

Αθήνα, 25.1.2016

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Τρόποι δικαστικής διεκδίκησης αχρεωστήτως καταβληθεισών εισφορών υπέρ ΤΣΜΕΔΕ και λοιπών τρίτων.

Εταιρείες – μέλη του ΣΑΤΕ ερωτούν με ποιο τρόπο δύναται η ανάδοχος δημοσίου έργου εργοληπτική επιχείρηση να διεκδικήσει αχρεωστήτως καταβληθείσες κρατήσεις υπέρ ΤΣΜΕΔΕ και λοιπών νομικών προσώπων (π.χ. ΕΜΠ).

Η απάντησή μου επί του ανωτέρω ερωτήματος έχει ως εξής:

1. Με την περίπτωση ιθ' της υποπαραγράφου ΙΑ.3 της παραγράφου ΙΑ του άρθρου 1 του Ν. 4254/2014 *«Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 4046/2012 και άλλες διατάξεις»* καταργήθηκαν (μεταξύ πολλών άλλων) από 1.1.2015 οι διατάξεις των περιπτώσεων β', γ', δ' και ιστ' του άρθρου 7 του α.ν. 2326/1940 υπέρ του ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Στο από 15-1-2015 ενημερωτικό μου σημείωμα αναφέρω τις ειδικότερες υποπεριπτώσεις κρατήσεων που καταργήθηκαν. Στα από 17-1-2015 και 26-1-2015 ενημερωτικά μου σημειώματα αναφέρομαι σε περαιτέρω ειδικότερα ζητήματα που αφορούν τις κρατήσεις που καταργήθηκαν, τον χρόνο έναρξης εφαρμογής των σχετικών καταργητικών διατάξεων και τις συμβάσεις δημοσίων έργων που καταλαμβάνουν.

Κατά την εφαρμογή των προαναφερθεισών διατάξεων ανέκυψαν διχογνωμίες ως προς συγκεκριμένα ζητήματα, όπως η ταυτότητα των κρατήσεων που έχουν καταργηθεί, οι συμβάσεις που καταλαμβάνονται από τις νέες ρυθμίσεις, ο ακριβής χρόνος έναρξεως εφαρμογής τους, καθώς και ποικίλα διαδικαστικά ζητήματα. Επί των θεμάτων αυτών έχουν υπάρξει και γνωμοδοτήσεις της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εγκύκλιοι υπουργείων και δημοσίων αρχών, καθώς και *ad hoc* πρακτικές υπηρεσιών των κυρίων των έργων, οι οποίες έχουν μάλλον δημιουργήσει πρόσθετα προβλήματα κατά την εφαρμογή των επίμαχων διατάξεων. Η ειδικότερη ανάπτυξη των επιμέρους

θεμάτων παρέλκει εν προκειμένω. Αυτό που ερωτάται από πολλές εργοληπτικές επιχειρήσεις είναι η διαδικασία αναζήτησης αχρεωστήτως καταβληθεισών εισφορών προς το ΤΣΜΕΔΕ ή το ΕΜΠ. Επομένως, η απάντησή μου θα επικεντρωθεί αποκλειστικά σ' αυτό το διαδικαστικό – δικονομικό ζήτημα.

