



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΣΥΜΒΟΥΛΗ

1/2017

(άρθρου 2, παρ. 2, περ. ια' του Ν.4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 26 Ιανουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα επτά (2017) ημέρα Πέμπτη και ώρα 09:30 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7 (5^{ος} όροφος), 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:

Πρόεδρος : Γεώργιος Καταπόδης
Αντιπρόεδρος: Μπουσουλέγκα Χριστίνα
Μέλη: 1. Στυλιανίδου Μαρία
2. Σταθακόπουλος Δημήτριος
3. Λουρίκας Δημήτριος (με τηλεδιάσκεψη)

Γραμματέας: Ελένη Βαφειάδου

Εισηγήτρια: Ελένη Σταθοπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η Προϊσταμένη του Τμήματος Συντονισμού της Διεύθυνσης Συντονισμού και Ελέγχου, κ. Αικατερίνη Κυριαζή, η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και της λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Σχετ: Το με αριθμό πρωτ. 3780/05.12.2016 του 3780/05.12.2016 έγγραφο της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης Ε.Π. «Μεταρρύθμιση Δημόσιου Τομέα», το οποίο υποβλήθηκε στην Αρχή την 07.12.2016 και έλαβε αρ. πρωτ. εισερχ. 67.

Θέμα: «Ερώτημα σχετικά με ζητήματα συμμετοχής εξωχώριας εταιρείας σε διαδικασία ανάθεσης».

Με το από υπ'αριθμ. πρωτ. 3780/05.12.2016 έγγραφο, η Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. «Μεταρρύθμιση Δημόσιου Τομέα» υπέβαλε ερώτημα σχετικά με ζητήματα συμμετοχής εξωχώριας εταιρείας σε διαδικασία ανάθεσης. Ειδικότερα, η ως άνω Υπηρεσία στο πλαίσιο άσκησης των αρμοδιοτήτων της, προέβη σύμφωνα με το Σύστημα Διαχείρισης και Ελέγχου σε πρωτογενή έλεγχο των στοιχείων της προσφοράς της ένωσης εταιρειών στην οποία

κατακυρώθηκε το έργο «Υπηρεσίες Λειτουργίας ΟΠΣ Διαχείρισης Σχέσεων με τους Πολίτες και τις Επιχειρήσεις.» Δεδομένου ότι κατά τον άνω έλεγχο προέκυψαν ζητήματα νομιμότητας της διενεργηθείσας διαδικασίας ανάθεσης, η ΕΥΔ ΕΠ «Μεταρρύθμιση Δημόσιου Τομέα» ζητά τη γνώμη της Αρχής σε σχέση : α) με τη νομιμότητα της διενεργηθείσας διαδικασίας ανάθεσης και, ειδικότερα, της αποδοχής της προσφοράς και της συνέχισης συμμετοχής στο διαγωνισμό της ένωσης (και ήδη προσωρινής αναδόχου) στην οποία συμμετείχε ως μέλος εταιρεία της οποίας μέτοχος σε ποσοστό 6,94%, οργανώθηκε, έχει την έδρα της και υφίσταται, σύμφωνα με τη νομοθεσία του BAILWICK του ΤΣΕΡΣΕΥ, των ΑΓΓΛΟΝΟΡΜΑΝΔΙΚΩΝ ΝΗΣΩΝ (CHANNEL ISLANDS) – ΤΣΕΡΣΕΥ και β) με τη συμβατότητα με το κείμενο νομικό πλαίσιο της υπογραφής σύμβασης με την (ήδη κηρυχθείσα ως προσωρινή ανάδοχο) δεδομένου ότι κατά τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και ειδικότερα από 04.02.2015 έως 28.09.2015, μετοχές μέλους της ένωσης είχαν μεταβιβασθεί σε εταιρεία με έδρα τις νήσους KEYMAN. Με το ως άνω έγγραφο, διαβιβάστηκε επίσης στην Αρχή ψηφιακός φάκελος με το σύνολο των εγγράφων που υπέβαλε η αναθέτουσα αρχή προς την αιτούμενη την παροχή συμβουλής Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης και αφορούν την εν λόγω διαδικασία ανάθεσης.

