

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17 Νοεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 10.10.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1571/11.10.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, υπ' αριθμούς .../2023 και .../2023, της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος ανέδειξαν οριστικό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 02.10.2023, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10.10.2023, (β) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, με το έννομο συμφέρον της να ερείδεται στην ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την μη απόρριψη της προσφοράς της.

3.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 10.10.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 23.10.2023, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής

5.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό πρωτ. .../12.-6.2023, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 83.524,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής. Ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ...

6.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό, συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς και δη η προσφεύγουσα και η εταιρεία «...». Με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις, έγιναν δεκτές οι προσφορές και των δύο οικονομικών φορέων. Πρώτη στην σειρά μειοδοσίας ήταν η εταιρεία «...», η οποία ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος. Δεύτερη στην σειρά μειοδοσίας ήταν η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα, με την προσφυγή της, στρέφεται κατά των ως άνω προσβαλλομένων, για τους λόγους που αναφέρονται στην προσφυγή.

7.Επειδή, αφ' ενός με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους

ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της ως άνω εταιρείας προκύπτει, ότι αυτή χρησιμοποιεί 2,6 φύλακες –αυτοαπασχολούμενους, εταίρους αυτής, με αμοιβές πολύ χαμηλότερες των με τον κατώτατο μισθό αμειβομένων εργαζομένων, βάσει ... , και κατά τις δύο ως άνω προσφορές, ήτοι των 780 ΕΥΡΩ μηνιαίως. Αφ' ετέρου, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι μη νομίμως οι αυτοαπασχολούμενοι δεν ανήκουν σε καμμία συλλογική σύμβαση εργασίας, κατά παράβαση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010.

8.Επειδή, αναφορικά με τους πρώτο και δεύτερο λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Ως έχει κριθεί: «...ομόρρυθμη εταιρία είναι η προσωπική εμπορική εταιρία με νομική προσωπικότητα για τις υποχρεώσεις της οποίας ευθύνονται όλοι οι εταίροι (ομόρρυθμοι εταίροι) απεριόριστα και εις ολόκληρον, συνιστάται δε με έγγραφη σύμβαση μεταξύ δύο ή περισσότερων προσώπων και αποσκοπεί στην συνεμπορία των εταίρων υπό την εταιρική επωνυμία με την προσωπική τους συνεργασία και την καταβολή εισφοράς από τον καθένα καθώς και με την ανάληψη των υποχρεώσεων της έναντι των δανειστών της, αλληλεγγύως μετ' αυτής και των λοιπών εταίρων και βάσει της προσωπικής τους περιουσίας και ελευθερίας, εταιρική δε εισφορά είναι η μεταβίβαση από καθένα των εταίρων δικαιωμάτων του ή παροχή εργασίας του για την προαγωγή του εταιρικού σκοπού και ως αντάλλαγμα για την κτήση απ' αυτόν εταιρικών περιουσιακών και προσωπικών δικαιωμάτων. Ως αντικείμενο της εισφοράς κατ' άρθρο 742 παρ 1 ΠΚ, των εταίρων που μετέχουν στη σύσταση εταιρίας μπορεί να αποτελέσει οποιαδήποτε παροχή, όπως χρήματα, πράγματα που εισφέρονται κατά κυριότητα, επικαρπία η χρήση, άλλα αντικείμενα (όπως εισφορά επιχείρησης), και άυλα αγαθά (εισφορά απαίτησης, σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας), εργασία, εργασία τρίτων, παροχή δανείου, προσδοκία. Εργασιακή δε σχέση, μεταξύ ... και εταίρου της, εισφορέως εργασίας, είναι η εκ του καταστατικού απορρέουσα έννομη σχέση, κατά την οποία ο εταίρος, υποχρεώνεται να παρέχει ορισμένο είδος εργασίας για την προαγωγήν του εταιρικού σκοπού ως εταιρική εισφορά του. Η σχέση αυτή είναι ένδικη εργασιακή σχέση γιατί δύναται να συσταθεί μόνον μεταξύ προσωπικής εταιρίας και εταίρου της. Διαφέρει των κοινών εργασιακών σχέσεων διότι δύναται να συσταθεί μόνον μεταξύ προσωπικής εταιρίας και εταίρου της.

