεσμοθετείται ως Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή η ΑΕΠΠ, ορίζεται στις διατάξεις των άρθρων: Α) 345 (Πεδίο Εφαρμογής) παρ. 1: «*Οι διατάξεις του παρόντος ΒΙΒΛΙΟΥ (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των €60.000, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους*» (όμοια η διάταξη του άρθρου 1α) Κανονισμού). Β) 360 (Δικαίωμα άσκησης προσφυγής): «*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*» (όμοια η διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Κανονισμού). Γ) 367 (Διαδικασία λήψης απόφασης-συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ) παρ. 1: «*Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας*

αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της [...] 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια» (όμοιες οι διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 και 18 παρ. 1,4 Κανονισμού). Δ) 379 (Έναρξη ισχύος) παρ. 7 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116)): «Οι διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61,120, 290 και 330 του παρόντος: [...]», ανάλογα με τον χαρακτηρισμό των αντίστοιχων δημοσίων συμβάσεων ως γενικών υπηρεσιών και προμηθειών (περ. α), έργων και εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (περ. β-γ) τίθενται διαφορετικές ημερολογιακές προθεσμίες για την εξέταση των αντίστοιχων αναθεσιακών διαφορών από την ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, στο ΒΙΒΛΙΟ I του Ν. 4412/2016, στο Μέρος Α΄ (Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες) ανάμεσα στις εισαγόμενες εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής του Νόμου αυτού, ορίζεται στο άρθρο 10 (Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών) (κατ' ενσωμάτωση του όμοιου άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), πως: «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, όμως όχι τον Ν. 4412/2016. Ομοίως, περαιτέρω, οι συμβάσεις αυτές εξαιρούνται από το ΒΙΒΛΙΟ IV του Ν. 4412/2016, όπου ενσωματώνονται οι σχετικοί κανόνες για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων του Ν. 4412/2016.

12. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, σύμφωνα και με το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 με την ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται εκτελεστή πράξη ή παράλειψη «αναθέτουσας αρχής», δηλαδή αρχής, η οποία εκδίδει πράξεις ή προβαίνει σε παραλείψεις στο στάδιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, όπως προκύπτει από τη συνδυαστική ερμηνεία του ως άρθρου 347 παρ. 1 και του άρθρου 2 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 που προβλέπει ότι «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».

13. Επειδή στην Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016, σελ. 70-71, η οποία αφορά το Βιβλίο IV του νόμου, προβλέπεται ότι: «[...] Με το Βιβλίο IV [...] προτείνεται ένα βελτιωμένο σύστημα έννομης προστασίας στο στάδιο της ανάθεσης των δημόσιων συμβάσεων. Σύμφωνα με αυτό, κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και θίγεται από πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που εκδίδεται κατά το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης δύναται να προσφύγει με προδικαστική προσφυγή ενώπιων ενός ανεξάρτητου διοικητικού οργάνου, την [Α.Ε.Π.Π.] [...]. Η παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο από ένα ανεξάρτητο όργανο [...] εκτιμάται ότι θα συμβάλει στην επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης διαφορών που αναφύονται κατά το στάδιο της ανάθεσης [...]. Στο άρθρο 346 ορίζεται το περιεχόμενο της προστασίας που παρέχεται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Πιο συγκεκριμένα, κάθε ενδιαφερόμενος που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία κατά το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης δύναται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. [...] Σκοπός των διατάξεων του Τμήματος Ι είναι η εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική

αρμοδιότητα του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος. Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμελειών. Επιπλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εχεγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα».

14. Επειδή η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα. Η αρμοδιότητα ελέγχου και ακύρωσης της Α.Ε.Π.Π. εκτείνεται αποκλειστικά επί πράξεων και παραλείψεων που ανήκουν ορισμένα και συγκεκριμένα στο λεγόμενο «προσυμβατικό» στάδιο, ήτοι τη συγκεκριμένη διαδικασία και αλληλουχία επιμέρους σταδίων, που, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016, κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας και υπηρεσίας.

