



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

6/2018

(κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. θ' του ν. 4013/2011)

Στην Αθήνα σήμερα 27 Νοεμβρίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 9:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

1. **Αντιπρόεδρος: Μπουσουλέγκα Χριστίνα (Προεδρεύουσα)**
2. **Μέλη: Βαρδακαστάνης Κωνσταντίνος, Σταθακόπουλος Δημήτριος, Στυλιανίδου Μαρία, Χριστοβασίλη Ερωφίλη**

Ο Πρόεδρος της Αρχής κ. Γεώργιος Καταπόδης δεν προσήλθε λόγω δικαιολογημένου κωλύματος οπότε και προήδρευσε η Αντιπρόεδρος της Αρχής κ. Χριστίνα Μπουσουλέγκα. Δεν προέκυψε δε λόγος προσκλήσεως των αναπληρωματικών μελών λόγω εμφανούς απαρτίας του Συμβουλίου.

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού

Εισηγητής: Αλέξιος Τάττης, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής Αλέξιος Τάττης, η Αικατερίνη Κυριαζή, Προϊσταμένη του Τμήματος Συντονισμού καθώς και ο Ευάγγελος Καραμανλής, Αν. Γενικός Διευθυντής, οι οποίοι και αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Ερώτημα: *Εάν και κατά πόσον, σε διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή/και φύλαξης του δημοσίου, ΟΤΑ, ΝΠΔΔ, επιτρέπεται ή όχι από τον ιδιοκτήτη συμμετέχουσας σ' αυτούς επιχείρησης η παροχή προσωπικής δωρεάν εργασίας χωρίς να γίνεται αποτιμητή σε χρήμα και χωρίς να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική της προσφορά.*

Ι. Ιστορικό

1. Στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής «Αρχή»), ετέθη υπόψη του Τμήματος Συντονισμού ερώτημα του Πταισματοδικείου Λάρισας (βάσει του με αριθμ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

4587/06.09.2018 εγγράφου, το οποίο και συμπληρώθηκε περαιτέρω με υπ' αριθμ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5809/07.11.2018), με αντικείμενο «το κατά πόσον σε διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή/και φύλαξης του δημοσίου, ΟΤΑ, ΝΠΔΔ επιτρέπεται ή όχι από τον ιδιοκτήτη συμμετέχουσας σ' αυτούς επιχείρησης η παροχή προσωπικής δωρεάν εργασίας χωρίς να γίνεται αποτιμητή σε χρήμα και χωρίς να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική της προσφορά».

2. Το ερώτημα αυτό τίθεται στο πλαίσιο διενεργούμενης προκαταρκτικής εξέτασης (δυνάμει της υπ' αριθμ. ΕΓ7-18/31 παραγγελίας του Εισαγγελέα Πρωτοδικών Λάρισας) σχετικά με την διακρίβωση τυχόν ποινικών ευθυνών κατά την διεξαγωγή διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών φύλαξης για τον ΧΥΤΑ Περιφερειακής Ενότητας Λάρισας. Η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία κατέληξε στην ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία με την επωνυμία «POWER SECURITY ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ», στην οικονομική προσφορά της οποίας ο διαχειριστής και μοναδικός εταίρος της εταιρείας δήλωσε ότι θα απασχοληθεί ο ίδιος στην εκτέλεση της σύμβασης (ως κάτοχος σχετικής άδειας εργασίας) παρέχοντας δωρεάν τις σχετικές υπηρεσίες, με αποτέλεσμα η προσφορά του να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Στο άρθρο 68, παρ. 1 ν. 3863/2010 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» ορίζεται ότι :

«1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής:

α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι, δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με

βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων».

Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι»