I. Νομικό πλαίσιο

1. Στο άρθρο 2 παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, ορίζεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ "Παρέχει συμβουλές στις αναθέτουσες αρχές με δική της πρωτοβουλία ή ύστερα από αιτήματα των τελευταίων, ιδίως κατά το στάδιο εκδίκασης ή εξέτασης προδικαστικών προσφυγών, σχετικά με τη νόμιμη διεξαγωγή των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και την ομοιόμορφη εφαρμογή της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων". Σχετικά, η παρ. 3 του άρθρου 340 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιημένη με το άρθρο 22 περ. 63 του ν. 4441/2016 ισχύει, προβλέπει ότι : «Η Αρχή στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, όπως ορίζονται στο άρθρο 2 του ν. 4013/2011 μεριμνά: α) για τη δωρεάν ενημέρωση και καθοδήγηση δια γενικών οδηγιών σχετικά με την ερμηνεία και την εφαρμογή της νομοθεσίας της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, προς υποβολή των αναθετουσών αρχών/αναθέτοντων φορέων και οικονομικών φορέων, ιδίως των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) για την ορθή εφαρμογή των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων....»

2. Στην παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005 ορίζεται ότι : «α) **Απαγορεύεται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων¹ με εξωχώριες εταιρείες** σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της περ. στ' της παρ. 1 του άρθρου 31 του ν. 2238/1994 (ΦΕΚ 151 Α'), που προστέθηκε με την παρ. 7 του άρθρου 5 του ν. 3091/2002 (ΦΕΚ 330 Α'). Με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών καθορίζονται οι χώρες στις οποίες λειτουργούν εξωχώριες εταιρείες με βάση το σχετικό κατάλογο χωρών του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.). **Οι εξωχώριες εταιρείες απαγορεύεται επίσης, να συμμετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του μετοχικού κεφαλαίου ή να κατέχουν εταιρικά μερίδια ή να είναι εταίροι των εταιρών σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, "εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του**

¹ Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2 του ίδιου νόμου : «Για την εφαρμογή του νόμου αυτού νοούνται ως : 1. Δημόσιες συμβάσεις : οι συμβάσεις εκτέλεσης έργου ή προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών ή μελετών που συνάπτονται μεταξύ αφ' ενός φυσικών προσώπων ή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου και αφ' ετέρου του Δημοσίου ή άλλων νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, το δε οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα είναι ανώτερο του ποσού του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, καθώς επίσης και οι συμβάσεις των οποίων το οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα είναι κατώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, αλλά έχουν ως αντικείμενο τμήμα, προσθήκη ή επέκταση ή συμπλήρωση ανατιθέμενου έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας που υπερβαίνει συνολικά το ποσό αυτό, ανεξαρτήτως εάν το οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα συνεπάγεται ή όχι δαπάνη για την Αναθέτουσα Αρχή.»

άρθρου 2 του νόμου αυτού." Η απαγόρευση του προηγούμενου εδαφίου ισχύει και για τις εξωχώριες εταιρείες, οι οποίες συμμετέχουν σε άλλα νομικά πρόσωπα που είναι μέτοχοι επιχειρήσεων που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ή μέτοχοι των μετόχων αυτών και ούτω καθεξής, και οι οποίες είναι κάτοχοι ποσοστού μετοχών, το οποίο συνυπολογιζόμενο και αναγόμενο σε ποσοστό μετοχών στην επιχείρηση που συνάπτει δημόσιες συμβάσεις αντιστοιχεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου, "εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του νόμου αυτού".

[.....]