15. Επειδή εξάλλου, οι διοικητικές αρχές, συμπεριλαμβανομένης της Α.Ε.Π.Π., υποχρεούνται καταρχήν να αναγνωρίζουν ως ισχυρές και να εφαρμόζουν πράξεις άλλων διοικητικών αρχών, δοθέντος ότι οι διοικητικές

Αριθμός Απόφασης : 306 /2018

πράξεις, ακόμη και αν δεν είναι νόμιμες, παράγουν όλες τις έννομες συνέπειες, αν δεν ανακλήθηκαν διοικητικώς ή δεν ακυρώθηκαν δικαστικώς (βλ. ΣΤΕ 1624-5/2012, 1287/2004, 1161/2002, 2287/1988, 1982/1988, Ολ ΣΤΕ 1955/1980). Το δε άρθρο 360 Ν. 4412/2016 συνιστά ειδική νομοθετική διάταξη που επιτρέπει κατ' εξαίρεση, δια της άσκησης προδικαστικής προσφυγής, τον έλεγχο από την Α.Ε.Π.Π. εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων άλλων διοικητικών (αναθετουσών) αρχών. Η αρμοδιότητα όμως αυτή εξαντλείται αποκλειστικά, κατά τα άρθρα 345-346 και 360 Ν. 4412/2016, σε πράξεις και παραλείψεις επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή του κατά την ως άνω έννοια «προσυμβατικού σταδίου» και δεν εκτείνεται σε μια δυνατότητα ακύρωσης, ευθέως ή παρεμπόπτοντως ελέγχου άλλων, πράξεων, οι οποίες δεν εκδίδονται στο πλαίσιο μιας τρέχουσας διαδικασίας ανάθεσης ή προέρχονται από άσχετες με τη διαγωνιστική διαδικασία και την αναθέτουσα, διοικητικές αρχές. Οι δε ελεγχόμενες από την Α.Ε.Π.Π. πράξεις και παραλείψεις πρέπει, σύμφωνα με τα άρθρα 2 παρ. 1 εδ. 1, 223 και 224 Ν. 4412/2016, να προέρχονται από διοικητικές αρχές και φορείς που ορίζονται ως «αναθέτουσες/αναθέτοντες», δηλαδή κατά την έκδοση και δια της εκδόσεως/συντελέσεως της προσβαλλόμενης φέρουν την ιδιότητα της «αναθέτουσας/αναθέτοντος», ήτοι εκδίδουν ή συντελούν την πράξη ή παράλειψη, αντίστοιχα, εντός συγκεκριμένα και αποκλειστικά του σταδίου ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας. Λοιπές πράξεις ή παραλείψεις των αρχών/φορέων αυτών, ήτοι όσες κινούνται εκτός του πλαισίου τέτοιας ανάθεσης, δεν ελέγχονται ούτε ευθέως (ως μη υπαγόμενες στην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.) ούτε εμμέσως (λόγω του τεκμηρίου νομιμότητας), διότι δεν θεωρούνται ως προς αυτές τις πράξεις/παραλείψεις «αναθέτουσες/αναθέτοντες», άρα, αφού οι πράξεις/παραλείψεις αυτές δεν προέρχονται από αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα δεν υπόκεινται στον, βάσει του άρθρου 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ακυρωτικού χαρακτήρα έλεγχο της Α.Ε.Π.Π.

16. Επειδή, εκ των ανωτέρω, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 επ.

του ν.4412/2016, που εφάρμοσε την Οδηγία 89/665/ΕΚ, κατά πράξεων που αποφαίνονται επί συμβάσεων εργασίας, οι οποίες δεν εμπίπτουν *ratione materiae* στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 και βάσει των οποίων τηρείται διαδικασία εκτός του ανωτέρω πλαισίου για τη σύναψη σύμβασης εργασίας, ήτοι αναμφισβήτητη μη δημόσιας σύμβασης (βλ. σχετικά και 10 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-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.

17. Εξάλλου, το τυχόν ζήτημα μη νομιμότητας ή ακόμη και αντισυνταγματικότητας πρόσληψης συμβασιούχων ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου δεν νοείται ως εξεταστέο από την Α.Ε.Π.Π., καθώς αυτή δεν έχει αρμοδιότητα ελέγχου επί διαδικασιών προσλήψεων προσωπικού, για την αμφισβήτηση εξάλλου της νομιμότητας των οποίων υφίσταται πλήρης δυνατότητα διοικητικής ή δικαστικής προστασίας από τον έχοντα έννομο συμφέρον, προστασία όμως η οποία δεν είναι δυνατό να παρασχεθεί από την Α.Ε.Π.Π. Τούτο διότι ως διοικητική αρχή ασκεί τα ανατιθέμενα εκ του νόμου σε αυτήν καθήκοντα δια της εκδόσεως διοικητικών πράξεων κατ' ενάσκηση δημόσιας εξουσίας (ΣΤΕ 819/2015), εντός των πλαισίων της εκ του νόμου ορισθείσης αρμοδιότητάς της. Η υποχρέωση τήρησης εκ μέρους της Α.Ε.Π.Π. των ορίων αρμοδιότητάς της σε κάθε έλεγχο και ενάσκηση εξουσίας στην οποία προβαίνει, συνιστά άμεση απόρροια της αρχής της νομιμότητας, κατά την οποία η διοίκηση και εν προκειμένω η Α.Ε.Π.Π. οφείλει να απέχει ή αντίστροφα δύναται να προβαίνει αποκλειστικά σε ενέργειες που προβλέπονται και επιτρέπονται από τους κανόνες δικαίου που τη διέπουν, με αποτέλεσμα η Α.Ε.Π.Π. να μπορεί να εκδώσει μόνο τις πράξεις που υπάγονται σαφώς και συγκεκριμένα στο πεδίο αρμοδιότητάς της. Η δε αρμοδιότητα κάθε οργάνου, επομένως και της Α.Ε.Π.Π. προσδιορίζεται καθ' ύλην, υπό την έννοια ότι τα

