



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Αριθμός γνωμοδοτήσεως 80/2018

ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Τμήμα Α΄

Συνεδρίαση της 25^{ης} Απριλίου 2018

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Ανδρέας Χαρλαύτης, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Στυλιανή Χαριτάκη, Κωνσταντίνος Κηπουρός, Αγγελική Καστανά, Βασίλειος Καραγεώργος, Ευσταθία Τσαούση, Νομικοί Σύμβουλοι.

Εισηγητής: Βασίλειος Καραγεώργος.

Αριθμός ερωτήματος: Το υπ' αριθμ. πρωτ. 516/31-1-2018 έγγραφο του Υπουργείου Οικονομικών, Γενική Γραμματεία Δημοσιονομικής Πολιτικής (Γ.Λ.Κ.), Γενική Διεύθυνση Ελέγχων Συγχρηματοδοτούμενων Προγραμμάτων (ΓΔΕΣΠ), Αυτοτελές Τμήμα Νομικής Υποστήριξης.

Ερώτημα: Ερωτάται αν 1. Η κατάργηση της υπέρ ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ κρατήσεως, με τον ν.4254/2014, αφορά μόνο στις συμβάσεις δημοσίων έργων που έχουν συναφθεί από την 01.01.2015 και εφεξής και, συνεπώς, για όσες συμβάσεις συνήφθησαν πριν από την 01.01.2015 ισχύει υποχρέωση παρακρατήσεως της εν λόγω κρατήσεως επί παντός ανεξαιρέτως λογαριασμού πληρωμής εργολάβου επί των εκτελουμένων έργων του Δημοσίου και λοιπών φορέων.

2. Η κατάργηση των υπέρ ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ κρατήσεων, με τον ν.4393/2016, αφορά μόνο στις συμβάσεις δημοσίων έργων που έχουν καταρτιστεί από 12.05.2016 (ημερομηνία έναρξης εφαρμογής του ν.4387/2016) και εφεξής και, συνεπώς, ισχύει υποχρέωση παρακρατήσεως των εν λόγω κρατήσεων για τις συμβάσεις που είχαν συναφθεί πριν από τις 12.05.2016.

3. Η κατάργηση των υπέρ ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ κρατήσεων, συνεπάγεται την κατάργηση και της αντίστοιχης κράτησης υπέρ ΕΜΠ και εάν ναι με ποια νομοθετική διάταξη θεωρείται ότι επέρχεται η σχετική κατάργηση (ήτοι τον ν.4254/2014 ή τον ν. 4393/2016) .

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Α') γνωμοδότησε ως εξής:

Ιστορικό

Από το έγγραφο της ερωτώσης Υπηρεσίας και τα στοιχεία του φακέλου που το συνοδεύουν προκύπτει το ακόλουθο πραγματικό:

1. Με τις υπ' αριθ. 686/1/24.03.2017 και 687/27.3.2017 αποφάσεις του Προέδρου της Επιτροπής Δημοσιονομικού Ελέγχου (ΕΔΕΛ), Γενική Δ/ση Δημοσιονομικών Ελέγχων, Γενικό Λογιστήριο του Κράτους, Γεν. Γραμματεία Δημοσιονομικής Πολιτικής του Υπ. Οικονομικών, συγκροτήθηκαν δύο ομάδες για τη διενέργεια ελέγχου: α) στο Υποέργο 2 «Λεπτομερής σχεδιασμός, προμήθεια υλικών και κατασκευή της 3ης δεξαμενής» της πράξης «Β' Φάση της Β' Αναβάθμισης του Τερματικού Σταθμού Υγροποιημένου Φυσικού Αερίου (ΥΦΑ) της Ρεβυθούσας» (Κωδικός ΟΠΣ 5002621), η οποία συγχρηματοδοτείται από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία» του ΕΣΠΑ 2014-2020. Δικαιούχος της πράξης είναι η Ανώνυμη Εταιρεία «Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΔΕΣΦΑ)» και β) στο Υποέργο 2 «Ομάδα Β: Υποβρύχιες καλωδιακές διασυνδέσεις 150 kV, από την Σύρο προς Τήνο, Μύκονο και Πάρο, και τερματικό καλωδίων 150 kV στην Τήνο» της πράξης «Διασύνδεση των Κυκλάδων με το Ηπειρωτικό Διασυνδεδεμένο Σύστημα Υψηλής Τάσης (2ο Στάδιο Α' Φάσης)» (Κωδικός ΟΠΣ 5002854), η οποία συγχρηματοδοτείται από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία», του ΕΣΠΑ 2014-2020. Δικαιούχος της πράξης είναι η Ανώνυμη Εταιρεία «Ανεξάρτητος Διαχειριστής Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΑΔΜΗΕ Α.Ε.).».

Από τις συνταχθείσες δύο (2) Εκθέσεις Αποτελεσμάτων Ελέγχου, οι οποίες οριστικοποιήθηκαν, προέκυψε η μη καταβολή, εκ μέρους των αναδόχων των έργων, των κρατήσεων υπέρ ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και ΕΜΠ, που προβλέπονταν στις διατάξεις του ν. 2326/1940.