γ) Σε περίπτωση παράβασης των ανωτέρω διατάξεων με τα στοιχεία α` και β` της παραγράφου αυτής, η επιχείρηση που πρόκειται να συμμετάσχει ή συμμετέχει σε **διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης ή η επιχείρηση μέσωσ ενημέρωσης υποχρεούνται να καλέσουν την εξωχώρια εταιρεία να εκποιήσει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων που κατέχει ή το συνολικό ή υπερβαίνοντα κατά περίπτωση αριθμό μετοχών, βάσει των οποίων χαρακτηρίστηκε εταίρος ή εταίρος των εταίρων ή βασικός μέτοχος της αντίστοιχης επιχείρησης, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από τη γνώση της παράβασης εκ μέρους της επιχείρησης. Μετά την πάροδο της προθεσμίας αυτής, οι μετοχές της εξωχώριας εταιρείας θεωρούνται αυτοδικαίως άκυρες και η επιχείρηση ή, εάν πρόκειται για μετοχές εισηγμένες σε ημεδαπό χρηματιστήριο, το Κεντρικό Αποθετήριο Αξιών, οφείλει να διαγράψει την εξωχώρια εταιρεία από τα βιβλία μετόχων ή τις βάσεις δεδομένων του Συστήματος Αυλών Τίτλων (Σ.Α.Τ.) αντίστοιχα. Κατά τα λοιπά, εφαρμόζεται αναλόγως η διάταξη του στοιχείου ε` της παρ. 2 του άρθρου 12 του Κ.ν 2190/1920, του προϊόντος της εκποίησης αποδιδόμενου στον κύριο των ακυρουμένων μετοχών.**

3. Στην παρ. 6 του άρθρου 2 του ν. 3310/2005 δίδεται ο ορισμός του βασικού μετόχου : «Ο μέτοχος, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, ο οποίος με οποιονδήποτε τρόπο μπορεί να επηρεάζει τη λήψη αποφάσεων που λαμβάνουν τα αρμόδια όργανα ή στελέχη της επιχείρησης σχετικά με τον τρόπο διοίκησης και την εν γένει λειτουργία της. Ειδικότερα, βασικός μέτοχος είναι:

"α) Το φυσικό ή νομικό πρόσωπο το οποίο είναι κύριος, είτε απευθείας είτε έμμεσα μέσω συμμετοχής τρίτου, **αριθμού μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, που αντιστοιχούν τουλάχιστον στο ένα τοις εκατό (1%) του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου** ή του συνόλου των δικαιωμάτων ψήφου στη Γενική Συνέλευση της επιχείρησης, ή υπήρξε κύριος ποσοστού τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου ή κάτοχος δικαιωμάτων ψήφου, που αντιστοιχούσαν τουλάχιστον στο ένα τοις εκατό (1%) του μετοχικού κεφαλαίου που εκπροσωπήθηκε ή άσκησε το δικαίωμα ψήφου κατά τη λήψη της απόφασης της Γενικής Συνέλευσης για την εκλογή ή την ανάκληση του εκάστοτε τελευταίου διοικητικού συμβουλίου της επιχείρησης ή της πλειοψηφίας των μελών αυτού, **εφόσον κατά το χρόνο από τη δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης ή από την έκδοση της απόφασης για τη διαδικασία ανάθεσης μέχρι την ολοκλήρωση του σχετικού ελέγχου κατά το άρθρο 5 του νόμου αυτού συντρέχουν ή συνέτρεχαν επιπλέον οι ακόλουθες προϋποθέσεις:**

αα) είναι ή υπήρξε, κατά την προαναφερθείσα χρονική περίοδο, κύριος αριθμού μετοχών που τον κατατάσσουν ή κατέτασσαν μεταξύ των δέκα μεγαλύτερων μετόχων της επιχείρησης, ή **ββ)** κατέχει ή κατείχε, κατά την προαναφερθείσα χρονική περίοδο, από οποιαδήποτε αιτία δικαιώματα ψήφου στη Γενική Συνέλευση, που τον κατατάσσουν ή κατέτασσαν ανάμεσα στους δέκα μεγαλύτερους κατόχους δικαιωμάτων ψήφου της επιχείρησης, ή **γγ)** έχει ή είχε, κατά την προαναφερθείσα χρονική περίοδο, το δικαίωμα είτε από το νόμο είτε από το καταστατικό της επιχείρησης είτε μέσω εκχώρησης σχετικού δικαιώματος άλλων μετόχων να διορίζει ή να ανακαλεί ένα μέλος του διοικητικού συμβουλίου, ή **δδ)** κατάρτισε ή είχε καταρτίσει, αμέσως ή εμμέσως, κατά την προαναφερθείσα χρονική περίοδο, συμβάσεις και εν γένει συμφωνίες με την επιχείρηση, από τις οποίες η τελευταία απέκτησε έσοδα ή άλλα οικονομικά οφέλη κατά την αμέσως προηγούμενη χρήση της, τα οποία αντιστοιχούν

τουλάχιστον στο ένα δέκατο (1/10) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης κατά τη χρήση αυτή.....»