ουσιαστικά όρια αυτής συμπίπτουν με τον κατά νόμο προσδιορισμό της (ΣΤΕ 2006/1965), επομένως η Α.Ε.Π.Π δεν δύναται να εξετάσει πράξεις και παραλείψεις, οι οποίες δεν εντάσσονται ρητά στο εκ του νόμου σαφώς οριζόμενο πλαίσιο αρμοδιότητάς της ούτε να ερμηνεύει κατά περίπτωση διασταλτικά το τελευταίο, καταλαμβάνοντας πράξεις και παραλείψεις μη ανήκουσες σε αυτή καθαυτή τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα παραπάνω.

18. Επειδή έχει κριθεί ότι οι εν λόγω συμβάσεις εργασίας εμπίπτουν καταρχήν στην εν λόγω εξαίρεση του άρθρου 10 περ. ζ της Οδηγίας 2014/14/ΕΕ [βλ. ΔεφΑθ (ΑΣΦ) 343/2017, ΔεφΘεσ 3/2018, 11/2018] και ότι «δεν μπορεί να πιθανολογηθεί σοβαρώς ότι υφίσταται άλλη ειδική ή γενική διάταξη ή γενική αρχή είτε του ενωσιακού δικαίου, είτε του εθνικού δικαίου που να επιβάλλει στους αναθέτοντες φορείς να καλύπτουν τις ανάγκες τους κατά προτεραιότητα μέσω οικονομικών φορέων και μόνο κατ' εξαίρεση ή με ειδική αιτιολογία με ίδιο προσωπικό» (βλ. ΔεφΑθ 374/2017).

19. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, οι συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν από το Γενικό Νοσοκομείο«.....», δυνάμει της προσβαλλόμενης Ανακοίνωσης ΣΟΧ 2/2017, με αρ. πρωτ. 15650/16.11.2017 και θέμα την «Πρόσληψη εποχικού προσωπικού σε νομικά πρόσωπα που υπάγονται στην εποπτεία του Υπουργείου Υγείας, για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων ή επειγουσών περιστάσεων με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για ανάγκες φύλαξης και εστίασης (άρθρα: 21 του Ν. 2190/1994, όπως ισχύει, 63 του Ν. 4430/2016 και 107 του Ν.4461/2017)», εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΑ Ι και ΙV, συνεπώς, αναρμοδίως εισάγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ η κατατεθείσα Προδικαστική Προσφυγή.

20. Επειδή τα ανωτέρω στοιχούν την παγιωμένη άποψη της ΑΕΠΠ κατά την εξέταση αντίστοιχων υποθέσεων «ΣΟΧ», η οποία έχει εκδώσει πλήθος αποφάσεων (βλ. ενδεικτικά 67/2017, 68/2017, 69/2017, 74/2017, 75/2017, 79/2017, 101/2017, 123/2017, 184/2017, 205/2017, 207/2017, 216/2017, 250/2017, 3/2018, 4/2018, 21/2018, 68/2018, 106/2018, 111/2018), με τις

Αριθμός Απόφασης : 306 /2018

οποίες οι κατατεθείσες προδικαστικές προσφυγές έχουν απορριφθεί λόγω αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ προς εξέτασης τους.

21. Επειδή τα Διοικητικά Εφετεία της εθνικής έννομης τάξης επιβεβαιώνουν και επικυρώνουν νομολογιακά την ορθότητα της ως άνω κρίσης της ΑΕΠΠ (βλ. ενδεικτικά 343/2017 ΙΓ ΔΕφΑθ- ακυρωτικό, 374/2017 ΙΔ ΔΕφΑθ-ακυρωτικό, Δεφ Θεσ 3/2018, Δεφ Θεσ 11/2018, 100/2018 ΙΓ ΔΕφΑθ-ακυρωτικό, 113/2018 ΙΓ ΔΕφΑθ- ακυρωτικό).

22. Επειδή, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά «κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερη πράξης ή παράλειψης», είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Τμ. Ελ. Συν. 3220, 3200, 2822, 2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

23. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 19 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ανθούλα Νικολαΐδου