Η ερωτώσα Υπηρεσία έχει την άποψη ότι οι ως άνω προβλεπόμενες κρατήσεις έχουν καταργηθεί, από της ενάρξεως εφαρμογής των νόμων 4254/2014 και 4393/2016, και νομίμως δεν διενεργούνται για συμβάσεις που υπογράφονται από της ενάρξεως ισχύος των ανωτέρω νόμων, ενώ για συμβάσεις υπογραφείσες προ της ισχύος των ανωτέρω νόμων δεν εκφέρεται άποψη.

Κατόπιν τούτων, υποβλήθηκε το ερώτημα που αναφέρεται στην αρχή.

Νομοθετικό πλαίσιο

2. Στις διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 1 του α. ν. 2326/1940, Περί Ταμείου Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (Α'145), όπως ίσχυε η παράγραφος πριν από την κατάργηση των περιπτώσεων β', γ', δ' και ιστ' με το άρθρο πρώτο, υποπαρ. ΙΑ.3., περ. 2.Α., υποπερ. ιθ' του ν. 4254/2014 και την κατάργηση των περιπτώσεων β', ε', ιγ' και ιη' με το άρθρο 39 παρ. 14 του ν.4387/2016 (Α'85), που προστέθηκε με το άρθρο δεύτερο παρ. 6α του ν.4393/2016 (Α'106), η οποία (κατάργηση) προεβλέφθη από την έναρξη ισχύος του ν.4387/2016, δηλαδή από τις 12-5-2016, οπότε δημοσιεύθηκε ο ν.4387/2016 στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ορίζονταν τα εξής:

« 1. Οι πόροι του Ταμείου αποτελούνται:

α) Εκ μηνιαίας εισφοράς εκάστου ησφαλισμένου, ...

Το Δημόσιον ως και πάντα τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα και αι επιχειρήσεις οποιασδήποτε μορφής υποχρεούνται εις παρακράτησιν και απόδοσιν εις το Ταμείον των ως άνω εισφορών των ησφαλισμένων εντός του επομένου μηνός αφ' ον κατέστησαν απαιτηταί αι αντίστοιχαι αποδοχαί ή αμοιβαί, συνυποβαλλόμενων των σχετικών αναλυτικών καταστάσεων.

β) Εκ κρατήσεως 1% επί παντός ανεξαιρέτως λογαριασμού πληρωμής εργολάβου, φυσικού ή νομικού προσώπου, είτε ούτος κέκτηται πτυχίον εργολάβου δημοσίων έργων είτε μη, και επί των οπωσδήποτε εκτελουμένων έργων υπό του Δημοσίου, δήμων, κοινοτήτων και νομικών εν γένει προσώπων δημοσίου δικαίου, μη ισχυούσης ως προς τας κρατήσεις και τους πόρους εν γένει του ταμείου συντάξεως μηχανικών και εργοληπτών οιασδήποτε εναντίας διατάξεως γενικών ή ειδικών νόμων, καθιερούντων εξαιρέσεις ή απαλλαγάς.

β1. Εκ κρατήσεως έξι τοις χιλίοις (6%) υπέρ τρίτων επί παντός ανεξαιρέτως λογαριασμού πληρωμής εργολάβου φυσικού ή νομικού προσώπου είτε ούτος

κέκτηται πτυχίο εργολάβου Δημοσίων Έργων είτε μη και επί των οπωσδήποτε εκτελουμένων έργων υπό του Δημοσίου, Δήμων, Κοινοτήτων και Νομικών εν γένει Προσώπων Δημοσίου Δικαίου συμπεριλαμβανομένων των εκτελουμένων έργων από τις εταιρείες αναπτύξεως έργων υποδομής του ν.2160/1993 κατά το μέρος που χρηματοδοτούνται είτε από τον Τακτικό Προϋπολογισμό, είτε από τον προϋπολογισμό δημοσίων επενδύσεων, είτε από τον προϋπολογισμό Ν.Π.Δ.Δ.και Ο.Τ.Α. είτε από κοινοτικούς πόρους μη ισχύουσας ως προς τις κρατήσεις και τους πόρους εν γένει του Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. οιασδήποτε εναντίως διατάξεως γενικών ή ειδικών νόμων καθιερούμενων εξαιρέσεις ή απαλλαγές. (Η ανωτέρω β1 περίπτωση προστέθηκε με το άρθρο 27 παρ. 34 του ν. 2166/1993).

.....
ιη. Εξ εισφοράς δύο επί τοις εκατόν (2%) επί των τεκμαρτών καθαρών κερδών των προερχομένων εκ των δημοσίων έργων ή των έργων Δήμων ή Κοινοτήτων και Νομικών εν γένει Προσώπων Δημοσίου ή Ιδιωτικού Δικαίου, ως και επί οιασδήποτε φύσεως ιδιωτικών τεχνικών έργων και οικοδομών, βαρυνούσης τους υπαγομένους εις την ασφάλισιν του Ταμείου εργολήπτας, ως και τας πάσης μορφής Εργοληπτικής Εταιρείας διά τα εισοδήματά των τα προερχόμενα εκ της εκτελέσεως των ως άνω αναφερομένων έργων.....».

3. Στις διατάξεις του άρθρου πρώτου Παρ. ΙΑ., Υποπαρ. ΙΑ3 περ. 2. Α υποπερ. ιθ' του ν.4254/2014, Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 4046/2012 και άλλες διατάξεις (Α' 85), ορίζονται τα εξής:

«Από 1.1.2015 καταργούνται οι διατάξεις: α..., ιθ. των περιπτώσεων β', γ', δ' και ιστ' της παρ. 1 του άρθρου 7 του ά.ν.2326/1940 (Α'145) υπέρ του ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ».

4. Στις διατάξεις της παραγράφου 14 του άρθρου 39 του ν. 4387/2016 Ενιαίο Σύστημα Κοινωνικής Ασφάλειας-Μεταρρύθμιση ασφαλιστικού συνταξιοδοτικού. Σύσταση ΕΦΚΑ (Α' 85), που προστέθηκε με το άρθρο δεύτερο παρ. 6. α. του ν. 4393/2016 Κύρωση της Προγραμματικής Συμφωνίας (Programme Arrangement) Αριθ. Α-1424 κλπ (Α'106) ορίζονται τα εξής:

«14. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος καταργούνται οι πόροι που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 της περίπτωσης β' του ν.

2326/1940, του άρθρου 27 παρ. 34 του ν.2166/1993, του άρθρου 7 παρ.1 της περίπτωσης ε' του ν. 2326/1940, των άρθρων 9, 10 και 14 του ν. 915/1979, του άρθρου 7 παρ.1 της περίπτωσης ιγ' του ν. 2326/1940, του άρθρου 11 του ν. 915/1979, του άρθρου 7 παρ.1 της περίπτωσης ιη' του ν.2326/1940.....».

5. Στο άρθρο μόνον του ν.546/1943 Περί των εσόδων της περιουσίας του Εθνικού Μ.Πολυτεχνείου (Α' 284) ορίζονται τα εξής :

«1. Οι πόροι της περιουσίας του Ε.Μ. Πολυτεχνείου ενισχύονται:

α) Δι' επιπροσθέτων κρατήσεων και καταβολών ως αύται καθορίζονται διά του άρθρ. 7 παρ. 1 υπό στοιχ. β, γ ,ε, στ, ζ, η, ια, ιβ, ιγ ,ιε, και ιστ, του Αναγκ.Νόμου υπ' αριθ. 2326/1940, οριζομένων όμως εις το ήμισυ των υπό των διατάξεων τούτων προβλεπομένων. Οι πρόσθετοι ούτοι πόροι συνεισπράττονται ομού μετά των αρχικών υπό του Ταμείου Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών συνωδά ταις διατάξεσι του Α.Ν. 2326/1940 και αποδίδονται εις το Ε.Μ.Π. εις το τέλος εκάστης τριμηνίας οικονομικού έτους μετά παρακράτησιν ενός επί τοις εκατόν δι' έξοδα βεβαιώσεως και εισπράξεως. Δια τους προσθέτους τούτους πόρους ισχύουσιν αι αυταί περί τρόπου καταβολής εισπράξεως και εξασφαλίσεως διατάξεις του Α.Ν.2326/1940 και των κατ' εκτέλεσιν τούτου εκδοθέντων Διαταγμάτων. Ομοίως ισχύουσιν άπασαι αι διατάξεις αι τροποποίησας μεταγενεστέρως τας διατάξεις του άρθρ. 7 παρ. 1 του Α.Ν. 2326/1940 από της δημοσιεύσεώς του και εφεξής...».

6. Στις διατάξεις του άρθρου 4 του α.ν.440/1945 Περί τροποποιήσεως και συμπληρώσεως των αφορωσών το Ταμείον Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων Διατάξεων (Α'170) ορίζονται τα εξής:

«1. Η υπέρ του Μετσοβίου Πολυτεχνείου βάσει του Ν.546 του 1943 πρόσθετος κράτησις εξ ημίσεος επί των εν αυτώ αναφερομένων πόρων του Ταμείου Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων επιβάλλεται επί των πόρων τούτων ως καθορίζονται ούτοι εκάστοτε βάσει των κειμένων διατάξεων.

2. Προκειμένου περί των πόρων των εδαφίων ια', ιβ' και ιστ' της παρ. 1 του άρθρ. 7 του Α.Ν. 2326 του 1940 η κατά τον Νόμον 546 του 1943 αύξησις εξ ημίσεος υπέρ του Εθνικού Μετσοβίου Πολυτεχνείου εισπράττεται δι' ειδικού ενσήμου, ο τύπος του οποίου ορισθήσεται εντός μηνός από της δημοσιεύσεως του παρόντος δι' αποφάσεως της Συγκλήτου του Ε.Μ.

Πολυτεχνείου εγκρινομένης δια πράξεων των επί της Παιδείας και των Δημοσίων Έργων Υπουργών δημοσιευομένης εις την Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

3. Το Ταμείον Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων ουδεμίαν απολύτως φέρει ευθύνην δια την μη πληρωμήν εκ μέρους των υποχρέων ή δια την εξ οιασδήποτε αιτίας μη είσπραξιν εν όλω ή εν μέρει της κατά Ν. 546 του 1943 προσθέτου αυξήσεως υπέρ του Εθνικού Μετσόβιου Πολυτεχνείου, κατά δε την αληθή του Νόμου τούτου έννοιαν εις το Εθνικόν Μετσόβιον Πολυτεχνείον αποδίδονται εις το τέλος εκάστης τριμηνίας αι υπέρ αυτού κρατήσεις μόνον εφ' όσον το Ταμείον ειδοποιήθη εγγράφως υπό των αρμοδίων υπηρεσιών ότι εσημειώθη ή εγένετο υπέρ του Ε.Μ.Π. πρόσθετος κράτησις και εφ' όσον αύτη πράγματι εισήχθη εις το Ταμείον είτε δι' απ' ευθείας καταθέσεως εις αυτό είτε δι' αναγγελίας πιστώσεως εκ μέρους του Κεντρικού Καταστήματος της Εθνικής Τραπέζης της Ελλάδος. Το αυτό εφαρμόζεται και ως προς τους δι' ενσήμων εισπραττομένους πόρους.

4. Το Εθνικόν Μετσόβιον Πολυτεχνείον βαρύνεται κατ' αναλογίαν με τα εκάστοτε επικείμενα τέλη χαρτοσήμου και άλλας τυχόν κρατήσεις επιβαλλομένας υπό των εκάστοτε κειμένων Νόμων.

Επίσης βαρύνεται με τας δαπάνας δι' έξοδα βεβαιώσεως εισπράξεως και εν γένει της γραφικής ύλης των υπέρ αυτού εισπραττομένων ποσοστών καταβάλλον προς κάλυψιν των δαπανών τούτων ως και δια συμμετοχήν του εις τα βάρη του Ταμείου, δια την μισθοδοσίαν του προσωπικού αυτού ποσοστόν 20% επί των υπέρ αυτού εισπραττομένων ποσών.».

7. Στις διατάξεις του άρθρου 5 του ν. 1238/1982 Ρύθμιση οικονομικών και άλλων θεμάτων των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων και άλλες διατάξεις (Α' 35) ορίζονται τα εξής:

«1. Οι κρατήσεις που επιβάλλονται υπέρ του Εθνικού Μετσόβιου Πολυτεχνείου, σύμφωνα με τις διατάξεις των Α.Ν.2326/1940 και 440/1945 και του Ν.546/1943, κατανέμονται από τώρα και στο εξής, τόσο στο Εθνικό Μετσόβιο Πολυτεχνείο όσο και στις λοιπές Πολυτεχνικές Σχολές, ανάλογα με τον αριθμό των σπουδαστών.

2. Κάθε λεπτομέρεια που αφορά στον τρόπο χορήγησης και κατανομής των κρατήσεων που αναφέρονται στην προηγούμενη παράγραφο αυτού του

άρθρου, καθορίζεται με κοινή απόφαση του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων και του Υπουργού που εποπτεύει το Ταμείο Συντάξεως Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων».

8. Στην υπ' αριθ. 139700/ΙΒ/22.12.2006 κ.α. των Υπουργών Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων και Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας, καθορισμός εσόδων των Πολυτεχνικών Σχολών (Β' 1947), εκδοθείσα βάσει της ανωτέρω νομοθετικής εξουσιοδοτήσεως, ορίζονται τα εξής:

«Α. Καθορίζουμε τα ποσοστά κατανομής των κρατήσεων που επιβάλλονται υπέρ του Εθνικού Μετσόβιου Πολυτεχνείου, του Πολυτεχνείου Κρήτης και των λοιπών Πολυτεχνικών Σχολών των Πανεπιστημίων ως εξής:...

Β. Η κατανομή με βάση τα αναφερόμενα ποσοστά θα γίνει από την δημοσίευση της απόφασης αυτής στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Γ. Η απόδοση του ποσοστού που αναλογεί σε κάθε Ίδρυμα ή Σχολή θα γίνεται από το Ταμείο Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (ΤΣΜΕΔΕ) με μεταφορά των ποσών από το λογαριασμό του ανωτέρω ταμείου στους λογαριασμούς των Πανεπιστημίων...».

9. Στις διατάξεις του άρθρου 29 παρ. 29 του ν. 1473/1984, Μεταρρυθμίσεις στην άμεση και έμμεση φορολογία και άλλες διατάξεις (Α' 127), ορίζονται τα εξής:

«Από την έναρξη ισχύος του παρόντος καταργούνται οι πιο κάτω κοινωνικοί πόροι των αντίστοιχων νομικών προσώπων, δημοσίου, οργανισμών ή ειδικών λογαριασμών:

1...

29. Ο προβλεπόμενος, από τη διάταξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 1 του άρθρου μόνου του Ν.546/1943 (Α' 284), πόρος με επιπρόσθετη κράτηση και καταβολή, όπως αυτή καθορίζεται με την περίπτωση ιε' της παραγράφου 1 του άρθρου 7 του Α.Ν. 2326/1940 (Α' 145), υπέρ του Εθνικού Μετσόβιου Πολυτεχνείου.».

10. Στις διατάξεις των άρθρων 15 παρ. 6 περ. ι' και 37 παρ. 5 και 6 του ν. 3669/2008, Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων (Α' 116), ορίζονται τα εξής:

«Άρθρο 15

6. Η διακήρυξη για τη διενέργεια ανοιχτής δημοπρασίας περιέχει τα εξής τουλάχιστον στοιχεία, ανάλογα με το σύστημα υποβολής προσφοράς:

α)...

ι) Τον φορέα κατασκευής, πληροφορίες για τις πιστώσεις του έργου, για τους τυχόν ειδικούς όρους πληρωμής και για τις επιβαρύνσεις του εργολαβικού ανταλλάγματος για κρατήσεις υπέρ τρίτων κλπ..

Άρθρο 37

1...

5... Ο ανάδοχος σε κάθε περίπτωση βαρύνεται με όλες τις απαιτούμενες δαπάνες για την ολοκλήρωση του έργου, όπως είναι οι δαπάνες... όλων των εργοδοτικών επιβαρύνσεων... οι φόροι, τέλη, δασμοί, ασφαλιστικές κρατήσεις ή επιβαρύνσεις....

6. Οι φόροι, τέλη, δασμοί, κρατήσεις και οποιεσδήποτε άλλες νόμιμες επιβαρύνσεις βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως ισχύουν κατά το χρόνο που δημιουργείται η υποχρέωση καταβολής τους. Κατ' εξαίρεση άλλοι φόροι του Δημοσίου που βαρύνουν άμεσα το εργολαβικό ανάλλαγμα, βαρύνουν τον ανάδοχο μόνο στο μέτρο που ίσχυαν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς. Τυχόν μεταγενέστερες αυξομειώσεις, αυξομειώνουν αντίστοιχα το οφειλόμενο εργολαβικό ανάλλαγμα. Τα δύο προηγούμενα εδάφια δεν ισχύουν για το φόρο εισοδήματος ή τις τυχόν παρακρατήσεις έναντι του φόρου αυτού.»

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Επί των πρώτου και δευτέρου υποερωτημάτων.

11. Κατά τις διατάξεις του άρθρου 37 παρ. 5 και 6 του ν. 3669/2008, ο ανάδοχος κατασκευής δημοσίου έργου βαρύνεται με όλες τις απαιτούμενες δαπάνες για την ολοκλήρωση του έργου, όπως είναι οι δαπάνες όλων των εργοδοτικών επιβαρύνσεων,..., οι φόροι, τέλη, δασμοί, κρατήσεις και οποιεσδήποτε άλλες νόμιμες επιβαρύνσεις, όπως ισχύουν κατά το χρόνο που δημιουργείται η υποχρέωση καταβολής τους. Άλλοι φόροι του Δημοσίου που βαρύνουν άμεσα το εργολαβικό ανάλλαγμα, βαρύνουν τον ανάδοχο μόνο στο μέτρο που ίσχυαν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς. Τυχόν μεταγενέστερες αυξομειώσεις, αυξομειώνουν αντίστοιχα το οφειλόμενο εργολαβικό ανάλλαγμα. Με τις ανωτέρω διατάξεις δεν θεσπίζονται, πρωτογενώς, φορολογικές, ασφαλιστικές και άλλες υποχρεώσεις του αναδόχου έναντι οποιουδήποτε τρίτου, όπως είναι το Δημόσιο, οι ασφαλιστικοί οργανισμοί κλπ., αλλά ρυθμίζονται θέματα επιβάρυνσης των αντισυμβαλλομένων και αυξομείωσης του εργολαβικού ανταλλάγματος, σε

περίπτωση που ανακύψουν ή μεταβληθούν τέτοιες υποχρεώσεις από τη σύμβαση κατασκευής δημοσίου έργου, οι οποίες επηρεάζουν την συμβατική σχέση παροχής-αντιπαροχής (πρβλ 492/2006 Ολ. ΣτΕ, 112/1980 Γν. ΝΣΚ κ.ά.). Έγερση ζητήματος επιβάρυνσης του αναδόχου από τέτοιες υποχρεώσεις, προϋποθέτει την ύπαρξη των υποχρεώσεων αυτών, κατά τη νομοθεσία που τις διέπει. Συνεπώς, ερευνητέον, εάν υφίστανται, κατά τις οικείες διατάξεις, οι αναφερόμενες στο ερώτημα υποχρεώσεις του αναδόχου. Σε αρνητική περίπτωση δεν τίθεται ζήτημα επιβάρυνσης του αναδόχου, κατ'εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων.

12. Ο κατά τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 περ. β' του α.ν. 2326/1940 πόρος του ΤΣΜΕΔΕ συνίσταται σε κράτηση «1% επί παντός ανεξαιρέτως λογαριασμού πληρωμής εργολάβου... επί των οπωσδήποτε εκτελουμένων έργων υπό του Δημοσίου, δήμων, κοινοτήτων και νομικών εν γένει προσώπων δημοσίου δικαίου». Ο πόρος αυτός καταργήθηκε από 1-1-2015, δυνάμει των διατάξεων του άρθρου πρώτου Παρ. ΙΑ, Υποπαρ.ΙΑ3 περ. 2. Α υποπερ. Ιθ' του ν. 4254/2014. Ο ήδη κατά τα ανωτέρω καταργηθείς πόρος, ορίστηκε εκ νέου ως καταργούμενος, με τις διατάξεις του άρθρου 39 παρ. 14 του ν. 4387/2016, που προστέθηκε με το άρθρο δεύτερο παρ. 6 : α. του ν. 4393/2016, από την έναρξη ισχύος του ν. 4387/2016, δηλαδή από τις 12-5-2016, οπότε ο ν. 4387/2016 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ. Οι διατάξεις όμως αυτές ενόψει της ανωτέρω προγενέστερης κατάργησης, δεν είχαν καμία ουσιαστική καταργητική συνέπεια.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 περ. β' του α.ν. 2326/1940, η εν λόγω υποχρέωση ανακύπτει εν σχέσει με οποιονδήποτε υποβαλλόμενο λογαριασμό προς καταβολή αμοιβής λόγω της εκτέλεσης εργολαβικών εργασιών. Παρέπεται εξ αυτού ότι η εν λόγω κατάργηση παρακράτησης ισχύει ανεξάρτητα από το χρόνο κατάρτισης της σχετικής εργολαβικής σύμβασης ή υπογραφής του εργολαβικού συμφωνητικού, εφόσον ο νόμος δεν κάνει σχετικώς διάκριση.

13. Ο κατά τις διατάξεις της περίπτωσης β1 (προστεθείσας με το άρθρο 27 παρ. 34 του ν.2166/1993) του άρθρου 7 παρ. 1 του α.ν. 2326/1940 πόρος του ΤΣΜΕΔΕ συνίσταται σε κράτηση «6% επί παντός ανεξαιρέτως λογαριασμού πληρωμής εργολάβου... επί των οπωσδήποτε εκτελουμένων έργων υπό του Δημοσίου, δήμων, κοινοτήτων και νομικών εν γένει προσώπων δημοσίου

δικαίου....». Ο πόρος αυτός, δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 14 του ν. 4387/2016 που προστέθηκε με το άρθρο δεύτερο παρ. 6 .α. του ν. 4393/2016, καταργήθηκε από την έναρξη ισχύος του ν. 4387/2016 , δηλαδή από τις 12-5-2016, οπότε ο ν. 4387/2016 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 περ. β1 του α.ν. 2326/1940, η εν λόγω υποχρέωση ανακύπτει εν σχέσει με οποιονδήποτε υποβαλλόμενο λογαριασμό προς καταβολή αμοιβής λόγω της εκτέλεσης εργολαβικών εργασιών. Παρέπεται εξ αυτού ότι η εν λόγω κατάργηση παρακράτησης ισχύει ανεξάρτητα από το χρόνο κατάρτισης της σχετικής εργολαβικής σύμβασης ή υπογραφής του εργολαβικού συμφωνητικού, εφόσον ο νόμος δεν κάνει σχετικώς διάκριση.

14. Ο κατά τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 1 περ. ιη΄ του α.ν. 2326/1940 πόρος του ΤΣΜΕΔΕ, δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 14 του ν. 4387/2016, που προστέθηκε με το άρθρο δεύτερο παρ. 6 .α. του ν. 4393/2016, καταργήθηκε από την έναρξη ισχύος του ν. 4387/2016 , δηλαδή από τις 12-5-2016, οπότε αυτός δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 περ. ιη΄ του α.ν. 2326/1940, η εν λόγω υποχρέωση ανακύπτει εν σχέσει με τεκμαρτά κέρδη του εργολάβου λόγω της εκτέλεσης εργολαβικών εργασιών. Παρέπεται εξ αυτού ότι η εν λόγω κατάργηση παρακράτησης ισχύει ανεξάρτητα από το χρόνο κατάρτισης της σχετικής εργολαβικής σύμβασης ή υπογραφής του εργολαβικού συμφωνητικού, εφόσον ο νόμος δεν κάνει σχετικώς διάκριση.

Επί του τρίτου υποερωτήματος, κατά την ενώπιον του Τμήματος συζήτηση, υποστηρίχθηκαν δύο (2) γνώμες:

15. Κατά τη πλειονοψηφήσασα γνώμη των Νομικών Συμβούλων Ανδρέα Ανδρουλιδάκη, Στυλιανής Χαριτάκη, Αγγελικής Καστανά και Ευσταθίας Τσαούση, (ψηφοί τέσσερις - 4), από τη συνδυασμένη ερμηνεία του σκοπού και του περιεχομένου των ανωτέρω διατάξεων, καθ'ο σημείο αυτές αφορούν στη κατάργηση ή μη του αφορώντος το ΕΜΠ και τις λοιπές πολυτεχνικές σχολές πόρο, συνάγονται τα ακόλουθα:

α) Με το ν.4254/2014, που αφορά σε μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας και ειδικότερα με την, υπό τον τίτλο «Μείωση του εργοδοτικού κόστους και βελτίωση της ανταγωνιστικότητας της οικονομίας» υποπαρ. ΙΑ3, περ. 2Α υποπερ. ιθ΄, καταργήθηκε από 1-1-2015 και η αφορώσα

το ερώτημα περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 7 του α.ν. 2326/1940, σχετικά με την υπέρ του ΕΤΕΑ – ΤΣΜΕΔΕ κράτηση ποσοστού 1% επί παντός ανεξαιρέτως λογαριασμού πληρωμής εργολάβου δημοσίου έργου. Η κατάργηση του ως άνω υπέρ τρίτου (ΤΣΜΕΔΕ) πόρου περιελήφθη εκ νέου και στο άρθρο 39 παρ. 14 του ν. 4387/2016.

β) Με το άρθρο μόνο του ν.546/1943 προβλέφθηκε η ενίσχυση του Εθνικού Μετσοβίου Πολυτεχνείου (ΕΜΠ) με επιπρόσθετες κρατήσεις και καταβολές, όπως αυτές καθορίζονται διά των μνημονευμένων περιπτώσεων του άρθρου 7 παρ.1 του α.ν. 2326/1940, στις οποίες περιλαμβάνεται και η περίπτωση υπό στοιχείο β', του ύψους αυτών καθοριζομένου στο μισό από τα προβλεπόμενα στις διατάξεις αυτές. Περαιτέρω, με το άρθρο 4, παρ. 1 του α.ν.440/1945 που αφορά σε τροποποίηση διατάξεων περί ΤΣΜΕΔΕ ορίστηκε ότι η ανωτέρω υπέρ του ΕΜΠ πρόσθετη κράτηση του ν. 546/1943 επιβάλλεται επί των πόρων του άρθρου 7 του 1 του α.ν. 2326/1940, όπως ο πόρος αυτός καθορίζεται εκάστοτε με βάση τις κείμενες διατάξεις, πρόβλεψη που συμπεριλαμβάνει και την υπό κρίση κράτηση της περίπτωσης υπό στοιχείο β'.

γ) Τούτου παρέπεται, ότι η υπέρ του ΕΜΠ (μεταγενεστέρως δε, υπέρ του ΕΜΠ και εν γένει πολυτεχνικών σχολών) κράτηση, κατά τη ρητή βούληση του νομοθέτη, συναρτάται αναγκάως με τις κείμενες, δηλαδή ισχύουσες, εκάστοτε διατάξεις για το ΤΣΜΕΔΕ (ήδη ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ) και δεν είναι ανεκτός ο συσχετισμός αυτής με καταργηθείσα ως προς αυτό διάταξη. Εφόσον επομένως εν προκειμένω καταργήθηκε η κρίσιμη διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 περ. β' του α.ν. 2326/1940, εξέλιπε, κατά τη βούληση του νομοθέτη, το νόμιμο έρεισμα για την επιβολή και τον υπολογισμό βάσει αυτής και της υπέρ του ΕΜΠ κρατήσεως, η οποία, ως εκ τούτου, από 1-1-2015 έχει καταργηθεί. Υπέρ της καταργήσεως αυτής στοιχεί το αντικείμενο και ο γενικότερος σκοπός του ν.4254/2014 σχετικά με τη μείωση του εργοδοτικού κόστους και τη βελτίωση της ανταγωνιστικότητας της οικονομίας, σκοπός ο οποίος άλλωστε επέβαλε την κατάργηση και των λοιπών και αναφερομένων στις προαναφερθείσες καταργητικές διατάξεις υπέρ του ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ κρατήσεων.

16. Κατά τη μειοψηφήσασα γνώμη που υποστήριξαν ο Πρόεδρος του Τμήματος και οι Νομικοί Σύμβουλοι Κωνσταντίνος Κηπουρός και Βασίλειος Καραγεώργος (ψήφοι τρεις - 3), βάσει γενικής αρχής δικαίου, επί κατά

παραπομπήν νομοθέτησης, η διάταξη του παραπεμπόμενου νόμου ενσωματώνεται στον παραπέμποντα ο οποίος, συμπληρούμενος κατά αυτόν τον τρόπο αποτελεί αυτοτελώς ενιαίον όλον, μετά της διατάξεως όπου γίνεται η παραπομπή. Κατά συνέπεια, η ενδεχόμενη κατάργηση της τελευταίας αυτής διάταξης δεν επηρεάζει την ισχύ και την εφαρμογή της, κατά τα ως άνω, συμπληρωμένης ρύθμισης, εκτός εάν διαγιγνώσκεται σαφώς αντίθετη νομοθετική βούληση (βλ. Α.Π 209/1972, Γνωμ/ση Εισ. Α.Π 14/1975, Γνωμ/σεις ΝΣΚ 155/1989, 127/1997 Ολ., 39/2001).

Από τις προπαρατιθέμενες διατάξεις, στην ως άνω οικεία θέση, αλλά και από τις παρατιθέμενες διατάξεις στις Γνωμ/σεις του ΝΣΚ υπ' αρ.127/97 και 39/2001 (Ολ.), προκύπτει ότι διαχρονικά η νομοθετική κατάργηση κρατήσεων είτε υπέρ του ΕΜΠ είτε υπέρ του ΤΣΜΕΔΕ υπήρξε αφενός περιπτωσιολογική, μη υιοθετηθείσης γενικής καταργητικής ρήτρας ιδίως εν σχέσει με τις περιπτώσεις κρατήσεων του άρθρου 7 παρ.1 του α.ν. 2326/1940, αφετέρου δε διαφυλάχθηκε ο αυτοτελής χαρακτήρας της ρύθμισης κρατήσεων υπέρ ΕΜΠ και της ρύθμισης κρατήσεων υπέρ ΤΣΜΕΔΕ μεταξύ τους, ακόμη και στην περίπτωση που διατάξεις της τελευταίας ενσωματώθηκαν, κατά νομοθετική παραπομπή, στη ρύθμιση των υπέρ ΕΜΠ κρατήσεων.

Εξάλλου, δεν παρέχεται περιθώριο για την αποδοχή εξαίρεσης από την προεκτιθέμενη παγίως ισχύουσα αρχή της κατά παραπομπή νομοθέτησης, διότι δεν μπορεί να διαγνωσθεί και δη σαφώς αντιστοίχου περιεχομένου νομοθετική βούληση. Αντιθέτως μάλιστα, εάν ο Νομοθέτης είχε θελήσει τη γενική κατάργηση των υπέρ ΕΜΠ κλπ κρατήσεων θα το όριζε ρητώς και δεν θα περιοριζόταν στον εξειδικευμένο προσδιορισμό των κατ' ιδίαν περιπτώσεων κατάργησης ιδίως στο άρθρο 39 παρ. 14 του ν. 4387/2016, όπου δεν συμπεριελήφθη η εξεταζόμενη περίπτωση κράτησης (βλ. εντέλει της υπ' αριθ.127/97 Γνωμ/σης, για το επιχείρημα, όπως και εν τέλει της υπ' αριθ. 39/2001 Γνωμ. Ολ.,σελ. 4).

Επομένως, εξακολουθεί να ισχύει, σύμφωνα με την προεκτιθέμενη γενική αρχή δικαίου αλλά και τη σαφώς διαγιγνώσκόμενη νομοθετική βούληση, η μη άλλως καταργηθείσα εν λόγω υπέρ του ΕΜΠ κλπ ρύθμιση κράτησης, που κατά το περιεχόμενο είχε συμπληρωθεί με την παραπεμπόμενη ρύθμιση, όπως αυτή ίσχυε πριν από την κατάργησή της.

Απάντηση

Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, επί των τεθέντων ερωτημάτων, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Α'), γνωμοδοτεί ως εξής:

17. Επί του πρώτου υποερωτήματος ότι η προβλεπόμενη με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 περ. β' του α.ν. 2326/1940 κράτηση, καταργηθείσα από 1-1-2015, ανακύπτει εν σχέσει με οποιονδήποτε υποβαλλόμενο λογαριασμό προς καταβολή αμοιβής λόγω της εκτέλεσης εργολαβικών εργασιών (ομοφώνως).

18. Επί του δευτέρου υποερωτήματος, ότι οι προβλεπόμενες με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 περ. β1 και ιη' του α.ν. 2326/1940 κράτηση και εισφορά, καταργηθείσες από τις 12-5-2016, ανακύπτουν, η μεν πρώτη (περ. β1) εν σχέσει με οποιονδήποτε υποβαλλόμενο λογαριασμό προς καταβολή αμοιβής, η δε δεύτερα (περ. ιη') εν σχέσει με τεκμαρτά κέρδη του εργολάβου, λόγω της εκτέλεσης εργολαβικών εργασιών (ομοφώνως).

Τα ανωτέρω (υπό 17 και 18) ισχύουν ανεξάρτητα από τον χρόνο κατάρτισης της σχετικής εργολαβικής σύμβασης ή υπογραφής του εργολαβικού συμφωνητικού, εφόσον ο νόμος δεν κάνει σχετικώς διάκριση(ομοφώνως).

19. Επί του τρίτου υποερωτήματος, ότι η κατάργηση της κρατήσεως του άρθρου 7 παρ. 1 περ. β' του ν. 2326/1940 υπέρ ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ συνεπάγεται και την κατάργηση των αντιστοίχων προβλέψεων των ν.546/1943 και 440/1945 περί επιβολής της πρόσθετης υπέρ ΕΜΠ κρατήσεως του ερωτήματος (πλειοψ.).

20. Ενόψει των προαναφερθεισών γνωμοδοτήσεων του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, 39/2001 (Ολ.) και 127/1997, αλλά και ενόψει της σπουδαιότητας του νομικού ζητήματος, το Τμήμα ομοφώνως αποφάσισε, κατ' άρθρο 6 παρ.3 του ν. 3086/2002, την παραπομπή του τρίτου υποερωτήματος στην Ολομέλεια του Σώματος.

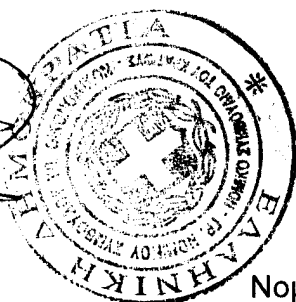
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα 5-6-2018

Ο Πρόεδρος

Ανδρέας Χαρλαύτης

Αντιπρόεδρος ΝΣΚ



Ο Εισηγητής

Βασίλειος Καραγεώργος

Νομικός Σύμβουλος του Κράτους