2. Κατά την πρακτική που τηρείται από τις Υπηρεσίες κατά την εξόφληση λογαριασμών, ο ανάδοχος πρώτα εξοφλεί προς τους δικαιούχους φορείς τις αναλογούσες στο ποσό του λογαριασμού κρατήσεις και ακολούθως προσκομίζει τα αποδεικτικά καταβολής των κρατήσεων (καθώς και τα λοιπά δικαιολογητικά πληρωμής) προς την ταμειακή υπηρεσία του κυρίου του έργου για να εισπράξει το ποσό του λογαριασμού. Επομένως, αν δεν προκαταβάλει ο ανάδοχος τις κρατήσεις, δεν μπορεί να εισπράξει τον λογαριασμό. Η ορθή και νόμιμη διαδικασία, βεβαίως, δεν είναι αυτή· κανονικά η ταμειακή υπηρεσία του κυρίου του έργου οφείλει να καταβάλει στον ανάδοχο το ποσό του λογαριασμού, παρακρατώντας από αυτό τυχόν οφειλόμενες κρατήσεις, τις οποίες οφείλει (ο κύριος του έργου) να αποδώσει προς τους δικαιούχους φορείς. Ωστόσο, ως είναι γνωστό, στην πράξη δεν τηρείται η ανωτέρω ορθή διαδικασία, αλλά ο ανάδοχος πάντοτε προκαταβάλλει τις κρατήσεις, ως προϋπόθεση πληρωμής του λογαριασμού. Το γεγονός αυτό έχει ως συνέπεια να αδυνατεί ο ανάδοχος να αμφισβητήσει την αυθαιρέτως επιβαλλόμενη σ' αυτόν κράτηση μέσω της ενδικοφανούς διαδικασίας (ένσταση και αίτηση θεραπείας). Αλλά και να είχε ο ανάδοχος αυτή τη δυνατότητα, είναι αμφίβολο αν θα τη χρησιμοποιούσε, διότι τούτο θα συνεπαγόταν αμφισβήτηση του λογαριασμού με συνέπεια την καθυστέρηση εξόφλησής του στο σύνολό του μέχρι και την τελεσίδικη επίλυση της διαφοράς. Για τους λόγους αυτούς, ακόμη και όταν οι κρατήσεις επιβάλλονται αυθαιρέτως από τις υπηρεσίες του κυρίου του έργου, όπως αρκετά συχνά συμβαίνει, ο ανάδοχος εκ των πραγμάτων δεν έχει καμία άλλη δυνατότητα παρά να τις καταβάλει και ακολούθως να αναζητήσει την επιστροφή τους.

3. Το ερώτημα που ανακύπτει σ' αυτές τις περιπτώσεις είναι κατά ποιου στρέφεται ο ανάδοχος και με ποια διαδικαστικά (διοικητικά και ένδικα) μέσα. Σε γενικές γραμμές θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε ότι ο ανάδοχος δύναται να στραφεί τόσο κατά του δικαιούχου φορέα (ΤΣΜΕΔΕ ή ΕΜΠ), όσο

και κατά του κυρίου του έργου. Ωστόσο, μεταξύ των δύο αυτών δικονομικών δυνατοτήτων υπάρχουν σημαντικές διαφορές, τις οποίες επισημαίνουμε εν συντομία αμέσως κατωτέρω:

3.1 Κατά του δικαιούχου φορέα

Η εργ. επ/ση δικαιούται να στραφεί, ασκώντας αγωγή, κατά του δικαιούχου φορέα. Η αγωγή αυτή θα εδράζεται στις βάσεις της αδικοπραξίας ή/και του αδικαιολογήτου πλουτισμού. Δεν πρόκειται για διαφορά από την εκτέλεση της σύμβασης έργου, οπότε δεν εισάγεται στο εφετείο, αλλά στο κατά περίπτωση αρμόδιο διοικητικό πρωτοδικείο, εφόσον ο δικαιούχος φορέας (ΤΣΜΕΔΕ ή ΕΜΠ) είναι νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου.

3.2 Κατά του κυρίου του έργου

Εν προκειμένω τα ζητήματα είναι πιο περίπλοκα. Με τον κύριο του έργου ο ανάδοχος συνδέεται με τη συμβατική σχέση της σύμβασης δημοσίου έργου. Όποια διαφορά ανακύπτει κατά την εκτέλεση του δημοσίου έργου επιλύεται με τον ειδικό τρόπο που ορίζεται στις διατάξεις της ειδικής περί δημοσίων έργων νομοθεσίας (ένσταση, αίτηση θεραπείας και ακολούθως προσφυγή στο αρμόδιο διοικητικό ή πολιτικό εφετείο). Το στοιχείο αυτό προϋποθέτει το πρώτον να δημιουργηθεί διαφορά. Η διαφορά ανακύπτει με τις πράξεις ή παραλείψεις της διευθύνουσας υπηρεσίας ή της προϊσταμένης αρχής. Στην περίπτωση των κρατήσεων αυτό δεν είναι σύνθηρες να συμβεί για τους λόγους που εξηγήθηκαν ανωτέρω. Ωστόσο, είναι δυνατόν και σ' αυτές τις περιπτώσεις να ανακύψει διαφορά, εφόσον συντρέξουν ορισμένες προϋποθέσεις. Ειδικότερα:

- Εάν ο κύριος του έργου προβεί ο ίδιος στην παρακράτηση από το πληρωτέο ποσό του λογαριασμού των επίμαχων κρατήσεων, ο ανάδοχος δύναται να ασκήσει κατ' αυτού απευθείας αγωγή, βάσει της σύμβασης δημοσίου έργου και εδραζόμενος στον εγκεκριμένο λογαριασμό, για την επιδίκαση του παρακρατηθέντος ποσού. Δεδομένου ότι αυτή η πρακτική (δηλ. να παρακρατεί ο κύριος του

έργου τις κρατήσεις και να τις αποδίδει στον δικαιούχο) σπανίως τηρείται στην πράξη, η δυνατότητα αυτή δεν θα ανακύπτει συχνά.