4. Η παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως τροποποιημένη ισχύει προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι : «.....Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει επίσης, **επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία** κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. **Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου**». (Η προϊσχύσασα μορφή του άρθρου προέβλεπε ότι «... Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την Αναθέτουσα Αρχή αμέσως μετά το άνοιγμα του υποφακέλου των δικαιολογητικών των συμμετεχόντων.»)

5. Στο άρθρο 5 του ν. 3310/2005 ορίζεται ότι : «...**Ο έλεγχος αυτός είναι διαρκής και καταλαμβάνει το χρονικό διάστημα από την υπογραφή της δημόσιας σύμβασης έως και την ολοκλήρωση εκτέλεσής της.....**»

6. Σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 116 [.....] 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες / υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων / υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες / υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80».

II. Νομική εκτίμηση

Το ανωτέρω ερώτημα τίθεται υπόψη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της περί παροχής συμβουλών στις αναθέτουσες αρχές (άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011) εν όψει της ανάγκης ομοιόμορφης εφαρμογής της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων. Η παροχή «συμβουλής», προκειμένου να επιτελέσει τον τεθέντα από το νομοθέτη στόχο, χωρίς παράλληλα να έρχεται σε σύγκρουση με τις λοιπές, επίσης από το νόμο προσδιορισμένες, αρμοδιότητες της Αρχής (πχ. ελεγκτικές), θα πρέπει να εννοηθεί ως παροχή γενικών ερμηνευτικών κατευθύνσεων και οδηγιών για τη νόμιμη διεξαγωγή των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και σε καμία περίπτωση ως εκτίμηση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών ή επιλογή των εφαρμοστέων κανόνων δικαίου και υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών σε αυτούς, αρμοδιότητες ανήκουσες αποκλειστικά στις αναθέτουσες αρχές. Συνεπώς, η «συμβουλή» παρέχεται αποκλειστικά προς το σκοπό εξασφάλισης ενιαίας και ομοιόμορφης εφαρμογής του νόμου, αποφυγής αντιφατικών ερμηνειών και άρσης αμφισβητήσεων που τυχόν προκύπτουν από τη γραμματική διατύπωση συγκεκριμένης διάταξης, με χρήση των αποδεκτών από την επιστήμη του δικαίου μέσων, συμπεριλαμβανομένης της νομολογίας. Κρίσιμο, συνεπώς, στοιχείο, προκειμένου να διαγνωσθεί εάν τεθέν ερώτημα είναι δεκτικό παροχής «συμβουλής» είναι κατά πόσον η παροχή γενικών οδηγιών και κατευθύνσεων σε συγκεκριμένη περίπτωση υπεισέρχεται ή/και υποκαθιστά την κρίση των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή άλλης κατά νόμον αρμόδιας υπηρεσίας.

Εν προκειμένω, το υπό εξέταση ζήτημα δεν υποβάλλεται εκ μέρους αναθέτουσας αρχής, αλλά από υπηρεσία στις αρμοδιότητες της οποίας περιλαμβάνεται ο έλεγχος της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης συγχρηματοδοτούμενων έργων. Προκειμένου, συνεπώς, να παρασχεθεί προς την ερωτώσα υπηρεσία η αναγκαία νομική συνδρομή για την υποβοήθηση του έργου της, τα τεθέντα ερωτήματα θα πρέπει να εξετασθούν μόνον ως προς τα ζητήματα που τυχόν εγείρονται σε σχέση με την ορθή εφαρμογή των διατάξεων του ν.

3310/2015, όπως τροποποιημένος ισχύει, χωρίς να συσχετισθούν με το φάκελο του συγκεκριμένου διαγωνισμού και τα πραγματικά περιστατικά, έγγραφα και στοιχεία που οδήγησαν στην υποβολή των εν λόγω ερωτημάτων.