4. Στην αιτιολογική έκθεση που αφορά το ίδιο ανωτέρω άρθρο εκτίθεται ότι: «[...] με την παρούσα διάταξη θεσπίζεται μια σειρά κανόνων προς διασφάλιση των εργασιακών και ασφαλιστικών δικαιωμάτων των εργαζομένων, οι οποίοι απασχολούνται μέσω εταιρειών παροχής υπηρεσιών - εργολάβων στο Δημόσιο, Ν.Π.Δ.Δ., ΟΤΑ, καθώς και σε επιχειρήσεις ιδιωτικού τομέα και σε φυσικά πρόσωπα. Παράλληλα, συμβάλλει στη θέσπιση νομοθετικού πλαισίου για τον εντοπισμό της αδήλωτης εργασίας και την αντιμετώπισή της. Κατά τις τελευταίες δεκαετίες, παρατηρείται στην αγορά εργασίας - και ιδιαίτερα στους τομείς καθαριότητας και σύμβασης - ραγδαία αύξηση της απασχόλησης μέσω εταιρειών παροχής υπηρεσιών - εργολάβων. Οι ελλείψεις της νομοθεσίας περί αυτής της μορφής απασχόλησης οδήγησε στην καταπάτηση στοιχειωδών δικαιωμάτων εργασίας, όπως είναι η μη καταβολή του νόμιμου μισθού, η παραβίαση του νόμιμου ωραρίου, αλλά και η έξαρση της ανασφάλιστης εργασίας. Από τη μη καταβολή εισφορών εκ μέρους των εργοδοτών, είτε λόγω απασχόλησης προσώπων τα οποία δεν εμφανίζονται στα στοιχεία που τηρούν για το σκοπό αυτό - ως έχουν υποχρέωση - οι εργοδότες (αδήλωτοι - ανασφάλιστοι εργαζόμενοι), είτε λόγω πλημμελούς ασφάλισης των ήδη ασφαλισμένων, καθώς και από αδυναμία είσπραξης των βεβαιωθείσων εισφορών προκύπτει εισφοροδιαφυγή. Ειδικότερα με την παράγραφο 1 ορίζεται ότι, οι αναφερόμενοι φορείς όταν αναθέτουν ή προκηρύσσουν έργα φύλαξης ή καθαρισμού έχουν την υποχρέωση στη διακήρυξη να περιλαμβάνουν ως ζητούμενα τα υπό στοιχεία α' έως στ' της παραγράφου και οι εργολάβοι να αναφέρουν και αναλύουν, με ποινή αποκλεισμού, τα ίδια στοιχεία σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους. Με τον τρόπο αυτό δίνεται η δυνατότητα στις επιτροπές αξιολόγησης των προσφορών να αξιολογούν με επαρκή στοιχεία τις προσφορές και να μην παρατηρείται το φαινόμενο το συνολικό ποσό της προσφοράς να είναι μικρότερο εκείνου του μισθολογικού κόστους [...]»

5. Στο άρθρο 88, παρ. 1 ν. 4412/2016 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής.»

6. Τέλος στο άρθρο 679 ΑΚ «Παραίτηση του εργαζόμενου από δικαιώματά του» ορίζεται ότι: «Είναι άκυρη η συμφωνία με την οποία περιορίζονται τα δικαιώματα του εργαζομένου από τα άρθρα 656 έως 658, 659 παρ. 2 έως 667, 668 εδ. 2, 670, 674, 677 και 678».

III. Νομική εκτίμηση

7. Βάσει των οριζόμενων στο άρθρο 68, παρ. 1 του ν. 3863/2010 και σύμφωνα με τη ratio αυτού, όπως αποτυπώνεται στη σχετική αιτιολογική έκθεση (δηλ. στην ανάγκη προστασίας του εργαζόμενου από πάσης φύσεως καταχρηστικές ή/και παράνομες συμπεριφορές), γίνεται, κατά τη νομολογία, παγίως δεκτό ότι οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου που δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών κρίνεται απορριπτέα ως απαράδεκτη (βλ. ενδεικτικώς, ΔΕΦ Αθ 260/2014, 289/2014, 321/2015, ΣτΕ (ΕΑ) 328/2013, 198/2013 κ.α.), καθώς επίσης ότι στις σχετικές προσφορές θα πρέπει να περιλαμβάνεται και εύλογο διοικητικό (λειτουργικό) κόστος, τέλος δε να καταλείπεται και κάποιο εύλογο περιθώριο κέρδους ώστε να μην τίθεται εν κινδύνω η εκτέλεση της σύμβασης (βλ., ενδεικτικώς, ΣτΕ (ΕΑ) 108/2014, 328/2013, 198/2013 και Απόφαση 6/2016 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

8. Στην προκείμενη περίπτωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών φύλαξης για τον ΧΥΤΑ Περιφερειακής Ενότητας Λάρισας, η οποία και κατακυρώθηκε στην εταιρεία με την επωνυμία «POWER SECURITY ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ», το τιθέμενο ζήτημα έγκειται στο εάν και κατά πόσον το κόστος των ωρών εργασίας που δήλωσε ότι θα παρέχει δωρεάν και αυτοπροσώπως ο διαχειριστής και μοναδικός εταίρος της εταιρείας δεν συνυπολογίσθηκε νομίμως στο συνολικό κόστος εργασίας της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας αυτής, με αποτέλεσμα η προσφορά της αυτή να υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους, όπως αυτό προκύπτει από την ισχύουσα νομοθεσία.