- Μία παραλλαγή της ανωτέρω περίπτωσης είναι η διευθύνουσα υπηρεσία να διορθώσει τον λογαριασμό, περικόπτοντας το ποσό των κρατήσεων από τον λογαριασμό και επιστρέφοντάς τον διορθωμένο στον ανάδοχο. Σ' αυτή την περίπτωση θα πρέπει να ασκηθεί ένσταση κατά του διορθωμένου λογαριασμού.
- Η συνήθης πρακτική, πάντως, είναι η προηγούμενη καταβολή των κρατήσεων από τον ανάδοχο προς τους δικαιούχους φορείς. Όταν συμβαίνει αυτό, ο ανάδοχος δεν έχει αγωγική αξίωση κατά του κυρίου του έργου, ούτε εκδίδεται πράξη της διευθύνουσας υπηρεσίας την οποία θα μπορούσε να προσβάλει με ένσταση. Το μόνο που θα μπορούσε να κάνει σ' αυτή την περίπτωση, είναι να υποβάλει αίτημα προς τη διευθύνουσα υπηρεσία να του επιστρέψει το αχρεωστήτως καταβληθέν ποσό των κρατήσεων και, ακολούθως, να προσβάλει τη σιωπηρή ή ρητή απόρριψη του αιτήματος. Τέτοιο αίτημα θα μπορούσε να υποβληθεί για το σύνολο των κρατήσεων στο τέλος του έργου. Ωστόσο, ανακύπτει εν προκειμένω το ουσιώδες κώλυμα της κατ' ουσίαν έλλειψης παθητικής νομιμοποίησης του κυρίου του έργου, εφόσον δεν είναι αυτός που εισέπραξε το αχρεωστήτως καταβληθέν ποσό των κρατήσεων, αλλά ο τρίτος δικαιούχος (ΤΣΜΕΔΕ κ.λπ.).
- Τέλος, ο ανάδοχος θα μπορούσε να εναγάγει, βάσει των γενικών διατάξεων περί αδικοπραξίας, και τον κύριο του έργου, ομού με τον τρίτο δικαιούχο φορέα. Στην περίπτωση αυτή κύριος του έργου και δικαιούχος φορέας (ΤΣΜΕΔΕ) ενάγονται με το ίδιο δικόγραφο ενώπιον του διοικητικού πρωτοδικείου, εφόσον υπάγονται αμφότεροι στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων· διαφορετικά θα πρέπει να γίνει διαχωρισμός μεταξύ διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων. Βεβαίως, θα πρέπει να επισημανθεί ότι η παθητική νομιμοποίηση του κυρίου του έργου, δυνάμει της συγκεκριμένης νομικής βάσης, είναι ιδιαίτερα ασθενής, διότι θα πρέπει να τεκμηριωθεί, πρώτον, η άρνηση του κυρίου του έργου να εξοφλήσει τον λογαριασμό χωρίς την

προηγούμενη καταβολή από πλευράς του αναδόχου της αμφισβητούμενης κράτησης και, δεύτερον, ότι η συγκεκριμένη άρνηση εμπίπτει στην έννοια της αδικοπραξίας και δεν αποτελεί παράβαση απλώς των συμβατικών υποχρεώσεων του κυρίου του έργου, οπότε θα έπρεπε να τηρηθεί η ειδική ενδικοφανής και δικονομική διαδικασία που ορίζει η νομοθεσία περί δημοσίων έργων.

Τα ανωτέρω αποτελούν τις βασικές κατευθύνσεις για τη δικαστική επιδίωξη επιστροφής αχρεωστήτως καταβληθεισών εισφορών. Ωστόσο, πρέπει να επισημανθεί, ότι κάθε υπόθεση διαφοροποιείται ως προς τα πραγματικά της περιστατικά και τα λοιπά ιδιάζοντα χαρακτηριστικά της, με αποτέλεσμα να υπάρχουν και περιπτώσεις οι οποίες, λόγω των ιδιαιτεροτήτων τους, δεν εμπίπτουν στους προαναφερθέντες βασικούς κανόνες.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σταμόπουλος.