Ειδικότερα, επισημαίνονται τα κάτωθι :

α) Στη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005 δεν περιλαμβάνεται ορισμός της εξωχώριας εταιρείας, αλλά γίνεται παραπομπή στο τελευταίο εδάφιο της περ. στ' της παρ. 1 του άρθρου 31 του ν. 2238/1994, που προστέθηκε με την παρ. 7 του άρθρου 5 του ν. 3091/2002, κατά το οποίο, «Για τους σκοπούς του Κώδικα αυτού² *εξωχώρια εταιρία εννοείται η εταιρία που έχει την έδρα της σε αλλοδαπή χώρα και με βάση τη νομοθεσία της οποίας δραστηριοποιείται αποκλειστικά σε άλλες χώρες και απολαμβάνει ιδιαίτερα ευνοϊκής φορολογικής μεταχείρισης.*». Οι χώρες, το δίκαιο των οποίων επιτρέπει τη λειτουργία εξωχώριων υπό την έννοια αυτή, καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών, εκδιδόμενη κατ'εξουσιοδότηση του ως άνω άρθρου, με βάση το σχετικό κατάλογο του Ο.Ο.Σ.Α.³ Η απαρίθμηση αυτή είναι περιοριστική, μη επιβαρύνοντας κατά συνέπεια τον επιφορτισμένο με το σχετικό έλεγχο (εν προκειμένω, τις αναθέτουσες αρχές ή τυχόν ελέγχουσες αυτές υπηρεσίες) με την ερμηνεία της αόριστης έννοιας της «*ιδιαίτερα ευνοϊκής φορολογικής μεταχείρισης*» και μη παρέχοντας σε αυτόν τη διακριτική ευχέρεια υπαγωγής ή μη συγκεκριμένης εταιρείας στην έννοια της μη αποδεκτής για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων εξωχώριας εταιρείας⁴.

Κατά συνέπεια, ο έλεγχος του παραδεκτού της συμμετοχής εταιρείας σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατ'άρθρο 4 παρ. 4 του ν. 3310/2005 θα γίνει με βάση τον κατάλογο των χωρών στις οποίες λειτουργούν εξωχώριες, όπως αυτός έχει καθορισθεί με την

² Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος

³ Σχετική η υπ'αριθμ. 1108437/2565/ΔΟΣ/15.11.2005 Απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1590/16.11.2005) : *«Καθορισμός Χωρών στις οποίες λειτουργούν εξωχώριες εταιρείες»*.

⁴ Εν προκειμένω, θα πρέπει να σημειωθεί ότι το ανωτέρω εδάφιο (της περ. στ' της παρ. 1 του άρθρου 31 του ν. 2238/1994 – ΚΦΕ, όπου και ο ορισμός της εξωχώριας) καταργήθηκε με το άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 3842/2010 - **«2. Τα δύο τελευταία εδάφια της περίπτωσης στ' της παραγράφου 1 του άρθρου 31 του Κ.Φ.Ε. καταργούνται.»** - καθώς οι συναφείς ρυθμίσεις περιλαμβάνονται πλέον στα άρθρα 51Α και 51Β του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, που προστέθηκαν με το ίδιο άρθρο και με τα οποία παρέχεται εξουσιοδότηση στον Υπουργό Οικονομικών για τον καθορισμό των *«μη συνεργάσιμων στον οικονομικό τομέα»* και *«με προνομιακό φορολογικό καθεστώς»* κρατών, (τα οποία προσδιορίζονται κατ'έτος με αντίστοιχες Αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών, βλ. σχετ. τις υπ'αριθμ. ΔΟΣ Α 1150236 ΕΞ2010 (ΦΕΚ Β 1805 17.11.2010) *«Καθορισμός των μη συνεργάσιμων κρατών σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 5 του άρθρου 51 Α του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος...»*, ΔΟΣ Α 117722 ΕΞ 2011 (ΦΕΚ Β' 89/30.01.2012) *«Καθορισμός των μη συνεργάσιμων κρατών σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 5 του άρθρου 51 Α του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος...»* κλπ.). Η ίδια κατηγοριοποίηση επαναλαμβάνεται αυτούσια στο άρθρο 65 του ν. 4172/2013, κατ'εξουσιοδότηση των παρ. 4 και 7 του οποίου εκδίδονται ήδη κατ'έτος Αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών με τις οποίες καθορίζονται αντιστοίχως τα μη συνεργάσιμα κράτη και τα κράτη με προνομιακό φορολογικό καθεστώς (Σχετικές οι ΠΟΛ 1279/2015 και ΠΟΛ 1277/2015 για το έτος 2015). Υπό το πρίσμα των ως άνω και με δεδομένο ότι : α) η διάταξη περί απαγόρευσης σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εξακολουθεί να ισχύει, καθώς και η παρεχόμενη με αυτήν εξουσιοδότηση για την έκδοση της σχετικής ΥΑ, η οποία, επίσης δεν έχει έως σήμερα τροποποιηθεί ή ανακληθεί, β) από το γράμμα του νόμου που τροποποίησε κατά τα ανωτέρω τον ΚΦΕ εξαλείφοντας τον ορισμό της «εξωχώριας», αλλά και τις αιτιολογικές εκθέσεις που συνοδεύουν τις σχετικές τροποποιητικές διατάξεις, δεν προκύπτει πρόθεση αντικατάστασης του καταλόγου των χωρών στις οποίες εδρεύουν εξωχώριες από τους καταλόγους των μη συνεργάσιμων ή των με προνομιακό φορολογικό καθεστώς κρατών, η εν λόγω ΥΑ εξακολουθεί να αποτελεί τον ισχύοντα κατάλογο με τον οποίο ελέγχεται το επιτρεπτό σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

υπ' αριθμ. 1108437/2565/ΔΟΣ Απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1590/16.11.2005).

β) Περαιτέρω, ως προς το ζήτημα της τυχόν διάστασης μεταξύ καταστατικής και πραγματικής έδρας, το οποίο αναφέρεται στο υπό εξέταση ερώτημα, επισημαίνονται τα εξής :

Όπως προεξετέθη, με βάση τον ορισμό στον οποίο παραπέμπει η απαγόρευση της παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005, ως εξωχώρια νοείται η εταιρεία που έχει την έδρα της (καταστατική έδρα) σε αλλοδαπή χώρα (εκτός δηλαδή της ελληνικής επικράτειας) και με βάση τη νομοθεσία της οποίας δραστηριοποιείται αποκλειστικά σε άλλες χώρες. Ο ορισμός αυτός ενσωματώνει τα βασικά στοιχεία της offshore (υπεράκτιας ή εξωχώριας) εταιρείας, όπως γίνονται αποδεκτά από τη θεωρία⁵ και τη νομολογία⁶. Ειδικότερα, τα στοιχεία που συγκροτούν την έννοια της εξωχώριας είναι ακριβώς η διάσταση μεταξύ του τόπου ιδρύσεως και του τόπου άσκησης της πραγματικής τους δραστηριότητας και η επιλογή δικαίου κράτους ιδρύσεως που χαρακτηρίζεται ως «φορολογικός παράδεισος»⁷. Κατά συνέπεια, η διάσταση μεταξύ πραγματικής και καταστατικής έδρας εταιρείας, συσταθείσας σε χώρα που περιλαμβάνεται στον κατάλογο που ενσωματώνει η ανωτέρω Υπουργική απόφαση, δεν δύναται να ασκήσει επιρροή ως προς την απαγόρευση σύναψης με αυτήν δημόσιας σύμβασης.

γ) Επιπλέον, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η απαγόρευση σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες του πρώτου εδαφίου της παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005 είναι απόλυτη⁸, σε αντίθεση με την πρόβλεψη του τρίτου εδαφίου, με βάση το οποίο, η απαγόρευση που εκτείνεται και στην περίπτωση που εξωχώριες εταιρείες μετέχουν σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, τελεί υπό την αίρεση της επιπλέον συνδρομής των προϋποθέσεων που τίθενται στην παρ. 6 του άρθρου 2⁹.

Η συνδρομή των εν λόγω προϋποθέσεων είναι αναγκαία προκειμένου να χαρακτηριστεί φυσικό ή νομικό πρόσωπο ως «βασικός μέτοχος», ήτοι πρόσωπο που με οποιονδήποτε τρόπο δύναται να επηρεάσει τη λήψη αποφάσεων που λαμβάνουν τα αρμόδια όργανα ή στελέχη της επιχείρησης σχετικά με τον τρόπο διοίκησης και την εν γένει λειτουργία της. Οι

⁵ Βλ. Παμπούκης, Διεθνείς Μορφές Συνεργασίας Εταιριών, στο Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών, 2009, σελ. 286

⁶ ΑΠ Ολομ 2/2003 «..Επί πλέον το συνδεδετικό στοιχείο της θέλησης των ιδρυτών (καταστατική έδρα) θα κατέληγε στον παραμερισμό, στην εγχώρια έννομη τάξη, κανόνων δημοσίας τάξεως που είναι αντίθετο στη θεμελιώδη αρχή του άρθρου 3 Α.Κ. Ενόψει των ανωτέρω σκέψεων η θεωρία της πραγματικής έδρας κρατεί απολύτως στη νομολογία (Ολ ΑΠ 2/1999, 461/1978) και στη θεωρία. Αντίθετο δεν προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 48 (πρώην 58) της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης που ορίζει, ότι "οι εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός Κράτους-μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Κοινότητας εξομοιώνονται, για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, προς τα φυσικά πρόσωπα που είναι υπήκοοι των κρατών-μελών". Τούτο γιατί η διάταξη προϋποθέτει, ότι πρόκειται για άσκηση του δικαιώματος της ελεύθερης εγκατάστασης εταιρίας μέσα στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα που είναι εγγυημένη από τα άρθρα 43 και 48 της Συνθ ΕΕ. Δεν ισχύει όμως τούτο, όταν πρόκειται για εταιρία συνηθισμένη σύμφωνα με το δίκαιο Κράτους εκτός της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία επιθυμεί να έχει την πραγματική της έδρα σε Κράτος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.....»

⁷ «Ο όρος "εξωχώριες" αποδίδει ακριβώς αυτό το χαρακτηριστικό: οι εταιρίες όχι μόνο είναι τύποις αλλοδαπές έναντι τρίτου *forum*, αλλά και οι δραστηριότητες που αναπτύσσουν είναι εξωχώριες, δηλαδή εκτός των ορίων της πολιτείας, στην οποία έχει συσταθεί η εταιρία.», Παμπούκης, ο.π.

⁸ Πρβλ. σχετ. ΝΣΚ 424/2006 (ατομική), κατά την οποία δεν επιτρέπεται η συμμετοχή εξωχώριας ούτε ως υπεργολάβου

⁹ Όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 2, παρ. 5 του ν. 3414/2005

προϋποθέσεις αυτές θα πρέπει να συντρέχουν και στην περίπτωση συμμετοχής εξωχωρίων σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις¹⁰ και να καταλαμβάνουν το χρονικό διάστημα από τη δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης ή από την έκδοση της απόφασης για τη διαδικασία ανάθεσης μέχρι την ολοκλήρωση της εκτέλεσης της σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 5 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει¹¹.

δ) Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 8 του ν. 3310/2005, προβλέπεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγξει εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει, επί ποινή απαραδέκτου, εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 4.

Κατά συνέπεια, ο έλεγχος της δυνατότητας σύναψης δημόσιας σύμβασης με συγκεκριμένη εταιρεία, εναπόκειται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των οργάνων της αναθέτουσας αρχής κατόπιν εξέτασης της πλήρωσης των απαιτούμενων από το νόμο και τη διακήρυξη προϋποθέσεων, ενώ ο έλεγχος νομιμότητας διενεργηθείσης διαδικασίας θα πρέπει να γίνει βάσει του νομικού πλαισίου που κατά περίπτωση διέπει την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία.

ε) Τέλος να σημειωθεί ότι, με δεδομένο ότι οι διαδικασίες ανάδειξης αναδόχου δημόσιας σύμβασης ενδέχεται να διαρκέσουν για μεγάλο χρονικό διάστημα, καθώς και το γεγονός ότι οι ανάγκες και οι πρακτικές του επιχειρείν της υποψήφιας εταιρείας ενδέχεται να οδηγήσουν στην ανάληψη μέρους ή του συνόλου του μετοχικού κεφαλαίου ή των εταιρικών μεριδίων από νέους μετόχους ή εταίρους, ο νομοθέτης παρέχει τη δυνατότητα θεραπείας της παράβασης και προς το σκοπό αυτό, ο οικονομικός φορέας οφείλει να προβεί στις προβλεπόμενες στην παρ. γ' του άρθρου 4, παρ. 4 ενέργειες, προκειμένου να συνεχίσει την πορεία του στη διαγωνιστική διαδικασία.

IV. Συμπέρασμα

Τούτων δοθέντων, η απάντηση που προσήκει να δοθεί στα ερωτήματα της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης Ε.Π. «Μεταρρύθμιση Δημόσιου Τομέα» έχει ως ακολούθως :

Ως προς το πρώτο ερώτημα, η απάντηση προκύπτει ευθέως από τη γραμματική διατύπωση του νόμου και ως εκ τούτου, εναπόκειται στα αρμόδια όργανα ο έλεγχος της πληρότητας των υποβληθέντων δικαιολογητικών και βάσει αυτών του ελέγχου της συνδρομής των προϋποθέσεων περί κήρυξης του απαραδέκτου συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία ή σε διαδικασία ανάθεσης εταιρείας, στο μετοχικό κεφάλαιο της οποίας συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία με ποσοστό άνω του ενός τοις εκατό (1%), εφόσον συντρέχουν και οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του ν. 3310/2005.

Ως προς το δεύτερο ερώτημα σημειώνεται ότι το υφιστάμενο νομικό πλαίσιο παρέχει τη δυνατότητα σε εταιρεία μετέχουσα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, σε περίπτωση παράβασης των διατάξεων α' και β' της παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005, να προβεί στις προβλεπόμενες από τον νόμο ενέργειες προκειμένου να θεραπεύσει τυχόν συμμετοχή εξωχώριας εταιρείας στη μετοχική της σύνθεση που έλαβε χώρα διαρκούσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ωστόσο, εναπόκειται στην αναθέτουσα Αρχή να κρίνει εάν εν προκειμένω χωρεί εφαρμογή της εν λόγω διάταξης.

Τέλος, επισημαίνεται εκ νέου το γεγονός ότι η παρούσα συντάχθηκε προς υποβοήθηση του έργου του ερωτώντος φορέα βάσει των ενδεικτικών στοιχείων που προσκομίσθηκαν στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και δεν αποτελεί σε καμία περίπτωση κρίση επί των πραγματικών περιστατικών

¹⁰ Βλ. σχετ. Αιτιολογική Έκθεση του ν. 3414/2005 : «Τέλος, ως προς τη συμμετοχή εξωχωρίων εταιρειών σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ή σε επιχειρήσεις μέσωσν ενημέρωσης, εφαρμόζονται οι προϋποθέσεις του άρθρου 2 παρ. 6 του νόμου αυτού».

¹¹ Σχετ. Αιτιολογική Έκθεση ν. 3414/2005 : «Υπό την έννοια αυτή, δεν υφίσταται πλέον αμάχητο τεκμήριο για τον προσδιορισμό της έννοιας του βασικού μετόχου, αλλά η ύπαρξή της πρέπει να διαπιστώνεται κάθε φορά από τη συνδρομή των ανωτέρω προϋποθέσεων.»

του διενεργούμενου ελέγχου, για τον οποίο ο ελέγχων φορέας έχει την αρμοδιότητα και την αντίστοιχη ευθύνη.

Σε κάθε περίπτωση, η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων δεν μπορεί να υποκαταστήσει με τις δικές της εκτιμήσεις, τις εκτιμήσεις των αρμοδίων οργάνων των αναθετουσών αρχών κατά την έκδοση αποφάσεων των τελευταίων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τη νομιμότητα των οποίων, άλλωστε, είναι ενδεχόμενο να κληθεί στη συνέχεια να ελέγξει (βλ. άρθρο 2 παρ. 2 περ. ζ του ν. 4013/2011), και εναπόκειται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των αναθετουσών αρχών, να ελέγξουν, εάν οι προϋποθέσεις του νόμου - για τις οποίες είναι δυνατόν να παρέχονται από την ΕΑΑΔΗΣΥ, γενικώς ερμηνευτικές κατευθύνσεις και οδηγίες, είτε αυτεπαγγέλτως στο πλαίσιο άσκησης της αρμοδιότητάς της για έκδοση κατευθυντήριων οδηγιών, είτε κατόπιν αιτήματος παροχής συμβουλών - πληρούνται σε μία συγκεκριμένη υπόθεση, και να προβούν, στο πλαίσιο αυτό, σε οριστικές εκτιμήσεις, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης.

Αθήνα, 26 Ιανουαρίου 2017

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης

Γεώργιος Καταπόδης