Διαφέρει των κοινών εργασιακών σχέσεων διότι ο εργαζόμενος (εταίρος) εξυπηρετεί με την εργασία του και δικό του συμφέρον (την προαγωγή του εταιρικού σκοπού), έχει δικαίωμα ελέγχου επί των υποθέσεων του λήπτου της εργασίας και δεν λαμβάνει σταθερό μισθό, αλλά κυμαινόμενο μερίδιο από τα εταιρικά κέρδη αν υπάρχουν τέτοια. Επί πλέον, έναντι της σχέσεως (εξηρημένης) εργασίας, διαφέρει, διότι δεν τελεί υπό τη διεύθυνση της εταιρίας, αυτή δε δεν υποχρεώνεται να προνοεί υπέρ αυτού ως εργαζόμενου. Η σχέση αυτή απορρέει από την εταιρική συμφωνία όπως καθένας των εταίρων καταβάλλει στην ... εταιρική εισφορά και αποκτά τα κατά νόμον και το καταστατικό αναλογούντα σ' αυτόν προσωπικά και περιουσιακά δικαιώματα (διοικήσεως, συμμετοχής στα κέρδη) και υποχρεώσεις (τηρήσεως πίστεως προς την εταιρία, διοικήσεως). Περαιτέρω, μεταξύ της ... και ενός εταίρου της εκτός του ότι υφίσταται η εταιρική σχέση, δύναται να συνυπάρχουν μετ' αυτής και η σχέση (εξηρημένης) εργασίας ή μίσθωσης ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή μίσθωσης έργου ή εντολή. Στην περίπτωση αυτή δημιουργούνται τα κατά νόμον δικαιώματα και υποχρεώσεις εκ της εταιρικής σχέσεως και από κάθε εργασιακή σχέση και εφαρμόζονται οι ρυθμίζοντες κάθε σχέση κανόνες. Έτσι ο εταίρος δύναται να εργάζεται επ' ωφελεία της ... ως εισφορέας εργασίας και ως εργολάβος, ή ως εκμισθωτής ανεξαρτήτων υπηρεσιών, είτε ως εταιρικός διοικητής και ως μισθωτής της ... (ΑΠ 248/1973 ΝοΒ...)...» (ΑΠ 2172/2013). Εν προκειμένω, ο αυτοαπασχολούμενος εταίρος, που αναφέρει στην προσφορά της η εταιρεία «...», δεν είναι μισθωτοί με εξαρτημένη εργασία (ΑΕΠΠ 1569/2021), ώστε να τύχει εφαρμογής το εργατικό δίκαιο, που προβλέπεται για τους μισθωτούς. Επιπλέον, κατά τα ανωτέρω, η εργασιακή σχέση μεταξύ προσωπικής εταιρείας και εταίρου της διαφέρει των κοινών εργασιακών σχέσεων, καθώς δύναται να συσταθεί μόνον μεταξύ προσωπικής εταιρείας και εταίρου της. Διαφέρει δε των κοινών εργασιακών σχέσεων, διότι ο εργαζόμενος -εταίρος εξυπηρετεί με την εργασία του και δικό του συμφέρον (την προαγωγή του εταιρικού σκοπού), έχει δικαίωμα ελέγχου επί των υποθέσεων του λήπτου της εργασίας και δεν λαμβάνει σταθερό μισθό, αλλά κυμαινόμενο μερίδιο από τα εταιρικά κέρδη, εάν υπάρχουν τέτοια. Περαιτέρω, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι, για λόγους διαφάνειας, θα έπρεπε να προβλέπεται μία αμοιβή ίση ή και μεγαλύτερη του κατώτατου μισθού, ως μη ερειδόμενοι στην διακήρυξη αλλά και ως προσκρούοντες στο

εφαρμοστέο δίκαιο περί προσωπικών εταιρειών. Άλλωστε, κατά τα νομολογιακά δεδομένα, η επ' ωφελεία μιας διαγωνιζόμενης εταιρείας διαφοροποίηση του τρόπου υπολογισμού του εργατικού κόστους, του διοικητικού κόστους και του εργολαβικού κέρδους ανάγεται στην ευχέρεια, που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι να οργανώνουν κατά θεμιτό τρόπο την επιχειρηματική τους δραστηριότητα, για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης, και να διαμορφώνουν νομίμως τις τιμές τους, εν όψει και της φύσης του διαγωνισμού ως μειοδοτικού (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 272/2008, ΔΕφΠειρ. 2/2014). Απορριπτέοι τυγχάνουν και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί υπαγωγής των αυτοαπασχολούμενων σε ΣΣΕ, καθώς η απασχόληση αυτοαπασχολούμενου εταίρου δεν συνιστά απασχόληση εργαζόμενου με σχέση εξαρτημένης εργασίας και, ως εκ τούτου, επί αυτοαπασχολούμενου δεν έχει εφαρμογή ΣΣΕ. Εν όψει των ανωτέρω, οι πρώτος και δεύτερος λόγοι της προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι.

9.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εν λόγω εταιρεία δεν προσκόμισε κάποιο συμφωνητικό ή υπεύθυνη δήλωση των αυτοαπασχολούμενων –εταίρων, από το οποίο να προκύπτει, ότι πράγματι εγκρίνουν την παροχή των υπηρεσιών τους προς την εταιρεία, καθώς και το ύψος της αμοιβής τους, κατά παράβαση του άρθρου 2.2.8 της διακήρυξης.

10. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στο άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης, με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων- Υπεργολαβία», και δη στην παρ. 2.2.8.1, με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων», ορίζονται τα εξής: *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται...»*. Από τα ανωτέρω συνάγεται, ότι το

συγκεκριμένο άρθρο τυγχάνει εφαρμογής επί τρίτων οικονομικών φορέων και όχι του ιδίου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέως. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί εφαρμογής του συγκεκριμένου άρθρου εν προκειμένω, είναι απορριπτέοι. Παράλληλα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι στο ανωτέρω άρθρο αναγράφεται, ότι «...προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε περίπτωση νομικού προσώπου απόφαση του αρμόδιου οργάνου διοίκησης αυτού ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση), δυνάμει του οποίου αμφότεροι διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας εγκρίνουν την μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή και τεχνικής ή και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα σύμβασης...», είναι απορριπτέοι. Σε κανένα σημείο του επίμαχου άρθρου, καθώς και σε κανένα σημείο της ένδικης διακήρυξης, δεν αναγράφεται, ότι προσκομίζεται συμφωνητικό ή υπεύθυνη δήλωση, αναφορικά με την απασχόληση αυτοαπασχολούμενου εταίρου. Εξ άλλου, ουδείς αποκλείεται για λόγο μη προβλεπόμενο στην διακήρυξη (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 2ας Ιουνίου 2016 επί της υπόθεσης C-27/15 Pippo Pizzo κατά CRGT srl). Εν όψει των ανωτέρω, ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

11.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Δεκεμβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 1803/2023

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