9. Από τα στοιχεία που τέθηκαν υπόψη μας, φαίνεται ότι πράγματι το πρόσωπο που δηλώνεται ότι θα συνεισφέρει «δωρεάν εργασία» είναι ο διαχειριστής και μοναδικός

εταίρος της Μονοπρόσωπης ΕΠΕ στην οποία και κατακυρώθηκε η εν λόγω σύμβαση. Ωστόσο, σε ό,τι αφορά το υπό κρίση ζήτημα, ο διαχειριστής θα λειτουργεί και θα απασχολείται ως εργαζόμενος της εταιρείας. Οι υπηρεσίες φύλαξης, τις οποίες το εν λόγω πρόσωπο δηλώνει ότι θα προσφέρει δωρεάν, δεν αποτελούν δραστηριότητες που εντάσσονται στα διαχειριστικά του καθήκοντα (όπως αυτά διαγράφονται στο άρθρο 10 του Καταστατικού της Εταιρείας, αλλά και στο σχετικό ισχύον νομοθετικό καθεστώς), αλλά απασχόληση η οποία προσφέρεται από τους εργαζόμενους/υπαλλήλους της εταιρείας προς αυτήν κατ' εφαρμογή των διατάξεων του εργατικού δικαίου. Εξ άλλου, η παροχή υπηρεσιών φύλαξης από το εν λόγω πρόσωπο είναι νοητή ακριβώς διότι του έχει χορηγηθεί από τη Διεύθυνση Αστυνομίας Λάρισας (αρ. πρωτ. 1020/51894/4-α'/28.03.2016) η εκ του νόμου απαιτούμενη «Άδεια Εργασίας Προσωπικού Ασφαλείας Ιδιωτικών Επιχειρήσεων Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας Κατηγορίας Α'», η οποία αποτελεί προσωπική άδεια εργασίας, που επιτρέπει στον κάτοχό της να εργάζεται σε οποιαδήποτε ιδιωτική επιχείρηση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας ανά την επικράτεια. Περαιτέρω, σημειώνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 679 Α.Κ., η συμφωνία περί παραίτησης του μισθωτού, στο πλαίσιο σχέσης εργασίας, από τις νόμιμες μισθολογικές του αξιώσεις είναι άκυρη, ανεξαρτήτως αν η συμφωνία αυτή ή η παραίτηση έγινε πριν την παροχή της εργασίας ή μετά, υπό τη μορφή της άφεσης χρέους (βλ. αντί πολλών ΑΠ 677/2012).

10. Συνεπώς, ανεξαρτήτως των ιδιαιτεροτήτων του πραγματικού της συγκεκριμένης περίπτωσης, διαφαίνεται ότι το κόστος της προσφερόμενης από το διαχειριστή εργασίας, στο πλαίσιο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, θα έπρεπε να είχε συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας ως μέρος του συνολικού εργατικού κόστους, επί ποινή αποκλεισμού. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι σε περίπτωση κατά την οποία η εταιρική μορφή του οικονομικού φορέα ήταν διαφορετική (ιδίως δε, εάν αυτός ασκούσε ατομικώς εμπορία μέσω ατομικής επιχείρησης), ενδεχομένως, το ανωτέρω κρινόμενο ζήτημα θα μπορούσε να αξιολογηθεί βάσει και άλλων παραμέτρων και, ίσως, με διάφορο συμπέρασμα.

11. Πέραν των ανωτέρω, πρέπει να σημειωθεί ότι από πλευράς δικαίου δημοσίων συμβάσεων, ο σύννομος υπολογισμός του ελάχιστου κόστους εργασίας δεν σχετίζεται μόνο με την ικανοποίηση της ανάγκης προστασίας των εργαζομένων, αλλά και με την προάσπιση των γενικών αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως κατ' εξοχήν

είναι ο υγιής και ελεύθερος ανταγωνισμός και η ίση μεταχείριση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Όντως, ο «υπο-προϋπολογισμός» του πραγματικού κόστους μιας προσφοράς, με την αποτύπωση ιδιαιτέρως χαμηλών τιμών, παραβιάζει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, καθώς εξασφαλίζει αθέμιτο πλεονέκτημα σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα έναντι των λοιπών (βλ. Αποφ. 145 και 177/2018 της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, σημ. 14, με περαιτέρω παραπομπές στην σχετική εθνική και ενωσιακή νομολογία).

12. Υπό το ανωτέρω πρίσμα, καταληκτικά επισημαίνεται ότι, ακόμη και αν η εισφορά δωρεάν εργασίας από διαχειριστή Μονοπρόσωπης ΕΠΕ θεωρούνταν σύννομη υπό το φως των διατάξεων του εργατικού δικαίου, σε κάθε περίπτωση μια τέτοια οικονομική προσφορά ελέγχεται στη βάση όσων ορίζονται στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016 περί «ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών».

IV. Συμπέρασμα

13. Με βάση, συνεπώς, τα ανωτέρω, η απάντηση που προσήκει να δοθεί στο ερώτημα του Πταισματοδικείου Λάρισας έχει ως ακολούθως:

Το κόστος της προσφερόμενης από το διαχειριστή και μοναδικό εταίρο Μονοπρόσωπης ΕΠΕ «δωρεάν εργασίας», στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, φαίνεται ότι θα έπρεπε να είχε συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας ως μέρος του συνολικού εργατικού κόστους, επί ποινή αποκλεισμού. Επικουρικώς, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι μια τέτοια προσφορά είναι σύννομη, παραμένει ελεγκτέα βάσει του άρθρου 88 του ν. 4412/2016.

Αθήνα, 27 Νοεμβρίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα